



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE  
*Goethe-Universität Frankfurt am Main*

---

*Theodor Baums*

GESTATTUNG UND AUSSCHREIBUNG VON  
WINDENERGIEANLAGEN

---





---

*Prof. Dr. Theodor Baums*

*Prof. Dr. Andreas Cahn*

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE  
IM HOUSE OF FINANCE  
DER GOETHE UNIVERSITÄT FRANKFURT  
CAMPUS WESTEND  
THEODOR-W.-ADORNO-PLATZ 3  
60629 FRANKFURT AM MAIN

TEL.: +49 (0) 69/798-33753

FAX.: +49 (0) 69/798-33929

---

WWW.ILF-FRANKFURT.DE

---

Theodor Baums

**Gestattung und Ausschreibung von Windenergieanlagen**

Institute for Law and Finance

**WORKING PAPER SERIES NO. 174/2025**

# Gestattung und Ausschreibung von Windenergieanlagen

Theodor Baums

## I. Einführung

Mit dem Klimaschutzgesetz hat sich Deutschland zum Ziel gesetzt, Treibhausgasneutralität bereits im Jahr 2045 zu erreichen.<sup>1</sup>

Windenergie und Photovoltaik sind die zentralen Stützen der Energiewende. 2024 betrug der Anteil erneuerbarer Energien an der öffentlichen Nettostromerzeugung in Deutschland 62,7 Prozent.<sup>2</sup> Dabei war die Windkraft auch 2024 wieder die wichtigste Stromquelle; sie trug 33 % zur öffentlichen Stromerzeugung bei. Der Ausbau der Windenergie blieb allerdings weiterhin deutlich hinter dem Plan zurück. Im Jahr 2045 soll der Anteil der Windenergie an der Stromerzeugung 60 % und der Anteil des Photovoltaik-Stroms 30 % betragen. Um dieses Ziel zu erreichen, haben die Bundesländer nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz bis zum 31. Dezember 2032 sicherzustellen, dass mindestens 2 Prozent der Fläche des Bundesgebiets rechtlich für die Nutzung der Windenergie an Land gesichert sind.<sup>3</sup> Die Bundesländer kommen dem durch Festlegungen in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen oder durch Vorgaben für regionale oder kommunale Teilflächen für die Nutzung durch Windenergieanlagen (im Folgenden: WEA) nach. Die Kommunen selbst sollen den Bau von WEA bis auf Weiteres nicht mehr durch Festlegungen im Flächennutzungsplan auf Konzentrationszonen beschränken und dadurch den Bau von Windenergieanlagen an anderen Orten ausschließen können.<sup>4</sup> Im Gegenzug sollen Betreiber von WEA, um die Akzeptanz in der Bevölkerung zu erhöhen und lokale Widerstände zu minimieren, die betroffenen Kommunen an den Erträgen der WEA beteiligen.<sup>5</sup>

Zivilrechtlich werden WEA an Land in der Regel auf der Grundlage sog. Gestattungsverträge (oder auch „Nutzungsverträge“) mit dem Eigentümer eines Grundstücks im baulichen Außenbereich erbaut und betrieben. Dabei können Bau und Betrieb der Anlagen in der Hand eines hierauf spezialisierten Anlagenbauers und -betreibers liegen. Nicht selten werden der Bau oder der Betrieb aber auch ausgelagert, sei es auf eine zum Konzernverbund des den Gestattungsvertrag schließenden Unternehmens gehörende Gesellschaft, sei es auf ein außenstehendes Unternehmen. Gehören die Grundstücke, auf denen jeweils eine WEA oder ein Windpark errichtet werden soll, der öffentlichen

---

<sup>1</sup> § 3 Abs. 2 KSG; letzte Fassung BGBl. I, 2024, Nr. 235.

<sup>2</sup> Angaben auch zum folgenden Text aus Fraunhofer ISE, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/daten-zu-erneuerbaren-energien.html> (Abruf am 10. 02. 2025).

<sup>3</sup> § 3 Abs. 1 WindBG i. V. m. der Anlage; letzte Fassung BGBl. I, 2024, Nr. 151.

<sup>4</sup> § 249 Abs. 1 BauGB schließt für den Bau von Windenergieanlagen im Außenbereich die Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aus.

<sup>5</sup> § 6 des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien/EEG; letzte Fassung BGBl. I, 2024, Nr. 327.

Hand, etwa mehreren Kommunen, finden sich auch alternative Betreibermodelle. So können sich z.B. mehrere Kommunen zu einer Anstalt des öffentlichen Rechts zusammenschließen,<sup>6</sup> die dann selbst oder durch eine kommunale Betreibergesellschaft den Windpark errichten und betreiben lässt.

Aus der Vielzahl der sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen können im Folgenden nur einige typische Gestaltungsprobleme im Zusammenhang mit Gestattungsverträgen zwischen einem Grundstückseigentümer und einem von ihm unabhängigen Unternehmen erörtert werden, das die WEA in eigener Regie errichten und betreiben soll (II.). In einem weiteren Schritt ist dann auf die Frage einzugehen, ob der Bau und der Betrieb von WEA nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB auszuschreiben sind, wenn Kommunen auf ihnen gehörenden Grundstücken WEA bauen und betreiben lassen (unten III.).

## **II. Der Gestattungsvertrag**

### **1. Formularvertrag; AGB-Kontrolle**

(a) Im Internet finden sich zahlreiche Beispiele und Muster für Gestattungsverträge zwischen den Eigentümern der Grundstücke und den Betreibern der WEA. In der Regel handelt es sich dabei um einen von dem jeweiligen Betreiber entwickelten und dem Grundstückseigentümer unterbreiteten Formularvertrag, dessen Bedingungen, soweit sie nicht einzeln ausgehandelt sind, der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen. Ausgeschlossen wäre eine AGB-Kontrolle nur dann, wenn es sich bei dem Gestattungsvertrag um einen Gesellschaftsvertrag handeln würde (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB). Das ist nicht ausgeschlossen, bei den anzutreffenden Gestattungsverträgen durchweg aber nicht der Fall. Darauf ist zurückzukommen.<sup>7</sup>

Ist der Grundstückseigentümer eine natürliche Person, so ist der Gestattungsvertrag zugleich ein Vertrag mit einem Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, dies auch dann, wenn das Grundstück bisher oder auch im Übrigen land- oder forstwirtschaftlich genutzt wird. Denn die Vermietung eines Grundstücks an den Betreiber von WEA stellt kein Neben- oder Hilfsgeschäft des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs, sondern ein grundsätzlich der Privatsphäre des Grundstückseigentümers zuzuordnendes Geschäft der Vermögensverwaltung dar.<sup>8</sup> Bedeutung hat dies etwa für die Einbeziehungsfiktion gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

Eine nach Maßgabe des § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeschränkte Inhaltskontrolle findet statt, wenn die Bedingungen sich in einem Vertrag mit einer Kommune als Grundstückseigentümerin, also einer

---

<sup>6</sup> S. nur für Hessen § 29a des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit, GVBl. (Hessen) I, 1969, 307; für Rheinland-Pfalz § 14a des Landesgesetzes über die kommunale Zusammenarbeit, GVBl. (Rheinland-Pfalz) 1982, 476.

<sup>7</sup> Unten 2. a).

<sup>8</sup> Zur Abgrenzung etwa Ellenberger in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 13 Rn. 3; § 14 Rn. 2 m. w. N.

juristischen Person des öffentlichen Rechts, finden (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB).

(b) Die im Gestattungsvertrag vorgesehene Vergütungsregelung sieht in der Regel keine feste Gegenleistung für die Überlassung des Grundstücks vor, sondern bis zur Aufnahme des Betriebs der WEA eine Reservierungsgebühr (Bereitstellungsentgelt) und ab der Betriebsaufnahme eine Beteiligung am Nettoerlös, den der Betreiber für die mit der WEA produzierte und veräußerte Strommenge erzielt hat. Häufig findet sich hier eine Kombination aus einem festen oder variablen Sockelbetrag und einer umsatzabhängigen Vergütung. Hinzu kommen Beträge für weitere Versiegelungsflächen, Zuwegungen und die Inanspruchnahme des Grundstücks für Bodenkabel. Die im Vertrag festgelegten Parameter für die Berechnung der Gegenleistung sind durchweg komplex, abhängig von künftigen, zur Zeit des Vertragsschlusses nicht zu beurteilenden Entwicklungen des Strommarkts. Sie sind daher in besonderem Maße auf Klarheit und Verständlichkeit angewiesen und gegebenenfalls auf ihre Transparenz zu überprüfen (§ 307 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch wenn der Gestattungsvertrag dies nicht vorsieht, kann dem Vertragspartner des Betreibers nach Treu und Glauben ein Auskunftsanspruch wegen der erzielten Erlöse zustehen, um seine eigene Vergütung berechnen und überprüfen zu können.<sup>9</sup>

## 2. Vertragstyp

Abgesehen von der Überprüfung der Transparenz der Vergütungsregelung ist die Inhaltskontrolle von Gestattungsverträgen insbesondere darauf zu richten, ob einzelne Vertragsbedingungen mit „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren“ sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Damit stellt sich die Frage nach der Natur des Gestattungsvertrages und den für diesen Vertragstyp vorgesehenen Rechtsnormen, von denen abgewichen wird.

### a) *Stille Gesellschaft*

Es wurde bereits erwähnt, dass die Beziehungen zwischen Grundstückseigentümern und Betreibern in ganz unterschiedlicher Weise ausgestaltet werden können. So kommt in Betracht, dass der oder die Grundstückseigentümer die Errichtung und den Betrieb eines Windparks in die eigene Hand nehmen und z. B. eine von ihrem Zusammenschluss abhängige Betreibergesellschaft gründen.

Grundstückseigentümer und selbständige Betreibergesellschaft können sich ferner auch in der Form einer stillen Gesellschaft zusammenschließen. Der Grundstückseigentümer stellt in diesem Fall das Grundstück *quoad usum* zur Verfügung, und der Betreiber tritt im eigenen Namen am Markt auf. Der Erlös wird nach Maßgabe der gesellschaftsvertraglichen Bestimmung hierüber geteilt. Der Umstand,

---

<sup>9</sup> Grüneberg in ders., § 260 Rn. 4 ff.

dass der Grundstückseigentümer nach Beendigung des Vertrages sein Grundstück zurückerhalten, und er keinen Verlustanteil ausgleichen soll, steht der Vereinbarung einer stillen Gesellschaft nicht entgegen (vgl. § 231 Abs. 2 HGB). Die Beteiligung des Stillen am Gewinn kann dagegen nicht ausgeschlossen werden (§ 231 Abs. 2, 2. Hs. HGB). Allerdings spricht eine Erlösbeteiligung allein nicht zwingend dafür, dass es sich bei dem Gestattungsvertrag um einen Gesellschaftsvertrag handelt. Denn auch bei Miet- und Pachtverträgen kann eine Umsatzmiete bzw. Umsatzpacht vereinbart werden.<sup>10</sup>

Eine stille Gesellschaft setzt aber voraus, dass die Beteiligten einen „gemeinsamen Zweck“ verfolgen (§ 705 Abs. 1 BGB). Dieser gemeinsame Zweck beschränkt sich bei der stillen Gesellschaft im Begründen und Durchführen einer Ertragsgemeinschaft; ein gemeinsames Handelsgewerbe wird nicht betrieben. Da die Parteien wählen können, ob sie für die Regelung ihrer Beziehungen einen schuldrechtlichen Austauschvertrag oder einen Gesellschaftsvertrag verwenden wollen, kommt es maßgeblich auf die Wortwahl im Vertrag selbst an. In der Regel heißt es in den Gestattungsverträgen, dass ein Vermieter- oder Verpächterpfandrecht ausgeschlossen sein soll. Ferner fehlen für Gesellschaftsverträge typische Regelungen wie z. B. über Abstimmungen oder die Auseinandersetzung nach Vertragsende. Dies spricht dafür, dass ein Miet- oder Pachtvertrag, kein Gesellschaftsvertrag gewollt ist, sofern für einen Gesellschaftsvertrag keine weiteren Indizien vorliegen. Dies bedeutet auch, dass eine AGB-Kontrolle nicht gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB ausgeschlossen ist.

#### *b) Miet- oder Pachtvertrag?*

Ob ein Vertrag, mit dem eine Partei der anderen ein Grundstück zur Nutzung überlässt, als Mietvertrag oder als Pachtvertrag einzustufen ist, hängt nach § 581 BGB davon ab, ob dem Nutzer neben dem Gebrauch des Grundstücks auch der Genuss der Früchte (§ 99 BGB) zusteht, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind. Bei der Überlassung eines Grundstücks zum Zweck der Errichtung und des Betriebs einer WEA kommt die Annahme einer Rechtsfrucht im Sinne des § 99 Abs. 2 BGB oder eines Falls der mittelbaren Fruchtziehung (§ 99 Abs. 3 BGB) nicht in Betracht.

Aber auch § 99 Abs. 1 BGB greift nicht ein, weil es sich bei der Elektrizität, die mittels der vom Nutzungsberechtigten selbst zu errichtenden Windenergieanlage gewonnen werden soll, nicht um eine unmittelbare Sachfrucht des Grundstücks im Sinne des § 99 Abs. 1 BGB handelt. Die mit der WEA zu produzierende Elektrizität soll nicht aus der Substanz des Grundstücks gewonnen werden,

---

<sup>10</sup> S. nur Weidenkaff in Grüneberg, § 535 Rn. 74 und § 581 Rn. 10; aus der Rspr. BGH, 04. 04. 1979, VIII ZR 118/7, NJW 1979, 2351.

sondern mit Hilfe des Windes, der das Grundstück des Vertragspartners ebenso wie die davor liegenden Grundstücke überstreicht. Die Vergütung wird vielmehr allein für den Gebrauch des Grundstücks gezahlt, der darin besteht, dass dort die Energieerzeugungsanlagen aufgestellt und betrieben werden dürfen. Mithin handelt es sich bei den Gestattungs- oder Nutzungsverträgen im typischen Fall um Mietverträge, nicht um Pachtverträge.<sup>11</sup>

Allerdings ist zu beachten, dass Gegenstand des Gestattungsvertrags nicht lediglich die schlichte Überlassung des Grundstücks an einen Mieter ist, damit dieser es für seine betrieblichen Zwecke nach seinem Belieben nutzen kann. Bei dem Bau der WEA und der Erzeugung und Einspeisung elektrischer Energie handelt es sich nicht nur um ein einseitiges, den Mieter nicht bindendes Motiv seines Vertragspartners. Sondern gerade diese besondere Nutzung des Grundstücks bildet den Zweck des Vertrages. Die Bedingungen der Gestattungsverträge sind darauf ausgerichtet und davon bestimmt, dass der zulässige Gebrauch der vermieteten Grundstücke ausschließlich im Aufbau und Betrieb von WEA durch den Betreiber besteht. Diese besondere Zwecksetzung des Vertrags ist sowohl bei seiner Auslegung wie bei der Wahl der Kriterien, nach denen die Angemessenheit der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beurteilen ist, zu berücksichtigen. Auch für die Ausschreibungspflicht kommt es entscheidend hierauf an (dazu unten III.).

### **3. Sicherheiten zugunsten des Grundstückseigentümers**

Aus der Fülle der Klauselgestaltungen eines Gestattungsvertrags und den damit verbundenen Fragen nach ihrer Wirksamkeit sollen hier zwei besonders bedeutsame Themen herausgegriffen und betrachtet werden. Für Grundstückseigentümer ergeben sich bei Abschluss von Gestattungsverträgen zwecks Bau und Betrieb von WEA mehrere Risiken, für die in Gestattungsverträgen gesonderte Vorkehrungen getroffen werden müssen: Das Risiko der Nichtzahlung des Nutzungsentgelts („Zahlungsrisiko“) sowie das Risiko, dass das Vertragsgrundstück nach einer Beendigung des Betriebs nicht wieder in den vorigen Zustand zurückversetzt wird („Rückbaurisiko“).<sup>12</sup>

#### *a) Zahlungsrisiko*

Was das Zahlungsrisiko angeht, räumen die Gestattungsverträge dem Grundstückseigentümer ein

<sup>11</sup> So auch BGH, 07. 03. 2018, XII ZR 129/16, BGHZ 218, 70 für den über die Errichtung und den Betrieb einer Photovoltaikanlage geschlossenen Grundstücks-Nutzungsvertrag; a. A. Frey NVwZ 2016, 1200: Sonderform des Pachtvertrags.

<sup>12</sup> Hinzu kommt das Betriebsrisiko, das darin besteht, dass wegen sinkender Stromvergütungen die Anlage nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden kann. Dieses Betriebsrisiko wird nicht selten in den Gestattungsverträgen auch den Grundstückseigentümern aufgebürdet, wenn diese keinen festen Sockelbetrag, sondern ausschließlich eine umsatzabhängige Vergütung erhalten und der Betreiber überdies berechtigt ist, den Gestattungsvertrag bei nachhaltiger Unterdeckung der Gesamtkosten der WEA zu kündigen. Die Vergütungsregelung unterliegt lediglich einer Kontrolle auf ihre Transparenz, nicht auf ihre Angemessenheit (vgl. oben I. (b)); die Kündigungsklausel ist ggfs. auf ihre Vereinbarkeit mit § 543 BGB zu überprüfen.

Kündigungsrecht bei Zahlungsverzug mit den jährlich im Nachhinein fälligen Nutzungsvergütungen von z. B. mehr als 3 Monaten ein. In den vergangenen Jahren ist bekanntlich eine Reihe von Betreibern von WEA in eine Insolvenz geraten oder musste wegen erheblicher Zahlungsprobleme restrukturiert werden. Bei Insolvenz können rückständige Nutzungsvergütungen nur als einfache Insolvenzforderungen zur Insolvenztabelle angemeldet werden (§ 38 InsO); nennenswerte Zahlungen sind in einem solchen Fall hierauf dann erfahrungsgemäß nicht mehr zu erwarten.

Die Gestattungsverträge sehen regelmäßig keine Sicherheiten zugunsten der Grundstückseigentümer vor, um diese gegen Zahlungsausfälle während der Laufzeit des Vertrages (durchweg mindestens 20 Jahre, häufig mit einer Verlängerungsoption) abzusichern. Die WEA gehen mit dem Aufbau auf den Vertragsgrundstücken nicht etwa gemäß §§ 946, 94 BGB in das Eigentum des Grundstückseigentümers über, denn sie werden nur zu einem vorübergehenden Zweck mit den Grundstücken verbunden (§ 95 BGB).<sup>13</sup> Nach den Gestattungsverträgen verzichten die Grundstückseigentümer ferner von vorneherein unwiderruflich gegenüber dem Betreiber und der finanzierenden Bank auf ihr Vermieterpfandrecht (§ 562 BGB) an den WEA. Die Frage ist, ob dieser in den AGB vorgesehene Verzicht eine unangemessene und damit unwirksame Benachteiligung der Grundstückseigentümer darstellt, weil er mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird,<sup>14</sup> nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Für den Verzicht auf das Vermieterpfandrecht sprechen allerdings nachvollziehbare Gründe und Interessen beider Parteien. Ist der Bau der WEA ganz oder zu einem wesentlichen Teil fremdfinanziert, besteht ein Interesse des Betreibers daran, der Finanzierungsbank die WEA als Sicherheit anbieten zu können. In diesem Fall können die Bauteile bereits vor ihrem Verbringen auf das fragliche Grundstück der Bank sicherungsübereignet werden, so dass ohnedies kein Pfandrecht des Grundstückseigentümers entstehen würde, da die WEA beim Transport auf das Grundstück nicht dem Mieter, also dem Betreiber, gehören (vgl. § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Grundstückseigentümer ist ferner durch ein Vermieterpfandrecht dann nicht geschützt, wenn die WEA von einem dritten Hersteller unter Eigentumsvorbehalt gekauft worden sind, solange dieser seinen Kaufpreis nicht vollständig erhalten hat. Auch dem Grundstückseigentümer selbst dürfte bei Zahlungsausfällen mutmaßlich nicht an einer Pfandverwertung von WEA auf seinem Grundstück durch öffentliche Versteigerung (§§ 1257, 1228 Abs. 2 BGB) gelegen sein.

Das nachvollziehbare Interesse daran, von der dispositiven Regelung des § 562 BGB abzuweichen und das Vermieterpfandrecht an den WEA auszuschließen, rechtfertigt aber nicht, das durch diese Norm anerkannte berechnigte Interesse des Grundstückseigentümers an einer angemessenen

<sup>13</sup> Aus der Rspr. BGH, 07. 04. 2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099.

<sup>14</sup> Zur Abdingbarkeit des § 562 BGB durch Individualvereinbarung Weidenkaff in Grüneberg, § 562 Rn. 4.

Absicherung seiner Zahlungsansprüche ganz außer Acht zu lassen. Vielmehr muss der durch das dispositive Recht intendierte Schutz des Vertragspartners eines Klauselverwenders gegebenenfalls auf andere Weise sichergestellt werden.<sup>15</sup>

Als eine ausreichende und gleichwertige Sicherheit kann dabei nicht anerkannt werden, dass die Gestattungsverträge regelmäßig dem Betreiber das Recht vorbehalten, die Verbindlichkeiten aus dem Vertrag ohne weitere Zustimmung des Grundstückseigentümers auf die Finanzierungsbank oder auch auf einen Dritten übertragen zu können. Zunächst einmal ist der Betreiber zur Übertragung des Vertrags oder der Verbindlichkeiten hieraus auf einen solventen Dritten nicht verpflichtet. Sodann ist dem Grundstückseigentümer, der bereits durch den Abschluss des Gestattungsvertrags seine Zustimmung zu einer solchen späteren privativen Schuldübernahme oder einer Vertragsübernahme erteilt, die Bonität, die Kreditwürdigkeit und Kreditfähigkeit, dieses Dritten naturgemäß unbekannt, so dass diese Möglichkeit der Schuldnerersetzung ihm keine in jedem Fall wirksame, angemessene Absicherung seines Zahlungsrisikos bietet. Vielmehr stellt sich insoweit umgekehrt die weitere Frage, ob die Erteilung der Zustimmung zu einer Vertrags- oder Schuldübernahme bereits durch den Abschluss des Gestattungsvertrags ohne Sicherheitsleistung sich ihrerseits als unwirksame Klausel darstellt.

Jedenfalls ist der Ausschluss des Vermieterpfandrechts ohne angemessene alternative Absicherung des Zahlungsrisikos des Vermieters gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Als naheliegende, angemessene alternative Absicherung kommt die Stellung eines tauglichen Bürgen im Sinne der §§ 232 Abs. 2, 239 BGB in Betracht, der hinreichendes Vermögen und seinen Geschäftssitz im Inland hat. Taugliche Bürgen sind insbesondere eine deutsche Großbank oder eine Sparkasse oder eine Volksbank.<sup>16</sup> Die Bürgschaft muss selbstschuldnerisch sein, also den Verzicht auf die Einrede der Vorklage enthalten (§§ 239 Abs. 2, 771 BGB). Eine solche Bürgschaft soll nicht nur der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sondern auch der Gefahr vorbeugen, dass ein Dritter, der die Verbindlichkeiten des Betreibers später übernimmt, seinen Geschäftssitz und sein haftendes Vermögen im fernen Ausland hat oder im Nachhinein dorthin verlegt. Was die Höhe der Bürgschaft anbelangt, ist zu bedenken, dass sich der Grundstückseigentümer in der Regel bei längerem Verzug bereits mit einer Jahresrate vom Vertrag durch Kündigung lösen, sich also hierdurch gegen einen Ausfall mit weiteren Mietraten durch Ausüben seines Kündigungsrechts schützen kann.

#### *b) Rückbaurisiko*

Nach § 546 Abs. 1 BGB ist der Mieter verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des

<sup>15</sup> Vgl. auch Grüneberg in ders., § 307 Rn. 28 m. w. N. zur Rspr.

<sup>16</sup> Ellenberger in Grüneberg, § 239 Rn. 1.

Mietverhältnisses in vertragsgemäßem Zustand zurückzugeben. Bei einem Grundstück, das mit einer WEA bebaut ist, bedeutet dies, dass die WEA abzubauen, die Bodenversiegelungen zu beseitigen und je nach Lage der Dinge die genutzten Flächen zu renaturieren sind. Da der Rückbau mit erheblichen Kosten verbunden ist, besteht auch insoweit ein berechtigtes Interesse des Grundstückseigentümers daran, dass der Rückbau erfolgt und der Betreiber oder dessen Rechtsnachfolger hierzu auch finanziell imstande ist. Die Gestattungsverträge sehen aber auch insoweit häufig keine Sicherheitenbestellungen zugunsten der Grundstückseigentümer vor.

Hier trifft allerdings das öffentliche Recht Vorkehrungen dagegen, dass nach Ablauf der Vertragsdauer oder bei Untauglichkeit der WEA zum weiteren Betrieb entsprechende Wracks und Versiegelungsflächen auf dem Grundstück verbleiben. Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB ist für Bauvorhaben im Außenbereich, die die Nutzung von Windenergie bezwecken, als Zulässigkeitsvoraussetzung eine Verpflichtungserklärung abzugeben, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Die Baugenehmigungsbehörde soll durch eine nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in anderer Weise das Einhalten dieser Verpflichtung sicherstellen.<sup>17</sup> Diese öffentlich-rechtlichen Verpflichtungserklärungen und der dadurch sichergestellte Rückbau sind bei der Prüfung, ob der Verzicht auf eine Sicherheit für die zivilrechtliche Rückbauverpflichtung der AGB-Kontrolle standhält, zu berücksichtigen.

### **III. Ausschreibungspflichten**

Ist Grundstückseigentümerin eine Stadt- oder Dorfgemeinde, stellt sich die Frage, ob Bau und Betrieb von WEA auf den gemeindeeigenen Grundstücken ausgeschrieben werden müssen. Hier ist zunächst wieder zu berücksichtigen, dass gerade beim Bau und Betrieb von WEA auf kommunalen Grundstücken unterschiedliche Gestaltungen in Betracht kommen und anzutreffen sind, so dass auch die Frage nach einer Ausschreibungspflicht differenziert zu beantworten ist.

#### **1. Ausschreibungen gemäß § 103 GWB**

Betreibt ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Abs. 1 Nr. 1 GWB, also z. B. eine Stadtgemeinde, selbst eine WEA oder einen Windpark, und lässt er nur die Errichtung der Anlage durch ein privates Bauunternehmen erledigen, so ist der Bauauftrag nach § 103 GWB auszuschreiben,

---

<sup>17</sup> S. dazu etwa für Rheinland-Pfalz Rundschreiben des Ministeriums der Finanzen vom 19. 04. 2024 „Umsetzung der bauplanungsrechtlichen Anforderungen zur Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB bei der Genehmigung von Windenergieanlagen im Außenbereich“ ([https://fm.rlp.de/fileadmin/04/Themen/Baurecht\\_und\\_Bautechnik/Bauvorschriften/Bauplanungsrecht/Rundschreiben\\_FM\\_Rueckbau\\_von\\_WEA\\_in\\_RLP\\_vom\\_19.\\_April\\_2024.pdf](https://fm.rlp.de/fileadmin/04/Themen/Baurecht_und_Bautechnik/Bauvorschriften/Bauplanungsrecht/Rundschreiben_FM_Rueckbau_von_WEA_in_RLP_vom_19._April_2024.pdf); Abruf am 13. 2. 2025).

wenn der hierfür maßgebliche Auftragswert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. der jeweils geltenden Fassung der einschlägigen EU-Richtlinie<sup>18</sup> erreicht oder überschritten wird. Hat ein Zusammenschluss mehrerer Gemeinden für den Betrieb eines Windparks einen gesonderten Rechtsträger, z. B. in Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts, errichtet, und erteilt diese den Bauauftrag, so kommt es für die Ausschreibungspflicht darauf an, ob dieser gesonderte Rechtsträger im Sinne des § 99 Abs. 1 Nr. 2 GWB „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art“ zu erfüllen hat; dem ist hier nicht näher nachzugehen.<sup>19</sup>

Wird der Betrieb der WEA für Rechnung des kommunalen Auftraggebers an einen selbständigen Dienstleister vergeben, der hierfür eine feste Vergütung erhält und selbst kein Betriebsrisiko trägt, kommt hierfür eine Ausschreibungspflicht nach § 103 Abs. 4 GWB (Dienstleistungsauftrag<sup>20</sup>) in Betracht. Wird der Schwellenwert durch eine ausschreibungspflichtige Maßnahme nicht erreicht, sind gleichwohl die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot des EU-Rechts zu beachten.<sup>21</sup> Überdies bestehen für diesen Fall haushaltsrechtliche und vergaberechtliche Vorgaben des Bundes und der Länder; darauf kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden.

## **2. Gestattungsverträge als ausschreibungspflichtige Konzessionen (§ 105 GWB)?**

Im Folgenden ist näher lediglich der praktisch häufige Fall zu betrachten, dass eine Gebietskörperschaft (eine Stadt- oder Dorfgemeinde) oder ein Zusammenschluss von Gemeinden auf der Grundlage eines Gestattungsvertrags in ihrem Eigentum stehende Grundstücke an eine rechtlich selbständige, unabhängige Betreibergesellschaft vermietet, um diese zur Errichtung einer oder mehrerer WEA auf dem oder den Grundstücken zu veranlassen. Der Betreiber übernimmt keine explizite Bauverpflichtung. Der erzeugte Strom wird frei vermarktet; es soll also nicht nur elektrische Energie zur Versorgung der Gemeindeeinwohner erzeugt werden. Die Gemeinden erhalten als Vergütung einen prozentualen Anteil an den Nettoumsatzerlösen der WEA; ein fester Mietzins oder Sockelbetrag wird nicht vereinbart.

### *a) Die Ausnahme für Miet- und Pachtverträge (§ 107 GWB)*

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass in einem solchen Fall eine Ausschreibungspflicht schon wegen § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht bestehe.<sup>22</sup> Nach diesem Ausnahmetatbestand sind die

<sup>18</sup> Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, derzeit in der Fassung der Delegierten VO (EU) 2023/2495 der Kommission vom 15. 11. 2023, ABl. EU L 2023/2495.

<sup>19</sup> S. dazu insbesondere die Kommentierung bei Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 6. Aufl. 2021, § 99 GWB Rn. 33 ff., 39 ff., 60 ff.

<sup>20</sup> Zu den hiervon zu unterscheidenden Bau- und Dienstleistungskonzessionen sogleich unter c).

<sup>21</sup> Einzelheiten dazu etwa bei Dreher in Immenga/Mestmäcker, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 98 ff., 105.

<sup>22</sup> S. nur Willenbruch in ders./Wiedekind, Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, § 107 Rn. 9; Franßen/Ockenfels in Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 107 Rn. 10, 11; in diesem Sinne auch Frey NVwZ 2016, 1200, 1202; anders aber Dreher

Vorschriften des GWB über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (§§ 97 - 184 GWB) nicht anzuwenden auf „... den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken ...“. Der erwähnten Ansicht ist nicht zuzustimmen. Wie schon der Wortlaut des § 107 GWB zeigt, ist nicht jeder „Kaufvertrag“ über ein Grundstück, den ein öffentlicher Auftraggeber tätigt, von der Ausschreibungspflicht befreit, sondern nur der „Erwerb“, also die Beschaffung, nicht dagegen die Veräußerung eines Grundstücks.

Ebenso nimmt § 107 GWB nicht jeden Mietvertrag oder Pachtvertrag über Grundstücke von der Ausschreibungspflicht aus, sondern nur die Anmietung oder Anpachtung durch den öffentlichen Auftraggeber, nicht dagegen die Vermietung oder Verpachtung ihm gehörender Grundstücke. Nur beim Erwerb, der Anmietung und der Anpachtung eines Grundstücks scheidet der mit der Ausschreibung bezweckte Bieterwettbewerb naturgemäß aus, wenn es der Gemeinde um ein bestimmtes Grundstück geht. Selbst wenn auch ein anderes Grundstück für die Zwecke des öffentlichen Auftraggebers in Betracht käme, lässt „die situative Einmaligkeit und beschränkte Verfügbarkeit von Immobilien ... ein Vergabeverfahren als unangemessen erscheinen ...“.<sup>23</sup>

Bei der Vermietung und Verpachtung dem öffentlichen Auftraggeber gehörender Grundstücke liegen die Dinge anders; hier kommt durchaus ein Bieterwettbewerb in Betracht. In einem solchen Fall ist daher zu prüfen, ob im Sinne des § 103 GWB ein öffentlicher Auftrag oder im Sinne des § 105 GWB eine Konzession vergeben wird, also die Tatbestandsmerkmale einer dieser die Ausschreibungspflicht begründenden Normen erfüllt sind.

*b) Keine Ausschreibungspflicht gemäß § 103 GWB*

Bei der geschilderten Fallgestaltung liegt jedenfalls kein ausschreibungspflichtiger Vorgang gemäß § 103 GWB vor. Mittels des Gestattungsvertrags beschafft sich ein öffentlicher Auftraggeber keine Leistung (Lieferung von Waren, Bauleistungen, Dienstleistungen) im Sinne dieser Vorschrift. Wie sich aus § 105 Abs. 2 GWB ergibt, ist für die öffentlichen Aufträge nach § 103 GWB charakteristisch, dass „das Betriebsrisiko für die Nutzung des [sc. in Auftrag gegebenen] Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen“ nicht auf den Auftragnehmer übergeht, sondern beim öffentlichen Auftraggeber verbleibt. Das setzt voraus, dass in den Fällen des § 103 GWB die Nutzung der in Auftrag gegebenen Leistungen (Bauwerk; Dienstleistungen; Waren) dem öffentlichen Auftraggeber zusteht, der sie sich durch den Auftrag verschafft. Die Aufwendungen des Auftragnehmers für das Bauwerk, für die Erbringung der in Auftrag gegebenen Dienstleistungen oder für die von ihm

---

in Immenga/Mestmäcker, § 107 GWB Rn. 12, der überzeugend nicht pauschal Miet- und Pachtverträge dem Ausnahmetatbestand des § 107 GWB unterstellt, sondern nur „Anmietungen und Anpachtungen“, also Verträge, in denen der öffentliche Auftraggeber als Mieter oder Pächter auftritt.

<sup>23</sup> Dreher in Immenga/Mestmäcker, § 107 GWB Rn. 10 unter Hinweis auf die Motive.

gelieferten Waren werden durch die vom Auftraggeber hierfür zu zahlende Vergütung gedeckt.

In dem hier betrachteten Fall des Baus und Betriebs von WEA durch einen von der Gebietskörperschaft unabhängigen Betreiber nutzt aber nicht der Auftraggeber die durch den Auftragnehmer erstellten WEA. Sondern der Auftragnehmer errichtet und betreibt sie im eigenen Namen für eigene Rechnung. Er erhält für seine Aufwendungen keine Vergütung vom Auftraggeber, die seine Aufwendungen deckt, sondern er hat im Gegenteil einen Teil der von ihm erzielten Erlöse an diesen abzuführen.

*c) Die Voraussetzungen des § 105 GWB*

Demnach kommt in den hier betrachteten Fällen eine Ausschreibungspflicht nur aufgrund des § 105 GWB (Vergabe einer Konzession) in Frage. Öffentliche Auftraggeber, z. B. eine Kommune, können Konzessionsgeber im Sinne des § 105 GWB sein (§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB).

Konzessionen im Sinne des Vergaberechts sind entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit Bauleistungen oder dem Erbringen und Verwalten sonstiger Dienstleistungen betraut. In beiden Fällen besteht die dem Konzessionsnehmer hierfür bewilligte Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Nutzungs- bzw. Verwertungsrecht zuzüglich einer Zahlung. Das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks bzw. für die Verwertung der Dienstleistungen geht dabei auf den Konzessionsnehmer über, wobei ein Teil des Betriebsrisikos auch bei dem öffentlichen Auftraggeber verbleiben kann.<sup>24</sup> Dagegen ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber das Eigentum an dem vom Auftragnehmer errichteten Bauwerk auf den Auftraggeber erwirbt.<sup>25</sup>

(a) Dass es sich bei der hier betrachteten Gestaltung um eine Konzession handelt, könnte man schon mit der Begründung bestreiten, dass der Betreiber der WEA weder mit dem Bau der WEA noch mit deren Betrieb vertraglich beauftragt werde. Der Gestattungsvertrag räume als Mietvertrag dem Betreiber lediglich das Recht ein, das gemeindeeigene Grundstück dafür zu gebrauchen, darauf die WEA zu errichten und zu betreiben. Die Gemeinde mache dem Betreiber aber keine Vorgaben für den Bau und den Betrieb der WEA; insbesondere sei dieser nicht vertraglich zum Bau der WEA und zur Einspeisung der gewonnenen Elektrizität verpflichtet. Die Gemeinde beschränke sich auf eine schlichte Gebrauchsüberlassung des Grundstücks; die Vereinnahmung des Mietzinses hierfür sei aber kein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang.<sup>26</sup>

Anders als in den Fällen des § 103 GWB geht es bei § 105 GWB nicht darum, dass der öffentliche

<sup>24</sup> Erwägungsgrund (18) der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. 02. 2014, Abl. L 94/3.

<sup>25</sup> Erwägungsgrund (11) der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. 02. 2014, Abl. L 94/3; zum Eigentumsrecht an WEA auf fremden Grundstücken oben II. 3. a).

<sup>26</sup> So Frey NVwZ 2016, 1200, 1202.

Auftraggeber sich durch den Vertrag ein Bauwerk, eine Ware oder Dienstleistung zur eigenen Nutzung oder Verwertung beschafft. Überzeugend ist aber, dass die schlichte Vermietung oder Verpachtung eines gemeindeeigenen Grundstücks an ein Unternehmen, das darauf z. B. ein Bauwerk nach eigenen Vorstellungen für eigene Zwecke errichten will und hierfür einen festen Miet- oder Pachtzins zahlen soll, keine ausschreibungspflichtige Konzession im Sinne des § 105 GWB darstellt. § 105 GWB fordert vielmehr im Fall der Vermietung eines Grundstücks über die Gestattung des Gebrauchs des Grundstücks hinaus, dass der Mieter mit dem Errichten eines Bauwerks oder mit dem Erbringen und Verwalten von Dienstleistungen *betraut* wird. Das zielt darauf ab, dass das Unternehmen das erstellte Bauwerk in der Folge nutzt bzw. Dienstleistungen anbietet und erbringt, und der öffentliche Auftraggeber gerade hieran ein besonderes öffentliches Interesse, einen Nutzen hiervon hat.<sup>27</sup>

Man könnte nun eine solche „Betrauung“ im vorliegenden Fall schon deshalb bezweifeln, weil der Betreiber durch den Gestattungsvertrag nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich, dazu verpflichtet wird, die WEA auf den gemeindeeigenen Grundstücken zu errichten und zu betreiben.<sup>28</sup> Im Regelfall besteht für den Mieter einer Immobilie keine Gebrauchs- und Betriebspflicht, auch dann nicht, wenn eine Umsatzmiete vereinbart ist.<sup>29</sup> Hier muss allerdings gesehen werden, dass die Gestattungsverträge auf lange Frist, auf mindestens 20 Jahre, geschlossen werden, und dass der Mieter auch im Fall einer Umsatzmiete von seiner Zahlungspflicht nicht dadurch befreit wird, dass er von der Mietsache auf Grund eigener willentlicher Entscheidung keinen Gebrauch macht oder durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird (§ 537 Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>30</sup> Daher begründet ein Gestattungsvertrag jedenfalls faktisch einen Zwang für den Betreiber, die WEA auch zu errichten, elektrische Energie zu erzeugen und ins Stromnetz einzuspeisen, wenn nicht äußere, von ihm nicht zu vertretende, zur außerordentlichen Kündigung berechtigende Umstände ihn hiervon abhalten. Auch der Wortlaut des § 105 GWB sieht nicht vor, dass das Unternehmen durch die Konzession zum Erbringen von Bauleistungen oder Dienstleistungen *rechtlich erzwingbar verpflichtet* wird; ein „Betrauen“ mit diesen Aufgaben genügt.<sup>31</sup>

Jedenfalls für Baukonzessionen spricht sich allerdings die Literatur übereinstimmend unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH im Fall „Helmut Müller“ dafür aus, dass die „Bauleistung“ in

<sup>27</sup> S. Erwägungsgrund (11) der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. 02. 2014, Abl. L 94/3: bei Konzessionen stehe den öffentlichen Auftraggebern der Nutzen (nicht: die Nutzung) der betreffenden Bau- oder Dienstleistungen zu.

<sup>28</sup> In diesem Sinne Frey NVwZ 2016, 1200, 1202.

<sup>29</sup> BGH, 04. 04. 1979, VIII ZR 118/7, NJW 1979, 2351 (Miete einer Apotheke. Aus der Vereinbarung einer Umsatzmiete ergibt sich keine Betriebspflicht).

<sup>30</sup> BGH, 04. 04. 1979, VIII ZR 118/7, NJW 1979, 2351.

<sup>31</sup> Die Ausführungen in Erwägungsgrund (14) der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. 02. 2014, Abl. L 94/3, die dem zu widersprechen scheinen, sind als Abgrenzung der Konzessionen gemäß § 105 GWB, die durch entgeltliche Verträge zwischen Konzessionsgeber und -nehmer gekennzeichnet sind (vgl. sogleich im Text), zu Genehmigungen oder Lizenzen im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen.

§ 105 GWB auf einer einklagbaren Verpflichtung des Konzessionsnehmers beruhen müsse.<sup>32</sup> In dieser Entscheidung hat sich der EuGH aber nicht zu Konzessionsverträgen im Sinne des § 105 GWB, sondern zu „öffentlichen Bauaufträgen“ (im Sinne der Vorgängervorschrift zu § 103 GWB) geäußert.<sup>33</sup> Der EuGH führt dort aus, dass „... der öffentliche Bauauftrag in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 als ein entgeltlicher Vertrag definiert [ist]. Diesem Begriff liegt der Gedanke zugrunde, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, die Leistung, die Gegenstand des Vertrags ist, gegen eine Gegenleistung zu erbringen. Mit dem Vertragsschluss im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags verpflichtet sich der Auftragnehmer somit, die Bauleistungen, die dessen Gegenstand bilden, durchzuführen oder durchführen zu lassen.“

An einem „entgeltlichen Vertrag“ fehlt es in dem hier betrachteten Fall der Gestattungsverträge nicht; es fehlt lediglich an einer erzwingbaren Verpflichtung des Betreibers, die mit dem Gestattungsvertrag bezweckten Leistungen – Aufbau und Betrieb von WEA – auszuführen. In Anbetracht des dargestellten faktischen Zwangs zum Aufbau und Betrieb von WEA, nachdem der Gestattungsvertrag einmal geschlossen ist, kann es für die Frage der Ausschreibungspflicht nicht darauf ankommen, ob der den Zweck des Gestattungsvertrags bildende Aufbau und Betrieb von WEA durch den Auftragnehmer auch rechtlich erzwingbar ist oder nicht.

Gegenstand des Gestattungsvertrags ist nicht lediglich die schlichte Überlassung des gemeindeeigenen Grundstücks an den Mieter, damit dieser es für seinen betrieblichen Bedarf nach seinem Belieben nutzen kann. Bei dem Bau der WEA und der Erzeugung und Einspeisung elektrischer Energie handelt es sich nicht nur um ein einseitiges, den Mieter nicht verpflichtendes Motiv seines Vertragspartners. Sondern gerade diese besondere Nutzung des Grundstücks bildet den mit der Überlassung des Grundstücks verknüpften Zweck des Vertrages, wie sich insbesondere an der umsatzabhängigen Vergütung für die Gemeinde zeigt. Die Bedingungen der Gestattungsverträge zwischen einer Gemeinde als Grundstückseigentümerin und dem Betreiber von WEA sind darauf ausgerichtet und davon bestimmt, dem Betreiber den Gebrauch der vermieteten Grundstücke für den Aufbau von WEA und die Erzeugung und Vermarktung elektrischer Energie nicht nur zu gestatten, sondern ihn hierzu auch anzuhalten.

(b) Für das Vorliegen einer Konzession im Sinne des § 105 GWB genügt nach der Rechtsprechung des EuGH ferner nicht, dass der Vertrag zwischen einer Kommune und ihrem Vertragspartner nur allgemeine Bedingungen festlegt, unter denen dieser ein gemeindliches

<sup>32</sup> S. Kling in Immenga/Mestmäcker, § 107 GWB Rn. 42 m. w. N.

<sup>33</sup> „Öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18, ABl. L 134 vom 30. 04. 2004, S. 114; vgl. EuGH, 25. 03. 2010, Rechtssache C-451/08 ECLI:EU:C:2010:168 = NZBau 2010, 321 „Helmut Müller GmbH/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben“.

Grundstück nutzen kann.<sup>34</sup> Das trifft bei den hier betrachteten Gestattungsverträgen aber nicht zu. Sie legen nicht lediglich allgemeine Nutzungsbedingungen für den Gebrauch der gemeindlichen Grundstücke durch den Betreiber der WEA fest, sondern zielen auf den Bau von WEA zwecks Erzeugung und Einspeisung elektrischer Energie ab. Hieran besteht ein besonderes öffentliches Interesse (näher unten (c)).

Allerdings ist für das Vorliegen einer Konzession im Sinne des § 105 GWB nicht zu fordern, dass der öffentliche Auftraggeber dem Mieter des Grundstücks im Gestattungsvertrag detaillierte Vorgaben für den Bau und den Betrieb der WEA macht. Die gemeindeeigenen Grundstücke werden typischerweise gerade deshalb an private Betreiber von WEA vergeben, weil die Errichtung und der Betrieb dieser Anlagen Spezialkenntnisse erfordern, die sich die Gemeinde durch den Gestattungsvertrag zunutze machen will. Sie selbst könnte wohl nur in Ausnahmefällen mit eigenen Kenntnissen und Mitteln den Aufbau und den Betrieb der Anlagen bewerkstelligen.

(c) „Betrauen“ mit dem Erbringen von Bauleistungen auf dem gemeindeeigenen Grundstück oder mit dem Erbringen und Verwalten von Dienstleistungen heißt vor allem, dass der öffentliche Auftraggeber ein besonderes öffentliches Interesse an der im Vertrag vorgesehenen Nutzung des Bauwerks bzw. am Erbringen der Dienstleistung durch den Auftragnehmer haben muss, das über das wirtschaftliche Interesse am Erzielen eines Miet- oder Pachtzinses hinausgeht. Der öffentliche Auftraggeber muss seinerseits einen entsprechenden Nutzen davon haben, dass der Betreiber die im Vertrag vorgesehenen Bauten errichtet und nutzt bzw. die in Auftrag gegebenen Dienstleistungen anbietet.<sup>35</sup>

Dieses weiterreichende öffentliche Interesse ist zu bejahen, wenn es bei der Nutzung des im Vertrag vorgesehenen Bauwerks bzw. beim Angebot der Dienstleistung durch das damit betraute Unternehmen um die Erfüllung einer der Gemeinde obliegenden öffentlichen Aufgabe geht, während das schlichte fiskalische Interesse am Erzielen einer angemessenen Vergütung durch einen Miet- oder Pachtvertrag nicht genügt.<sup>36</sup> Anders gewendet kommt eine Ausschreibungspflicht gemäß § 105 GWB nur in Betracht, wenn der Vertrag nicht lediglich einen mit der Nutzung von Grundstücken Privater vergleichbaren entgeltlichen Gebrauch der gemeindeeigenen Grundstücke gestattet, sondern sich dies darüber hinaus als Wahrnehmung spezifischer öffentlicher Belange und Aufgaben darstellt. Nur die Vergabe von Aufträgen zwecks Wahrnehmung besonderer staatlicher oder gemeindlicher Aufgaben erfordert die Beachtung der hierfür geltenden Normen, darunter der Pflicht zur Ausschreibung nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB, die für die Auftragsvergabe Privater grundsätzlich nicht gelten.

<sup>34</sup> EuGH, 14. 07. 2016 – verb. Rechtssachen C-458/14 und C-67/15 ECLI:EU:2016:558 Rn. 47, 48 = NZBau 2016, 775 „Promoimpresa“.

<sup>35</sup> Vgl. Erwägungsgrund (11) der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. 02. 2014, Abl. L 94/3.

<sup>36</sup> KG, 22. 01. 2015, 2 U 14/14, NZBau 2015, 323, 324; Kling in Immenga/Mestmäcker, § 107 GWB Rn. 34.

Nach § 13 Abs. 1 des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) haben die Träger öffentlicher Aufgaben bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck dieses Gesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. Zweck dieses Gesetzes ist es, zum Schutz vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels die Erfüllung der nationalen Klimaschutzziele sowie die Einhaltung der europäischen Zielvorgaben zu gewährleisten (§ 1 KSG). Die Bundesländer haben die Vorgaben des KSG in eigene Gesetze und Klimaschutzpläne übernommen, weiter detailliert und z. T. eigene, anspruchsvollere Vorgaben formuliert.<sup>37</sup> In der Regel betonen die Klimaschutzgesetze und -pläne der Bundesländer die Vorbildfunktion der Träger öffentlicher Gewalt in ihrem jeweiligen Organisationsbereich. Diese Vorbildfunktion erstreckt sich auf die Schonung natürlicher Ressourcen, die Energieeinsparung, die Erhöhung der Energieeffizienz öffentlicher Gebäude und Fahrzeuge sowie die Nutzung erneuerbarer Energieträger. Danach sind die Belange des Klimaschutzes bei allem Handeln öffentlicher Stellen zu berücksichtigen und insbesondere bei öffentlichen Planungen und bei Zulassungsverfahren für Vorhaben zur Errichtung von Anlagen zur Geltung zu bringen.

Die Klimaschutzgesetze und -pläne gehen zwar nicht soweit, die Gebietskörperschaften zu verpflichten, eigene Grundstücke für die Erzeugung erneuerbarer Energien zur Verfügung zu stellen. Gleichwohl erfüllen die Gebietskörperschaften eine ihnen gesetzlich aufgetragene öffentliche Aufgabe, wenn sie auf den in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken WEA oder Photovoltaikanlagen errichten lassen, um alternative elektrische Energie zu erzeugen und die Einwohner oder die Allgemeinheit hiermit zu versorgen.

(d) Auch die Voraussetzungen des § 105 Abs. 2 GWB sind in den hier erörterten Fällen erfüllt. Nach dieser Vorschrift geht, anders als bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß § 103 GWB, bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht ohne Weiteres gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Bei der hier betrachteten Fallgestaltung erbaut der unabhängige Betreiber der WEA diese und erzeugt hiermit die elektrische Energie für eigene Rechnung. Es ist nicht durch Zahlungen der Gemeinde oder durch die Einspeisevergütung nach dem EEG<sup>38</sup> sichergestellt, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten des Betriebs wieder erwirtschaftet werden können. Der Betreiber ist vielmehr den

<sup>37</sup> S. nur für Bayern Bayerisches Klimaschutzgesetz vom 23. 11. 2020, GVBl. (Bayern) S. 598, 656; für NRW Gesetz zur Neufassung des Klimaschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen vom 16. 07. 2021 GV (NRW) S. 908.

<sup>38</sup> Vgl. oben Fn. 5.

Unwägbarkeiten des Strommarktes und der Preisentwicklung für elektrische Energie ausgesetzt. Dass die Betreiber durch die Gestaltung der Nutzungsvergütungen (Umsatzmiete<sup>39</sup>) und eines Kündigungsrechts bei nachhaltiger Unwirtschaftlichkeit des Betriebs<sup>40</sup> versuchen, dieses Betriebsrisiko zu begrenzen, ändert daran nichts. Auch dass der öffentliche Auftraggeber einen Teil des Betriebsrisikos trägt (hier: umsatzabhängige Nutzungsvergütung; Vertragskündigung bei Unwirtschaftlichkeit), spricht nicht gegen eine Konzession im Sinne des § 105 GWB.<sup>41</sup>

*d) Fazit*

Zusammenfassend ist festzuhalten: Gemeinden, die einem unabhängigen Betreiber von WEA durch einen Gestattungsvertrag gemeindeeigene Grundstücke für den Aufbau und Betrieb von WEA zur Verfügung stellen, wählen damit nicht lediglich eine andere Form der Bewirtschaftung der gemeindeeigenen Grundstücke als bisher, indem sie einen Mietvertrag über die Überlassung des Grundstücks an einen Gewerbetrieb zu einem beliebigen betrieblichen Zweck schließen. Mit dem Abschluss eines solchen Vertrags verfolgen die Gemeinden nicht ausschließlich ein fiskalisches Interesse am Erzielen einer angemessenen Grundstücksmiete. Gegenstand dieser Verträge ist vielmehr die Gestattung des Baus und Betriebs von WEA zwecks Erzeugung und Vermarktung alternativer elektrischer Energie. Hieran nehmen die Gemeinden durch die Überlassung der ihnen gehörenden Grundstücke zu diesem Zweck und durch die Gestaltung der Nutzungsvergütung, die von Menge und Preis des erzeugten und vermarkteten Stroms abhängt, teil.

Gerade mit der Gestattung des Baus und Betriebs eines Windparks und der Einspeisung von elektrischer Energie erfüllen die Gemeinden neben dem Ziel des wirtschaftlichen Einsatzes des Gemeindevermögens auch die ihnen auferlegte besondere öffentliche Aufgabe des Klimaschutzes. Hierfür bedienen sie sich eines privaten Betreibers. Damit erteilen sie aber im Sinne des § 105 GWB eine Konzession, die nach Maßgabe der §§ 106 ff. GWB und der Vorschriften der Konzessionsvergabeverordnung<sup>42</sup> ausschreibepflichtig ist.

---

<sup>39</sup> S. oben Text zu Fn. 9.

<sup>40</sup> Vgl. oben Fn. 12.

<sup>41</sup> Erwägungsgrund (18) der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. 02. 2014, Abl. L 94/3.

<sup>42</sup> Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung - KonzVgV) vom 12. 04. 2016, letzte Fassung BGBl. I, 2023, Nr. 222.

## WORKING PAPERS

1. Andreas Cahn                      Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im  
Übernahmerecht und Rechtsschutz Betroffener; (publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
2. Axel Nawrath                    Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele und Aufgaben der Politik,  
insbesondere des Bundesministeriums der Finanzen
3. Michael Senger                 Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12 Abs. 1 KWG; (publ. in: WM  
2003, 1697 ff.)
4. Georg Dreyling                 Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland
5. Matthias Berger                Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt Börsen- und Wertpapierrecht
6. Felicitas Linden                Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie- Herausforderungen bei der Gestaltung  
der Richtlinie
7. Michael Findeisen              Nationale und internationale Maßnahmen gegen die Geldwäsche und die Finanzierung des  
Terrorismus – ein Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der Finanzmärkte
8. Regina Nöbner                 Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung zwischen wirtschaftlich sinnvollem und  
strafrechtlich relevantem Verhalten
9. Franklin R. Edwards            The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and Investor Protection; (publ. in:  
Baums/Cahn [Hrsg.], Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 30 ff.)
10. Ashley Kovas                  Should Hedge Fund Products be marketed to Retail Investors? A balancing Act for  
Regulators; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91  
ff.)
11. Marcia L. MacHarg             Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a New Direction?; (publ. in:  
Baums/Cahn [Hrsg.], Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
12. Kai-Uwe Steck                 Legal Aspects of German Hedge Fund Structures; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge  
Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
13. Jörg Vollbrecht                Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei der Umsetzung der OGAW –  
Richtlinien
14. Jens Conert                    Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus  
von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
15. Bob Wessels                    Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe
16. Theodor Baums /  
Kenneth E. Scott                Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in  
Germany; (publ. in: AmJCompL LIII [2005], Nr. 4, S. 31 ff.; abridged version in: Journal of  
Applied Corporate Finance Vol. 17 [2005], Nr. 4, S. 44 ff.)
17. Bob Wessels                    International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against  
(groups of) Companies
18. Michael Gruson                Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter  
Börse: Die sogenannte Globale Aktie; (publ. in: Die AG 2004, S. 358 ff.)
19. Michael Gruson                Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union;  
(publ. in: Der Konzern 2004, S. 65 ff. u. S. 249 ff.)
20. Andreas Cahn                    Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen; (publ. in: Der  
Konzern 2004, S. 235 ff.)
21. David C. Donald                The Nomination of Directors under U.S. and German Law
22. Melvin Aron Eisenberg        The Duty of Care in American Corporate Law; (deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern  
2004, S. 386 ff.)
23. Jürgen Than                    Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter  
besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes; (publ. in:  
Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)
24. Philipp von Randow            Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004)
25. Hannes Schneider             Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger; (publ. in:  
Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
26. Hans-Gert Vogel                Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.],  
Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
27. Georg Maier-Reimer            Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners; (publ. in:  
Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
28. Christoph Keller                Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation  
aller Anleihegläubiger; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des  
Schuldverschreibungsrechts, 2004)

29. René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
30. Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
31. Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
32. Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung; (publ. in: WM 2004, S. 2041 ff.)
33. Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern; (publ. in: Der Konzern 2005, S. 201 ff.)
34. Andreas Cahn Das neue Insiderrecht; (publ. in: Der Konzern 2005, S. 5 ff.)
35. Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
36. Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
37. Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz; (publ. in: Die AG 2005, S. 217 ff.)
38. Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
39. Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture; (publ. in: European Contract Law Review 2005, p. 19 ff.)
40. David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents; (publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5, Issue 2, 2005)
41. John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition; (publ. in: 58 Current Legal Problems [2005], p. 369 ff.)
42. David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the Delaware and the German Corporate Statutes
43. Garry J. Schinasi / Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single Financial Market; (publ. in: Cross Border Banking: Regulatory Challenges, Gerard Caprio Jr., Douglas D. Evanoff, George G. Kaufman [eds.], 2006)
44. Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing Product Diversity
45. Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross- Border Assignments – A potential threat from Europe; (publ. in: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 2006, p. 270 ff.)
46. Jochem Reichert / Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 338 ff.)
47. Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule?; (publ. in: European Company and Financial Law Review, 2006, p. 147 ff.)
48. Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum; (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.], Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, 952 ff.)
49. Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“?; (publ. in: BKR 2006, S. 274 ff.)
50. Andreas Cahn Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen; (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.] Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, S. 763 ff.)
51. Hannes Klühs / Roland Schmidtbleicher Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT- Gesellschaften; (publ. in: ZIP 2006, S. 1805 ff.)
52. Theodor Baums Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht; (publ. in: Festschrift für Canaris, Bd. II, 2007, S. 3 ff.)
53. Stefan Simon / Daniel Rubner Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 835 ff.)
54. Jochem Reichert Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 821 ff.)
55. Peter Kindler Der Wegzug von Gesellschaften in Europa; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 811 ff.)
56. Christian E. Decher Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 805 ff.)

57. Theodor Baums Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht; (publ. in: Die AG 2007, S. 57 ff.)
58. Theodor Baums European Company Law beyond the 2003 Action Plan; (publ. in: European Business Organization Law Review Vol. 8, 2007, S. 143 ff.)
59. Andreas Cahn / Jürgen Götz Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung; (publ. in: Die AG 2007, S. 221 ff.)
60. Roland Schmidtbleicher/ Anh-Duc Cordalis „Defensive bids“ für Staatsanleihen – eine Marktmanipulation?; (publ. in: ZBB 2007, S. 124 ff.)
61. Andreas Cahn Die Auswirkungen der Kapitaländerungsrichtlinie auf den Erwerb eigener Aktien; (publ. in: Der Konzern 2007, S. 385 ff.)
62. Theodor Baums Rechtsfragen der Innenfinanzierung im Aktienrecht
63. Theodor Baums The Law of Corporate Finance in Europe – An Essay; (publ. in: Krüger Andersen/Engsig Soerensen [Hrsg.], Company Law and Finance 2008, S. 31 ff.)
64. Oliver Stettes Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb?; (publ. in: Die AG 2007, S. 611 ff.)
65. Theodor Baums / Astrid Keinath / Daniel Gajek Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie; (publ. in: ZIP 2007, S. 1629 ff.)
66. Stefan Brass / Thomas Tiedemann Die zentrale Gegenpartei beim unzulässigen Erwerb eigener Aktien; (publ. in: ZBB 2007, S.257 ff.)
67. Theodor Baums Zur Deregulierung des Depotstimmrechts; (publ. in: ZHR 171 [2007], S. 599 ff.)
68. David C. Donald The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America ceded its Shareholders to Intermediaries
69. Andreas Cahn Das Wettbewerbsverbot des Vorstands in der AG & Co. KG; (publ. in: Der Konzern 2007, S. 716 ff.)
70. Theodor Baums/ Florian Drinhausen Weitere Reform des Rechts der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen; (publ. in: ZIP 2008, S. 145 ff.)
71. David C. Donald Die Übertragung von Kapitalmarktpapieren nach dem US- Amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC)
72. Tim Florstedt Zum Ordnungswert des § 136 InsO; (publ. in: ZInsO 2007, S. 914 ff.)
73. Melanie Döge / Stefan Jobst Abmahnung von GmbH-Geschäftsführern in befristeten Anstellungsverhältnissen; (publ. in: GmbHR 2008, S. 527 ff.)
74. Roland Schmidtbleicher Das „neue“ acting in concert – ein Fall für den EuGH?; (publ. in: Die AG 2008, S. 73 ff.)
75. Theodor Baums Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht; (publ. in: Kley/Leven/Rudolph/Schneider [Hrsg.], Aktie und Kapitalmarkt. Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung und Finanzplatz, 2008, S. 525 ff.)
76. Andreas Cahn / Nicolas Ostler Eigene Aktien und Wertpapierleihe; (publ. in: Die AG 2008, S. 221 ff.)
77. David C. Donald Approaching Comparative Company Law
78. Theodor Baums / Paul Krüger Andersen The European Model Company Law Act Project; (publ. in: Tison/de Wulf/van der Elst/Steennot [eds.], Perspectives in Company Law and Financial Regulation. Essays in Honour of Eddy Wymeersch, 2009, S. 5 ff.)
79. Theodor Baums « Lois modèles » européennes en droit des sociétés; (publ. in: Revue des Sociétés 2008, S. 81 ff.)
80. Ulrich Segna Irrungen und Wirrungen im Umgang mit den §§ 21 ff. WpHG und § 244 AktG; (publ. in: Die AG 2008, S. 311 ff.)
81. Reto Francioni/ Roger Müller/ Horst Hammen Börsenkooperationen im Labyrinth des Börsenrechts
82. Günther M. Bredow/ Hans-Gert Vogel Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze; (publ. in: BKR 2008, S. 271 ff.)
83. Theodor Baums Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin am Beispiel des Bausparrechts; (publ. in: Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Nobbe, 2009, S. 815 ff.)
84. José Engrácia Antunes The Law of Corporate Groups in Portugal
85. Maike Sauter Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG); (publ. in: ZIP 2008, S. 1706 ff.)

86. James D. Cox /  
Randall S. Thomas /  
Lynn Bai      There are Plaintiffs and... There are Plaintiffs: An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements
87. Michael Bradley /  
James D. Cox /  
Mitu Gulati      The Market Reaction to Legal Shocks and their Antidotes: Lessons from the Sovereign Debt Market
88. Theodor Baums      Zur monistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft. Überlegungen de lege ferenda; (publ. in: Gedächtnisschrift für Gruson, 2009, S. 1 ff.)
89. Theodor Baums      Rücklagenbildung und Gewinnausschüttung im Aktienrecht; (publ. in: Festschrift für K. Schmidt, 2008, S. 57 ff.)
90. Theodor Baums      Die gerichtliche Kontrolle von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nach dem Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes; (publ. in: ZBB 2009, S. 1 ff.)
91. Tim Florstedt      Wege zu einer Neuordnung des aktienrechtlichen Fristensystems; (publ. in: Der Konzern 2008, S. 504 ff.)
92. Lado Chanturia      Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der GUS
93. Julia Redenius-Hövermann      Zur Offenlegung von Abfindungszahlungen und Pensionszusagen an ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied; (publ. in: ZIP 2008, S. 2395 ff.)
94. Ulrich Seibert /  
Tim Florstedt      Der Regierungsentwurf des ARUG – Inhalt und wesentliche Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf; (publ. in: ZIP 2008, S. 2145 ff.)
95. Andreas Cahn      Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG – aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes; (publ. in: Der Konzern 2009, S. 7 ff.)
96. Thomas Huertas      Containment and Cure: Some Perspectives on the Current Crisis
97. Theodor Baums /  
Maike Sauter      Anschleichen an Übernahmeziele mittels Cash Settled Equity Derivaten – ein Regelungsvorschlag; (publ. in: ZHR 173 [2009], 454 ff.)
98. Andreas Cahn      Kredite an Gesellschafter – zugleich eine Anmerkung zur MPS-Entscheidung des BGH; (publ. in: Der Konzern 2009, S. 67 ff.)
99. Melanie Döge /  
Stefan Jobst      Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz; (publ. in: BKR 2010, S. 136 ff.)
100. Theodor Baums      Der Eintragungsstopp bei Namensaktien; (publ. in: Festschrift für Hüffer, 2010, S. 15 ff.)
101. Nicole Campbell /  
Henny Mühler      Die Haftung der Verwaltungsgesellschaft einer fremdverwalteten Investmentaktiengesellschaft
102. Brad Gans      Regulatory Implications of the Global Financial Crisis
103. Arbeitskreis  
„Unternehmerische  
Mitbestimmung“      Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats; (publ. in: ZIP 2009, S. 885 ff.)
104. Theodor Baums      Rechtsfragen der Bewertung bei Verschmelzung börsennotierter Gesellschaften; (publ. in: Gedächtnisschrift für Schindhelm, 2009, S. 63 ff.)
105. Tim Florstedt      Die Reform des Beschlussmängelrechts durch das ARUG; (publ. in: AG 2009, S. 465 ff.)
106. Melanie Döge      Fonds und Anstalt nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz; (publ. in: ZBB 2009, S. 419 ff.)
107. Matthias Döll      „Say on Pay: Ein Blick ins Ausland und auf die neue Deutsche Regelung“
108. Kenneth E. Scott      Lessons from the Crisis
109. Guido Ferrarini /  
Niamh Moloney /  
Maria Cristina Ungureanu      Understanding Director’s Pay in Europe: A Comparative and Empirical Analysis
110. Fabio Recine /  
Pedro Gustavo Teixeira      The new financial stability architecture in the EU
111. Theodor Baums      Die Unabhängigkeit des Vergütungsberaters; (publ. in: AG 2010, S. 53 ff.)
112. Julia Redenius-Hövermann      Zur Frauenquote im Aufsichtsrat; (publ. in: ZIP 2010, S. 660 ff.)
113. Theodor Baums /  
Thierry Bonneau /  
André Prüm      The electronic exchange of information and respect for private life, banking secrecy and the free internal market; (publ. in: Rev. Trimestrielle de Droit Financier 2010, N° 2, S. 81 ff.)
114. Tim Florstedt      Fristen und Termine im Recht der Hauptversammlung; (publ. in: ZIP 2010, S. 761 ff.)
115. Tim Florstedt      Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise; (publ. in: AG 2010, S. 315 ff.)

|      |                                                           |                                                                                                                                                                                          |
|------|-----------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 116. | Philipp Paech                                             | Systemic risk, regulatory powers and insolvency law – The need for an international instrument on the private law framework for netting                                                  |
| 117. | Andreas Cahn /<br>Stefan Simon /<br>Rüdiger Theiselmann   | Forderungen gegen die Gesellschaft als Sacheinlage? – Zum Erfordernis der Forderungsbewertung beim Debt-Equity Swap                                                                      |
| 118. | Theodor Baums                                             | Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht; (publ. in: ZGR 2011, S. 218 ff.)                                                                                                              |
| 119. | Theodor Baums                                             | Managerhaftung und Verjährungsfrist; (publ. in: ZHR 174 [2010], S. 593 ff.)                                                                                                              |
| 120. | Stefan Jobst                                              | Börslicher und Außerbörslicher Derivatehandel mittels zentraler Gegenpartei                                                                                                              |
| 121. | Theodor Baums                                             | Das preußische Schuldverschreibungsgesetz von 1833; (publ. in: Bechtold/Jickeli/Rohe [Hrsg.], Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift für Möschel, 2011, S. 1097 ff.)                 |
| 122. | Theodor Baums                                             | <i>Low Balling, Creeping in</i> und deutsches Übernahmerecht; (publ. in: ZIP 2010, S. 2374 ff.)                                                                                          |
| 123. | Theodor Baums                                             | Eigenkapital: Begriff, Aufgaben, Sicherung; (publ. in: ZHR 2011, S. 160 ff.)                                                                                                             |
| 124. | Theodor Baums                                             | Agio und sonstige Zuzahlungen im Aktienrecht; (publ. in: Festschrift für Hommelhoff, 2012, S. 61 ff.)                                                                                    |
| 125. | Yuji Ito                                                  | Das japanische Gesellschaftsrecht - Entwicklungen und Eigentümlichkeiten                                                                                                                 |
| 126. |                                                           | Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law                                                                                                                           |
| 127. | Nikolaus Bunting                                          | Das Früherkennungssystem des § 91 Abs. 2 AktG in der Prüfungspraxis – Eine kritische Betrachtung des IDW PS 340; (publ. in: ZIP 2012, S. 357 ff.)                                        |
| 128. | Andreas Cahn                                              | Der Kontrollbegriff des WpÜG; (publ. in: Mülbert/Kiem/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG, ZHR-Beiheft 76 (2011), S. 77 ff.)                                                                   |
| 129. | Andreas Cahn                                              | Professionalisierung des Aufsichtsrats; (publ. in: Veil [Hrsg.], Unternehmensrecht in der Reformdiskussion, 2013, S. 139 ff.)                                                            |
| 130. | Theodor Baums /<br>Florian Drinhausen /<br>Astrid Keinath | Anfechtungsklagen und Freigabeverfahren. Eine empirische Studie; (publ. in: ZIP 2011, S. 2329 ff.)                                                                                       |
| 131. | Theodor Baums /<br>Roland Schmidtbleicher                 | Neues Schuldverschreibungsrecht und Altanleihen; (publ. in: ZIP 2012, S. 204 ff.)                                                                                                        |
| 132. | Nikolaus Bunting                                          | Rechtsgrundlage und Reichweite der Compliance in Aktiengesellschaft und Konzern; (publ. in: ZIP 2012, S. 1542 ff.)                                                                       |
| 133. | Andreas Cahn                                              | Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern; (publ. in: Der Konzern 2012, S. 501 ff.)                                                                                                 |
| 134. | Andreas Cahn/<br>Henny Mächler                            | Produktinformationen nach MiFID II – Eingriffsvoraussetzungen und Auswirkungen auf die Pflichten des Vorstands von Wertpapierdienstleistungsunternehmen; (publ. in: BKR 2013, S. 45 ff.) |
| 135. | Hannes Schneider                                          | Ist das SchVG noch zu retten?                                                                                                                                                            |
| 136. | Daniel Weiß                                               | Opt-in ausländischer Altanleihen ins neue Schuldverschreibungsgesetz                                                                                                                     |
| 137. | Hans-Gert Vogel                                           | Der Rechtsschutz des Schuldverschreibungsgläubigers                                                                                                                                      |
| 138. | Christoph Keller /<br>Nils Kößler                         | Die Bedeutung des Schuldverschreibungsgesetzes für deutsche Staatsanleihen im Lichte der jüngsten Entwicklungen                                                                          |
| 139. | Philipp v. Randow                                         | Das Handeln des Gemeinsamen Vertreters – Engagiert oder „zur Jagd getragen“? Rückkoppelungseffekte zwischen business judgment rule und Weisungserteilung                                 |
| 140. | Andreas Cahn                                              | Die Mitteilungspflicht des Legitimationsaktionärs – zugleich Anmerkung zu OLG Köln AG 2012, 599; (publ. in: AG 2013, S. 459 ff.)                                                         |
| 141. | Andreas Cahn                                              | Aufsichtsrat und Business Judgment Rule; (publ. in: WM 2013, S. 1293 ff.)                                                                                                                |
| 142. | Reto Francioni / Horst<br>Hammen                          | Internationales Regulierungsgefälle und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Frankfurt am Main                                                                                         |
| 143. | Andreas Cahn/<br>Patrick Kenadjian                        | Contingent Convertible Securities from Theory to CRD IV (publ. in: Busch/Ferrarini (Hrsg.), The European Banking Union, Oxford University Press, 2015, S. 217 ff.)                       |
| 144. | Andreas Cahn                                              | Business Judgment Rule und Rechtsfragen (publ. in: Der Konzern 2015, 105 ff.)                                                                                                            |
| 145. | Theodor Baums                                             | Kündigung von Unternehmensanleihen                                                                                                                                                       |

146. Andreas Cahn Capital Maintenance in German Company Law (publ. in: Fleischer/Kanda/Kim/Mülbert (Hrsg.), German and Asian Perspectives on Company Law, Mohr Siebeck, 2016, S. 159 ff.)
147. Katja Langenbucher Do We Need A Law of Corporate Groups?
148. Theodor Baums The Organ Doctrine. Origins, development and actual meaning in German Company Law (publ. in: Prüm (ed.), Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés, Brüssel 2016, S. 289 ff.)
149. Theodor Baums Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder (publ. in: ZHR 183 (2019), 605-616)
150. Andreas Cahn Rechtsverlust der Tochter bei Mitteilungspflichtverletzung durch die Mutter (publ. in: Der Konzern 2017, S. 217 ff.)
151. Melanie Döge The Financial Obligations of the Shareholder; (publ. in: Birkmose [ed.], Shareholders' Duties, 2017, p. 283 ff.)
152. Felix Hufeld Regulation – a Science of its Own
153. Alexander Georgieff/  
Stephanie Latsky “Merger of Equals” Transactions – An Analysis of Relevant Considerations and Deal Trends
154. Julia Redenius-Hövermann/  
Hendrik Schmidt Zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern - Überlegungen zur Einordnung und Definition des Unabhängigkeitsbegriffs
155. Alexander Georgieff/Frank  
Bretag Key drivers of global mergers & acquisitions since the financial crisis
156. Andreas Cahn Die sog. gespaltene Auslegung im Kapitalmarktrecht (publ. in: Klöhn/Mock (Hrsg.) Festschrift 25 Jahre WpHG, 2019, S. 37 ff.)
157. Alexander Georgieff Shareholder Considerations in Public Mergers and Acquisitions in the Context of Increased Ownership Concentration and Institutional Investor Stewardship
158. Andreas Cahn Sekundäre Schadensersatzpflichten des Aufsichtsrats wegen unterlassener Anspruchsdurchsetzung – Nachlese zur Easy Software-Entscheidung des BGH (publ. in: ZHR 184 (2020), S. 297 ff.)
159. Theodor Baums Institutionelle Investoren im Aktienrecht (publ. in: ZHR 183, 2019, 605 – 616)
160. Theodor Baums Bestellung eines Unternehmensmonitors im Ordnungswidrigkeitenverfahren (publ. in: Bachmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für C. Windbichler, 2020, S.521 – 533)
161. Theodor Baums/Julia von  
Buttlar Der Monitor im Unternehmensrecht (publ. in: ZHR 184, 2020, 259 – 296)
162. Theodor Baums Das Recht zum ersten Angebot (publ. in: Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Festschrift für Grunewald, 2021, S. 55 – 78)
163. Patrick Kenadjian Non-executive directors of European Union financial institutions: a precious resource that should be put to better use
164. Katharina  
Muscheler/Christopher  
Hunt Recent legal developments in the area of crypto-assets and a digital euro
165. Theodor Baums Bankeinlagen und „Negativzins“ im Privatrecht (publ. in: Grothe u.a. (Hrsg.), Festschrift für C. von Bar, 2022, S. 19 - 27)
166. Andreas Cahn Die Reichweite des Verbots insolvenzverursachender Zahlungen an Gesellschafter nach § 15b Abs. 5 InsO (publ. in: Der Konzern 2022, S. 45 ff.)
167. Andreas Cahn Das Zahlungsverbot nach Insolvenzreife und seine Grenzen (publ. in: Der Konzern 2022, S. 221 ff.)
168. Mathias Hanten/Moritz  
Maier Back-Branching – The role of branches in the United Kingdom in accessing the EEA market
169. Theodor Baums Klimaschutzverträge. Differenzverträge als Instrumente staatlicher Investitionslenkung (publ. in: EuZW 2023, 349 - 355)
170. Horst Hammen Reform des Rechts der Mehrstimmrechtsaktien

- |      |               |                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|------|---------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 171. | Theodor Baums | Der Burgundische Vertrag von 1548 - Seine Bedeutung für das Herzogtum Luxemburg und die Entwicklung der internationalen Gerichtszuständigkeit (publ. in: Institut Grand-Ducal (ed.), Actes de la Section des Sciences Morales et Politiques, tome XXVII/vol. 1, Luxemburg 2024, S. 37 - 60) |
| 172. | Theodor Baums | Zivilrechtliche Fragen zu Baulasten (publ. in: Paech/Donald/Haag (Hrsg.), Nationales und internationales Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht, Festschrift für Andreas Cahn, München 2024, S. 11 - 27)                                                                                      |
| 173. | Theodor Baums | Die Mehrheitsentscheidung im Kapitalgesellschaftsrecht                                                                                                                                                                                                                                      |
| 174. | Theodor Baums | Gestattung und Ausschreibung von Windenergieanlagen                                                                                                                                                                                                                                         |



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

*Goethe-Universität Frankfurt am Main*

---

ILF

---