



Nutzungsverträge für Windenergieprojekte

Die Entstehung und Ausgestaltung von Nutzungsverträgen
bei der kommunalen Flächenbereitstellung für Windenergie



Impressum

© FA Wind, März 2019

Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

V.i.S.d.P.: Dr. Antje Wagenknecht, MBA

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

Autorin:

Kathrina Baur, LL.M.

Zitiervorschlag:

FA Wind (2019): Nutzungsverträge für Windenergieprojekte - Die Entstehung und Ausgestaltung von Nutzungsverträgen bei der kommunalen Flächenbereitstellung für Windenergie

Haftungsausschluss:

Die in diesem Hintergrundpapier enthaltenen Informationen, Hinweise und Empfehlungen sind nach bestem Wissen ausgesucht, zusammengestellt und ausgeführt. Dennoch wird keine Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit übernommen. Die Informationen, Hinweise und Empfehlungen dienen der allgemeinen Information und können eine Beratung im Einzelfall oder eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkungen	4
2. Vergaberecht	4
3. Welche rechtlichen Konstruktionen der Grundstücksüberlassung gibt es?	4
4. Der Nutzungs- bzw. Gestattungsvertrag	5
4.1 Vertragsschluss	5
4.2 Stellvertretung	5
4.3 Widerrufsrecht des Verbrauchers und „Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag“	6
4.4 Schriftform	6
4.5 Besondere Vertragsklauseln und wesentliche Vertragsinhalte	7
4.5.1 Vorab: Was sind Allgemeine Geschäftsbedingungen? Und wie geht man damit um?	7
4.5.2 Klausel zu Flächenbestimmung und Vertragsgegenstand	7
4.5.3 Klausel für Nutzungsentgelt bzw. Gestattungsentgelt und Entschädigung	8
4.5.4 Laufzeitklausel	9
4.5.5 Kündigungsklausel	9
4.5.6 Haftungsklauseln	10
4.5.7 Rechtsnachfolgeklauseln	10
4.5.8 Rückbauklausel	11
4.5.9 Klausel zur Sicherheitsleistung des Realisierungspartners	11
4.5.10 Klausel zur Pächtereinverständniserklärung	12
4.5.11 Klausel zur Regelung der Eigentumsverhältnisse und dingliche Sicherung	12
4.5.12 Salvatorische Klausel und Gerichtsstandsklausel	13
5. Fazit	13

1. Vorbemerkungen

Der Grundstückssicherung kommt im Rahmen der Energiewende durch Erneuerbare Energien eine bedeutende Rolle zu. Denn neben planungs- und genehmigungsrechtlichen Fragen liegt hier der Schlüssel für eine erfolgreiche Projektumsetzung. Im Rahmen der Windenergienutzung stehen auch kommunale Flächen für Standorte, Wege, Kabel und Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zur Verfügung. In diesen Fällen werden zumeist privatrechtliche Verträge, sogenannte Gestattungsverträge oder Nutzungsverträge, zwischen der Kommune und den Realisierungspartnern geschlossen.

Anhand vorliegender Handreichung sollen Kommunen auf grundlegende Anforderungen an Verträge für die Flächenbereitstellung und mögliche Fehlerquellen hingewiesen werden. Im Schwerpunkt wird der strukturelle Aufbau von Verträgen behandelt, soweit möglich ergänzt um rechtliche Hinweise zu Mindestanforderungen und Grenzen.

So gibt das vorliegende Papier zunächst einen kurzen Einblick in das Vergaberecht, das von der Kommune zwingend eingehalten werden muss. Es setzt sich weiter in groben Zügen mit den verschiedenen rechtlichen Konstruktionen der Grundstücksüberlassung auseinander und geht dann mit vertieften Ausführungen auf den Nutzungs- bzw. Gestattungsvertrag ein. Dabei werden zu Beginn allgemeine rechtliche Erläuterungen zu Verträgen und ihrer Entstehung gemacht. Im Anschluss daran kommt der Hauptteil des Papiers, wobei auf besondere Vertragsklauseln und wesentliche Vertragsinhalte für Nutzungs- bzw. Gestattungsverträge im Rahmen der Bereitstellung für Windenergieprojekte eingegangen wird. Hierbei werden in unproblematischen Bereichen sogar Klauselvorschläge gemacht.

2. Vergaberecht

Bei der kommunalen Flächenbereitstellung für die Windenergie stellt sich vorab die Frage, ob vergaberechtliche Vorschriften und Verfahren existieren, die von der Gemeinde zwingend einzuhalten sind.

Das Vergaberecht gewährleistet die faire, effiziente und nachhaltige Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch transparente Vergabeverfahren. Es regelt, wie öffentliche Auftraggeber beim Einkauf von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen oder der Vergabe von Konzessionen vorgehen müssen.¹ Im Rahmen des Hintergrundpapiers „Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergie“ der Fachagentur Windenergie an Land² (im Folgenden FA Wind) wird genau beleuchtet, wann das Vergaberecht bei der Bereitstellung von Flächen zur Windenergienutzung Anwendung findet. Daher soll an dieser Stelle lediglich festgehalten werden, dass reine und als Miet- und Pachtvertrag zudem zeitlich beschränkte Grundstücksüberlassungen - auf welche sich das vorliegende Papier bezieht - grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen.³ Für ein genaueres Verständnis des Themas und seiner Zusammenhänge wird auf eine Lektüre des oben genannten Hintergrundpapiers verwiesen.⁴

3. Welche rechtlichen Konstruktionen der Grundstücksüberlassung gibt es?

Die Kommunen haben bei der Überlassung ihrer Grundstücke für Standort, Wege, Kabel und Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen für Projekte im Rahmen der Windenergie grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten, diese Überlassung rechtlich auszugestalten. Werden die Windenergieprojekte jedoch durch gewerbliche Unternehmen projektiert, dann geschieht die Überlassung der kommunalen Flächen normalerweise im Rahmen von schuldrechtlichen Gestattungs- bzw. Nutzungsverträgen mit dinglicher Absicherung.

Seltener erfolgt dies durch Grundstückskaufverträge oder die Übertragung eines eigentumsähnlichen Rechts (Erbbaurechts) der maßgeblichen Flächen. Dies liegt unter anderem an der recht hohen Kapitalbindung für potentielle Investoren. Außerdem fallen sowohl beim Grundstückskauf wie auch bei der Erbbaurechtsstellung hohe Erwerbsnebenkosten an, wie z.B. Notarkosten und Grunderwerbsteuer.⁵ Da vorliegend die Grundstücksüberlassung durch Gestattungs- bzw. Nutzungsverträgen behandelt wird, soll in dieser Handreichung nicht weiter auf solche Konstellationen und daraus möglicherweise resultierende Verträge eingegangen werden.

¹ Definition des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (2018). Siehe [hier](#).

² FA Wind (2016) [Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergie](#).

³ FA Wind (2016) [Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergie](#), S. 4.

⁴ Lesenswert in diesem Zusammenhang auch Frey in: NVwZ (2016) S. 1200 ff., der im zweiten Teil seines Aufsatzes intensiv auf die Grundstücksvergabe innerhalb oder außerhalb des Vergaberechts eingeht.

⁵ FA Wind (2016) [Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergie](#), S. 14.

4. Der Nutzungs- bzw. Gestattungsvertrag

In den meisten Fällen werden Kommunen als Grundstückseigentümer bei der Bereitstellung von Flächen mit dem Realisierungspartner des Projekts einen entgeltlichen Vertrag zur Flächenüberlassung auf Zeit schließen. Diese Verträge werden meist überschrieben mit „Nutzungsvertrag“ bzw. „-vereinbarung“, „Gestattungsvertrag“ bzw. „-vereinbarung“ oder als „Mietvertrag“ bzw. „Pachtvertrag“ bezeichnet.

Das deutsche Recht sieht für die entgeltliche Überlassung von Grundstücken für einen bestimmten Zeitraum die Vertragstypen Miete und Pacht vor. Vergleicht man die einschlägigen Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)⁶ zu Miete (§§ 535 ff. BGB) und Pacht (§§ 581 ff. BGB), dann besteht folgender Unterschied:

- Beim Mietvertrag wird dem Grundstücksnutzer lediglich das Recht eingeräumt, den Vertragsgegenstand, also das Grundstück, für eine bestimmte Zeit zu gebrauchen.
- Beim Pachtvertrag hingegen wird ihm darüber hinaus noch das Recht der Fruchtziehung zugestanden.

Dies bedeutet, dass die alleinige Zurverfügungstellung von kommunalen Flächen für Kabeltrassen oder Wege als Grundstücksmietvertrag einzustufen wäre.⁷ Fraglich ist, ob bei der Überlassung eines Grundstückes für die Errichtung einer Windenergieanlage bzw. mehrerer Windenergieanlagen die Erträge des Realisierungspartners aus der/den Windenergieanlage/n als Fruchtziehung (§§ 581 Abs. 1 S. 1, 99 BGB) angesehen wird. Dies wird unterschiedlich bewertet.⁸ Wird dies bejaht, dann handelt es sich um eine Sonderform des Grundstückspachtvertrags und das Pachtrecht ist anwendbar.⁹ Wird jedoch angenommen, dass die Überlassung von Flächen zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage keine Fruchtziehung beinhaltet, dann ist der Gestattungsvertrag bzw. Nutzungsvertrag als Grundstücksmietvertrag einzuordnen.¹⁰

Eine genaue Abgrenzung erscheint jedoch für den hier beschriebenen Zweck der Grundstücksüberlassung unerheblich, weil sie lediglich Bedeutung für den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung mittels Kündigung hat.¹¹ Wird jedoch ein Grundstückspachtvertrag angenommen, dann verweist § 581 Abs. 2 BGB sowieso auf die Anwendung des Mietrechts.¹²

Auch wäre eine mögliche Falschbezeichnung des Vertrages durch die Parteien unerheblich, denn der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* würde dann eingreifen.¹³

4.1 Vertragsschluss

Der Nutzungsvertrag bzw. Gestattungsvertrag (im weiteren Text lediglich Nutzungsvertrag) zwischen der Kommune und dem Realisierungspartner kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Diese sind privatrechtlich gesehen das Angebot und die Annahme (§§ 145 ff. BGB).

Durch den Vertragsschluss entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien. Dies bedeutet Rechte und Pflichten für beide Parteien, die einklagbar sind, sogenannte Vertragspflichten. Ein geschlossener Vertrag bewirkt, dass die Vertragsparteien eine vertragliche Bindung haben (sogenannte Bindungswirkung).

Keine Einigung, und somit kein Vertragsschluss, liegt hingegen vor, wenn Angebot und Annahme sich nicht decken (Einigungsmangel), wenn der Antrag abgelehnt worden ist (sogenannte Ablehnung) und bei verspäteter Annahme.

4.2 Stellvertretung

Die Vertragsparteien des Nutzungsvertrages müssen den Vertrag nicht selbst unterschreiben. Sie können sich gemäß §§ 164 ff. BGB vertreten lassen. Dies setzt das Handeln im fremden Namen mit Vertretungsmacht voraus. Der Handelnde bekundet bei der Stellvertretung, dass er für eine andere Person handelt. Er gibt dann für eine andere Person, also für die von ihm vertretene Partei, eine Willenserklärung ab und wird als Vertreter oder Stellvertreter bezeichnet.

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4d des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2651) geändert worden ist.

⁷ Siehe hierzu z. B. BGH, Urteil vom 17.07.2002 – XII ZR 86/01.

⁸ Positiv: Frey in: NVwZ (2016) S. 1200; gegenteilig bzw. kritischer: Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 6ff.

⁹ So z.B. Frey in: NVwZ (2016) S. 1200.

¹⁰ Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 10.

¹¹ So die Einordnung des BGH eines Nutzungsvertrags über die Errichtung und den Betrieb einer Photovoltaikanlage: BGH, Urteil vom 07. März 2018 – XII ZR 129/16, Rn. 15

¹² Brandenburgisches OLG, Urteil vom 30. März 2011 - 3 U 113/10; so auch Frey in: NVwZ (2016) S. 1200 mit weiterem Verweis.

¹³ Vgl. statt vieler: BGH, NJW (2008) S. 1658.

Voraussetzung ist, dass der Stellvertreter eine Vollmacht bzw. Vertretungsmacht besitzt, die den Vertragsabschluss deckt. Eine solche Vollmacht kann mündlich, sollte aber aus Gründen der Rechtssicherheit schriftlich erteilt werden. Es ist auch empfehlenswert die Vollmacht in Kopie zum Vertrag zu nehmen.

Handelt der Vertreter im fremden Namen mit Vertretungsmacht, dann wirkt die Willenserklärung des Vertreters unmittelbar für und gegen den Vertretenen (siehe § 164 Abs. 1 BGB). Die Willenserklärung des Vertreters wird dem Vertretenen zugerechnet und die Erklärung des Vertreters wird damit zur Erklärung des Vertretenen.

Wichtig für die Praxis ist, dass der Vertreter den Vertrag „i.V.“ unterschreibt, denn sonst könnte unter Umständen ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis vorliegen und der Vertrag wäre kündbar.

4.3 Widerrufsrecht des Verbrauchers und „Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag“

Durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie¹⁴ am 13.06.2014 stellt sich die Frage, ob der Kommune als Grundstückseigentümerin beim Abschluss von privatrechtlichen Nutzungsverträgen ein Widerrufsrecht zusteht und die Regelungen für die „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“ (kurz AGV) nach §§ 312 ff. BGB eingreifen. Denn würden die Verträge unter die neu geregelten §§ 312 ff. BGB fallen, müsste bei Vertragsabschluss eine standardisierte Musterwiderrufsbelehrung und ein Musterwiderrufsformular verwendet werden.

Damit die §§ 312 ff. BGB zur Anwendung kommen, müsste es sich bei dem Vertrag jedoch um einen Verbrauchervertrag (siehe § 310 Abs. 3 BGB) handeln. Ein solcher liegt vor, wenn ein Unternehmer (§ 14 BGB) mit einem Verbraucher (§ 13 BGB) einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung schließt. Bei dem Realisierungspartner wird es sich regelmäßig um einen Unternehmer im Sinne des BGB handeln. Jedoch ist die Kommune wohl nicht als Verbraucher nach § 13 BGB zu sehen,¹⁵ weswegen ein Verbrauchervertrag nicht vorliegen kann und somit das Widerrufsrecht nicht eingreift und auch die Regelungen für AGVs nicht anwendbar sind.

4.4 Schriftform

Langfristig geschlossene Nutzungsverträge müssen die Schriftform beachten. Denn wird die Schriftform nicht eingehalten, kann innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfristen eine Kündigung des Vertrags ohne Angaben von Gründen drohen. Dies wäre im Hinblick auf die Planungssicherheit vor allem problematisch für den Realisierungspartner.

Das eigentliche Problem ergibt sich aus § 550 BGB im Zusammenhang mit § 542 BGB. Die Vorschrift des § 550 BGB lautet wie folgt:

„Wird der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, so gilt er für unbestimmte Zeit. Die Kündigung ist jedoch frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung des Wohnraums zulässig.“

Gemäß Rechtsprechung und Literatur ist diese Vorschrift sowohl auf Grundstücksmietverträge als auch auf Grundstückspachtverträge und damit auf Nutzungsverträge im Rahmen der Windenergie anwendbar.¹⁶ Ferner ergibt sich aus § 542 Abs. 1 BGB, dass bei einer unbestimmten Mietzeit jede Vertragspartei das Mietverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften kündigen kann.

Um also auszuschließen, dass die jeweilige andere Vertragspartei ohne Angabe von Gründen innerhalb der gesetzlichen Frist kündigt, ist es äußerst wichtig, die Schriftform für den gesamten Vertrag zu beachten.

Es ist ferner ebenso wichtig, dass die Schriftform auch für alle Anlagen (z.B. Lageplan, Vollmachten etc.) zum Vertrag sowie im Fall von Nachträgen zum Vertrag eingehalten wird.¹⁷

Es zeigt sich in der Praxis leider immer wieder, dass langfristige Mietverträge die Schriftform nicht einhalten. In diesen Fällen sind sie – wie oben erklärt - vorzeitig kündbar. Dies soll oft mit sogenannten Schriftformheilungsklauseln ausgeschlossen werden. In diesen Klauseln verpflichten sich die Parteien, mögliche Schriftformmängel zu beseitigen, also zu heilen, sodass der Mietvertrag wegen solcher Mängel nicht vorzeitig kündbar ist. In der Vergangenheit stellte sich die Frage, ob solche Schriftformheilungsklauseln möglich sind. In seinem Urteil vom 27.09.2017 hat der BGH nun entschieden, dass

¹⁴ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl. I 2013, S. 3642.

¹⁵ In diesem Sinne Steinke in: EnWZ (2015) S. 66.

¹⁶ Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3 Rn. 44. (Es wurde die beck-online Version verwendet.)

¹⁷ Gaßmann in: EnWZ (2018) S. 107.

Schriftformheilungsklauseln, auch individualvertragliche, immer unwirksam sind.¹⁸ Sie sind mit der nicht abdingbaren Vorschrift des § 550 BGB unvereinbar.

Gemäß § 126 Abs. 2 BGB ist es entscheidend, dass die Parteien auf derselben Urkunde (hier also der schriftliche Nutzungsvertrag) unterzeichnen. Auch muss eine eigenhändige Unterschrift der Parteien vorliegen und die Urkunde muss alle wesentlichen Vertragsbestandteile enthalten.¹⁹ Als Tipp für die Praxis ist hier anzumerken, dass es empfehlenswert ist, alle zum Vertrag gehörenden Schriftstücke fest miteinander zu verbinden. Dadurch entsteht eine Vertragsurkunde und das Zustandekommen des Vertrages ist zweifelsfrei nachweisbar.

4.5 Besondere Vertragsklauseln und wesentliche Vertragsinhalte

Grundsätzlich unterliegen Nutzungsverträge der Vertragsfreiheit, § 311 Abs. 1 BGB. Daher können die Parteien individuelle Abreden treffen. In der Praxis liegen somit verschiedenste Vertragsgestaltungen vor. Nachfolgend werden wichtige Vertragsinhalte vorgestellt, die eine Kommune als Grundstückseigentümer im Nutzungsvertrag mit einem Realisierungspartner nicht missen sollte bzw. auf die Rücksicht genommen werden muss:

4.5.1 Vorab: Was sind Allgemeine Geschäftsbedingungen? Und wie geht man damit um?

Möglicherweise werden der Kommune vom Realisierungspartner musterartige Verträge vorgelegt. Diese enthalten häufig schon vorgefertigte Formulierungen, sogenannte allgemeine Geschäftsbedingungen, kurz AGB (siehe hierzu §§ 305 ff BGB). Das sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Partei (Verwender) der anderen Partei bei Vertragsschluss stellt und nicht zwischen den Parteien ausgehandelt sind. Die AGB beschränken die vertragliche Gestaltungsfreiheit und müssen einer von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur entwickelten komplexen Inhaltskontrolle standhalten, um wirksam in den Vertrag aufgenommen zu sein. Es ist daher wichtig zu wissen, ob man sich im Rahmen der AGB bewegt oder nicht. Es ist außerdem zu beachten, dass unwirksame AGB-Klauseln durch ihre Auswirkungen einen wirksamen Vertragsschluss gefährden können. In einem ersten Schritt sollte geprüft werden, ob eine Klausel nach den §§ 305 Abs. 2, 305a, 305b, 305c Abs. 1 BGB wirksam mit in den Vertrag aufgenommen ist. Wird dies bejaht, dann wird die Klausel zunächst bezüglich der speziellen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit des § 309 BGB geprüft und sodann bezüglich der Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit aus § 308 BGB. In einem nächsten Schritt wird die Klausel auf Tatbestände nach dem § 307 Abs. 2 BGB und letztlich nach dem general-klauselartigen Auffangtatbestand gemäß § 307 Abs. 1 BGB geprüft.

Grundsätzlich gilt, dass keine unangemessene Benachteiligung aus den AGB hervorgehen darf. Dies ergibt sich aus § 307 Abs. 2 S. 1 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung liegt bereits vor, wenn der Verwender der AGB bei deren Abfassung die Interessen künftiger Vertragspartner nicht angemessen berücksichtigt.²⁰

Eine ausgehandelte Individualabrede liegt dann vor, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbestimmungen tatsächlich einräumt.²¹ Ein bloßes Verhandeln über den Vertrag reicht daher nicht aus, denn es muss explizit eine konkrete AGB zur Disposition gestellt worden und dann auch ausgehandelt worden sein.

4.5.2 Klausel zu Flächenbestimmung und Vertragsgegenstand

Zu Anfang eines Nutzungsvertrages ist es wichtig, kurz darzulegen, wofür der Vertrag gedacht ist und welche Nutzung auf dem Grundstück erlaubt ist. Dabei sollten die Parteien auch daran denken, dass es nicht nur um die Nutzung für Windenergieanlagen selbst geht, sondern auch um die eventuelle Zuwegung, Arbeits- und Montageflächen, Kranstellflächen usw.

Von grundlegender Bedeutung für den Vertrag ist zudem eine exakte Bestimmung des/der zur Verfügung gestellten Grundstücks/e. Dies ist durch genaue Bezeichnung der Gemeinde, der Gemarkung, der Flur, des Flurstücks sowie des Grundbuchblattes gegeben. Zusätzlich ist es ratsam, einen Lageplan als Vertragsanhang zu haben, in welchem das zur Verfügung gestellte/n Grundstück/e exakt eingezeichnet wird.

Hier ist zu beachten, dass häufig zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung noch nicht klar ist, welche und wie viele Windenergieanlagen gebaut werden. Daher müssen die Parteien eine Regelung wählen, die dies berücksichtigt bzw. müssen vereinbaren, dass dies zum gegebenen Zeitpunkt in den Nutzungsvertrag schriftlich nachgetragen wird.

¹⁸ BGH, Urteil vom 27.09.2017 – XII ZR 114/16.

¹⁹ BGH, Urteil vom 07.05.2008 – XII ZR 69/06.

²⁰ BGH, Urteil vom 20.05.2009 – XII ZR 94/07.

²¹ BGH, Urteil vom 18.03.2009 – XII ZR 200/06.

Wesentliche Ergebnisse: Der Vertragsgegenstand ist so genau wie möglich zu beschreiben. Das/die Grundstück/e ist/sind in einen Lageplan, der dem Vertrag als Annex angehängt wird, einzuzeichnen.

4.5.3 Klausel für Nutzungsentgelt bzw. Gestattungsentgelt und Entschädigung

Eine der zentralen Klauseln im Vertrag ist die Regelung über das Gestattungsentgelt bzw. Nutzungsentgelt (im Folgenden Nutzungsentgelt) und die Entschädigungszahlungen des Realisierungspartners an die Kommune.

Bezüglich des Nutzungsentgelts gibt es in der Praxis grundsätzlich verschiedene Modelle. Auch ist darauf hinzuweisen, dass den Vertragsparteien aufgrund der Vertragsfreiheit hier ein großer Spielraum zur Ausgestaltung des Nutzungsentgelts gegeben ist und sie ganz individuelle Modelle entwerfen können, die ihren Interessen entsprechen. Dabei sollte lediglich auf eine faire Ausgestaltung für beide Parteien geachtet werden.

Ferner soll an dieser Stelle eine Modellmöglichkeit zur Gestaltung des Nutzungsentgelts vorgestellt werden, welche in der Praxis in den letzten Jahren häufig angewendet wurde. Diese Darstellung soll nicht als Empfehlung verstanden werden, sondern alleine der Veranschaulichung der Möglichkeiten und Probleme im Zusammenhang mit dem Nutzungsentgelt dienen.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass zwischen Vertragsschluss des Nutzungsvertrags und dem eigentlichen Betreiben der Windenergieanlagen auf dem betreffenden Grundstück erfahrungsgemäß mehrere Jahre liegen. Dies hat unterschiedliche Gründe, die sich z.B. aus der Planung, aber auch aus dem Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)²² ergeben können und die für die vorliegende Handreichung nicht von Bedeutung sind. Jedoch ist fraglich, ob für diesen Zeitraum zwischen Vertragsschluss und dem eigentlichen Betreiben der Windenergieanlage ein sogenanntes Projektplanungsentgelt bzw. Bereitstellungsentgelt (im weiteren Text Bereitstellungsentgelt) für das Grundstück vom Realisierungspartner an die Kommune gezahlt werden soll. Sollten die Parteien sich dafür entscheiden bzw. der Realisierungspartner dies von sich aus anbieten, dann sind auch hierfür unterschiedliche Möglichkeiten gegeben. Beispielsweise können die Parteien sich darauf einigen, dass in den ersten drei Jahren ab Vertragsschluss gar kein Bereitstellungsentgelt bezahlt wird und erst ab dem vierten Jahr der Vertragslaufzeit ein solches fällig wird. Oder aber die Parteien einigen sich auf ein niedriges Entgelt und eine weitere Einmalzahlung ab Bau bzw. Genehmigung der Windenergieanlagen.

Das eigentlich wichtige Entgelt ist das Umsatzentgelt, das vom Realisierungspartner an die Kommune ab Inbetriebnahme der ersten Anlage auf dem verpachteten Grundstück bezahlt wird. Dieses berechnet sich normalerweise prozentual aus dem Ertrag, also dem jährlichen Nettoerlös des produzierten und verkauften Stroms, der installierten Windenergieanlage(n). Zudem kann das Umsatzentgelt von einem garantierten Mindestbetrag pro Windenergieanlage untersetzt werden. In den meisten Fällen gibt es eine prozentuale Steigerung des Umsatzentgelts nach 10 bis 14 Betriebsjahren.

Bei der Ausgestaltung der Klausel zum Entgelt sollte von der Kommune beachtet werden, dass eine Formulierung aufgenommen wird, die die Weiterbezahlung des Umsatzentgelts garantiert, auch wenn es zu Betriebsausfällen kommt. In einem solchen Fall würde sich das Umsatzentgelt prozentual aus eventuellen Zahlungen Dritter an den Realisierungspartner berechnen, wie z.B. Entschädigungszahlungen von Versicherungen des Anlagenherstellers oder des Anschlussnetzbetreibers z.B. bei Einspeisemanagementmaßnahmen.

Die Zahlungsfälligkeit des Nutzungsentgelts kann individuell vereinbart werden, jedoch erscheinen Jahresmitte oder Jahresende sinnvoll zu sein. Speziell bezüglich der Umsatzpacht ist die Zahlungsfälligkeit sinnvollerweise auf einen Zeitpunkt zu legen, zu welchem alle notwendigen Daten vorliegen, die gebraucht werden, um die Umsatzpacht zu errechnen.

Es ist auch daran zu denken, dass sich aus dem Nutzungsvertrag ein Recht zur Unterlageneinsicht für die Kommune ergeben muss, um das Nutzungsentgelt zu berechnen bzw. die Nutzungsentgeltberechnung zu überprüfen.

Wesentliche Ergebnisse: Wie sich das Nutzungsentgelt berechnet, können die Parteien grundsätzlich selbst entscheiden.

In der Praxis hat sich eine Zusammensetzung aus Umsatzentgelt und Mindestentgelt etabliert.

²² Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2771) geändert worden ist.

4.5.4 Laufzeitklausel

Für beide Vertragsparteien erscheint es wichtig, eine Vertragslaufzeit festzulegen. Denn gemäß § 542 Abs. 1 BGB kann jede Partei den Nutzungsvertrag nach den gesetzlichen Vorschriften kündigen, wenn die Mietzeit nicht bestimmt ist. Dies erscheint bei einem Nutzungsvertrag nicht sinnvoll, denn dann könnte sich jede Partei gem. § 580a Abs. 1 Nr. 3 BGB durch ordentliche Kündigung mit Drei-Monats-Frist zum Quartalsende vom Vertrag lösen.

Die Vertragslaufzeit beginnt mit der Unterzeichnung des Nutzungsvertrages, wobei die zuletzt geleistete Unterschrift maßgeblich ist. Aufgrund der Tatsache, dass die Planung und Genehmigung von Windenergieprojekten mit langen Vorlaufzeiten verbunden sind, während derer nicht sicher feststeht, ob das jeweilige Projekt tatsächlich realisiert werden kann, erscheint es jedoch sinnvoll, den Vertragsbeginn ab Vertragsunterzeichnung festzulegen und den Beginn der Laufzeit mit der behördlichen Genehmigung für die Windenergieanlagen bzw. mit der voraussichtlichen Betriebszeit(en) der Windenergieanlage(n) zu verknüpfen. Ferner empfiehlt es sich, die Laufzeit an der EEG-Vergütung bzw. der Typengenehmigung zu orientieren, was eine Laufzeit von ca. 20 bis 25 Jahre bedeutet.

Zudem ist daran zu denken, dass es im Vertrag eventuell Verlängerungsoptionen für den Realisierungspartner geben sollte, sofern Betriebszeiten einzelner Windenergieanlagen verlängert werden können, was regelmäßig vorkommt. Bei dieser Verlängerungsoption ist darauf zu achten, dass die gesamte Vertragslaufzeit 30 Jahre nicht überschreitet, da sonst § 544 BGB eingreift, welcher ein außerordentliches Kündigungsrecht für Vertragslaufzeiten länger als 30 Jahre vorsieht.

Für den Fall eines Repowerings ist zu beachten, dass dies regelmäßig eine neue Genehmigung erfordert. Hierfür sollten die Parteien sich zumindest Neuverhandlungen bezüglich der Umsatzpacht, wenn nicht sogar des ganzen Vertrages vorbehalten.²³

Wesentliche Ergebnisse: Es ist wichtig eine Vertragslaufzeit festzulegen.
Diese kann sich an der EEG-Vergütung bzw. der Typengenehmigung orientieren.
Die Laufzeit darf 30 Jahre nicht überschreiten, da sonst § 544 BGB eingreift.

4.5.5 Kündigungsklausel

Aus Sicht beider Vertragsparteien sind Regelungen im Vertrag zu Kündigungsrechten wichtig. Es wird in diesem Papier aber speziell auf die Interessen der Kommune eingegangen. So hat die Kommune als Grundstückseigentümerin ein Interesse daran, dass es keinen Ausfall an Zahlungen des Realisierungspartners gibt. Daher wird in der Regel im Rahmen des Nutzungsvertrages dem Grundstückseigentümer ein Kündigungsrecht eingeräumt für den Fall, dass der Realisierungspartner nicht innerhalb eines festgelegten Zeitraums einen Antrag auf eine entsprechende Genehmigung stellt, nicht mit dem Bau beginnt oder die Anlage nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums in Betrieb nimmt. Dabei ist jedoch immer zu bedenken, dass die Planung und Genehmigung von Windenergieprojekten mit langen Vorlaufzeiten verbunden sind, weswegen es der Kommune für einen gewissen Zeitraum nicht möglich sein sollte, sich vom Vertrag zu lösen. Die Kommune sollte zudem darauf achten, dass ihr ein Kündigungsrecht eingeräumt wird für den Fall, dass der Realisierungspartner seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt, wie z.B. die rechtzeitige Zahlung der Pachtsumme.

Es ist zu beachten, dass jedes vertraglich ausbedungene Lösungsrecht (Kündigung/Rücktritt) vom Vertrag auf einen sachlichen Grund abstellen muss, wie z.B. auf die öffentlich rechtlichen Beschränkungen, die ihre Ursache in der Beschaffenheit, Nutzbarkeit oder Lage der Mietsache haben.²⁴ Hierbei gilt, dass kein Rücktritt bzw. keine Kündigung möglich ist, wenn der Verwender den Grund hierfür selbst zu vertreten hat.

Zusätzlich sollte auch beachtet werden, dass der Realisierungspartner sich vom Vertrag lösen können sollte, wenn sich das ausgewählte Grundstück als ungeeignet für die Windenergienutzung herausstellt.

Es ist dann wohl auch im Interesse der Gemeinde, das Grundstück anderweitig zur Verfügung zu haben bzw. keine Vertragsbindung zu haben, wenn die Bezahlung daraus nicht gewährleistet ist.

Insgesamt muss also stets darauf geachtet werden, dass ausgewogene Regelungen gefunden werden, die für beide Vertragspartner eine vertretbare Situation darstellen.

Klauselvorschlag:

„Der Vertrag kann von jeder Vertragspartei aus wichtigem Grund gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn...

1. ...
2. ...

²³ So auch Frey in: NVwZ (2016) S. 1201.

²⁴ BGH, Urteil vom 29.10.2008 – VII ZR 258/07.

3. ...
...“

Wesentliche Ergebnisse: Die Aufzählung wichtiger Kündigungsgründe ist zu empfehlen, jedoch als nicht abschließend zu kennzeichnen.

4.5.6 Haftungsklauseln

Es ist ferner wichtig für die Kommune als Grundstückseigentümerin die Haftung z.B. für

- die Grundstücksbeschaffenheit, -größe, -güte und -eignung für den vorgesehenen Zweck;
- die Verkehrssicherungspflicht während des Baus und Betriebs der Anlage;
- Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Bau, Betrieb, Unterhaltung, Instandsetzung, Existenz und Kontrolle der Anlage

auszuschließen. Dabei ist aber zu beachten, dass kein Klauselverbot nach § 309 Nr. 7 BGB vorliegt. Dieses würde eingreifen, wenn der Nutzungsvertrag AGBs enthält (zu den AGBs siehe oben unter 4.5.1). In diesem Zusammenhang erscheint es daher wichtig, den Realisierungspartner im Nutzungsvertrag zu verpflichten, eine die oben genannten Risiken abdeckende Betriebshaftpflichtversicherung abzuschließen.

Die verschuldensunabhängige Haftung der Gemeinde für anfängliche Mängel des Grundstücks nach § 536a Abs. 1 1. Alt. BGB kann im Vertrag (auch durch AGB Klausel) ausgeschlossen werden.²⁵ Es ist jedoch nicht möglich, eine Freizeichnung durch AGB von der Gebrauchsgewährungspflicht der Gemeinde im Vertrag festzuhalten, weil es sich dabei um eine Kardinalpflicht im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB handelt. Kardinalpflichten sind die Pflichten, die für die Erreichung des Vertragszwecks unentbehrlich sind und auf deren Erfüllung der Vertragspartner deshalb vertrauen darf.²⁶

Ferner ist eventuell daran zu denken, dass in den Nutzungsvertrag Freistellungsansprüche zu Gunsten der Kommune für etwaige Ansprüche Dritter, die aus der Durchführung des Nutzungsvertrages entstehen könnten, aufzunehmen.²⁷

Wesentliche Ergebnisse: Die Haftung der Gemeinde für das Grundstück (Größe, Eignung usw.), für die Verkehrssicherungspflicht und für Schadensersatzansprüche ist auszuschließen.

Der Realisierungspartner muss eine Haftpflichtversicherung abschließen.

4.5.7 Rechtsnachfolgeklauseln

Im Rahmen von Nutzungsverträgen kann es für beide Vertragsparteien von Interesse sein, dass sie einen potentiellen Vertragspartnerwechsel schon im Vertrag regeln. Für die Kommune ist in jedem Fall wichtig, dass auch bei Vertragsübernahme durch einen neuen Realisierungspartner Solvenz und Zuverlässigkeit des Vertragspartners gewährleistet sind.²⁸ Daher ist es sinnvoll, in einer Rechtsnachfolgeklausel im Nutzungsvertrag festzuhalten, dass eine Rechtsnachfolge für den Realisierungspartner nur mit schriftlicher Zustimmung der Kommune erfolgen kann. In der Praxis wird dies jedoch häufig schwierig umzusetzen sein, weswegen als Kompromisslösung z.B. gefordert werden kann, dass eine Rechtsnachfolge wenigstens schriftlich an die Kommune mitgeteilt werden muss und dann aus wichtigem Grund, wie eben Solvenz usw., auch ein Widerspruch der Kommune möglich ist.

Findet eine Rechtsnachfolge statt, muss der ursprüngliche Realisierungspartner mit dem neuen Realisierungspartner eine schriftliche Vereinbarung treffen, wodurch der neue Realisierungspartner als neuer Nutzer in den Nutzungsvertrag eintritt. Diese Vereinbarung muss sich hinreichend auf den übertragene Nutzungsvertrag beziehen. Dadurch tritt der neue Vertragspartner aufgrund der Identität der Vertragsverhältnisse in alle Pflichten aus dem Nutzungsvertrag ein.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang noch, dass im Falle eines erheblichen Zahlungsverzugs durch den neuen Realisierungspartner die Kommune durch das auch im Verhältnis zu ihm bestehende Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 BGB geschützt bleibt.²⁹

Wesentliche Ergebnisse: Eine Rechtsnachfolge des Realisierungspartners sollte der Kommune wenigstens schriftlich mitgeteilt werden.

²⁵ Klinkan / Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 133.

²⁶ BGHZ 149, 89 (96).

²⁷ Frey in: NVwZ (2016) S. 1201.

²⁸ Klinkan / Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 161.

²⁹ Klinkan / Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 161.

4.5.8 Rückbauklausel³⁰

Der Realisierungspartner ist in jedem Fall auch im Vertrag zu verpflichten, bei Vertragsende (egal ob durch Kündigung oder Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit) bzw. auch bei vorzeitiger Nutzungsaufgabe die Windenergieanlagen auf eigene Kosten zu beseitigen bzw. zurückzubauen.³¹ Es ist wichtig die Nutzungsaufgabe hier miteinzubeziehen. Denn gibt der Realisierungspartner die dauerhafte Nutzung der Windenergieanlage(n) bereits vor Beendigung seiner Nutzungsrechte an dem Grundstück auf, so kann die Kommune als Grundstückseigentümerin als Zustandsstörerin zum Rückbau verpflichtet werden, bevor sie den Rückbau vom Realisierungspartner verlangen kann.³²

Aus Sicht der Kommune als Grundstückseigentümerin umfasst der Rückbau die vollständige Entfernung der Anlage und der Nebenanlagen sowie eventuell der Erdverkabelung. Was jedoch „vollständig“ im konkreten Fall bedeutet, ist in der Praxis häufig umstritten. Es ist daher empfehlenswert, im Nutzungsvertrag explizit zu regeln, was genau entfernt werden muss bei Vertragsende bzw. bei Nutzungsaufgabe. Häufig müssen von der eigentlichen Windenergieanlage der Fundamentkörper und die unterirdischen Platten entfernt werden, jedoch nicht unbedingt die Rammsäulen. Fraglich ist, ob auch die eventuelle Zuwegung und die Erdverkabelung entfernt werden muss.

Zudem sollten die Vertragsparteien Vereinbarungen darüber treffen, wie die Wiederherstellung des Ursprungszustandes aussehen soll. Denn der Realisierungspartner sollte eventuell auch verpflichtet werden das Grundstück zu renaturieren. Auch dabei ist es wichtig, dass der Nutzungsvertrag die Renaturierung so genau wie möglich beschreibt.

Es ist sinnvoll, für den Rückbau eine zeitliche Limitierung zu setzen. Dafür kann z.B. ein Zeitraum von ca. zwölf Monaten nach Stilllegung der Anlage festgelegt werden. Jedoch ist dann darauf zu achten, dass im Vertrag auch festgehalten wird, wann eine Anlage als stillgelegt gilt.³³

Die Kommune sollte darauf achten, dass ab Nutzungsende bis zur vollständigen Beseitigung weiterhin das Mindestentgelt bezahlt wird. Auch sollte der Vertrag eine Vereinbarung mit dem Recht auf Ersatzvornahme auf Kosten des Realisierungspartners enthalten für den Fall, dass der Realisierungspartner seiner Verpflichtung zum Rückbau nicht nachkommt.³⁴

Ferner ist in diesem Rahmen daran zu denken, dass der Rückbau von Windenergieanlagen und die Kosten dafür durch Sicherheitsleistung abgesichert werden kann.³⁵ Näheres zur Sicherheitsleistung siehe auch unter Punkt 4.5.9.

Wesentliche Ergebnisse: Der Vertrag sollte genaue Bestimmungen enthalten, was bei Vertragsende bzw. Nutzungsaufgabe entfernt werden muss und wie renaturiert werden soll. Auch ein zeitliches Limit ist zu setzen.

4.5.9 Klausel zur Sicherheitsleistung des Realisierungspartners

Um vertragliche Verpflichtungen des Realisierungspartners – wie Rückbau, Renaturierung, Mindestpacht und Umsatzpacht - abzusichern, sollte er im Nutzungsvertrag verpflichtet werden eine Sicherheitsleistung zu hinterlegen. Welches Sicherungsmittel hierfür gewählt wird, ist im Einzelfall zu entscheiden.

Sinnvoll erscheint jedoch eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft.³⁶ Dabei verzichtet der Bürge (die Bank) auf die Einrede der Vorausklage gem. § 773 Abs. Nr. 1 BGB und der Sicherungsnehmer (die Kommune) kann bei Zahlungsverzug direkt auf den Bürgen zugreifen. Es bedarf keiner vorherigen Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner (Realisierungspartner). Der Bürge haftet daher hier wie ein Hauptschuldner und die selbstschuldnerische Bankbürgschaft bietet dem Sicherungsnehmer somit mehr Sicherheiten. Es ist in diesem Zusammenhang eventuell daran zu denken, dass in die im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens möglicherweise verlangte Bankbürgschaft zusätzlich die Kommune als Berechtigte eingetragen wird und damit gesichert wird.³⁷

³⁰ Allgemein zum Rückbau von WEA siehe Gaßner, Viezens in: FA Wind (2018) „Brechen & Sieben“ Fachaustausch zu End-of-Life von Windenergieanlagen, S. 8 ff..

³¹ Diese privatrechtliche Vereinbarung zum Rückbau ist nicht mit der Rückbauverpflichtung aus § 35 Abs. 5 BauGB zu verwechseln.

³² Gaßner, Viezens in: FA Wind (2018) „Brechen & Sieben“ Fachaustausch zu End-of-Life von Windenergieanlagen, S. 12 und 16.

³³ Gaßmann in: EnWZ (2018) S. 108.

³⁴ So auch Frey in: NVwZ (2016) S. 1201.

³⁵ So auch Frey in: NVwZ (2016) S. 1201; ferner zu den Sicherungsmitteln allgemein für den Rückbau siehe Gaßner, Viezens in: FA Wind (2018) „Brechen & Sieben“ Fachaustausch zu End-of-Life von Windenergieanlagen.

³⁶ So auch Frey in: NVwZ (2016) S. 1201.

³⁷ So auch Frey in: NVwZ (2016) S. 1201; außerdem siehe Gaßner, Viezens in: FA Wind (2018) „Brechen & Sieben“ Fachaustausch zu End-of-Life von Windenergieanlagen, S. 16.

Die Höhe der Sicherheitsleistung muss in nachvollziehbarer Weise festgelegt werden und muss die Kosten für den zukünftigen Rückbau absichern. Deswegen ist der Zeitpunkt des voraussichtlichen Rückbaus der hierfür entscheidende Zeitpunkt und auch Inflation und Kostensteigerungen sind mit einzubeziehen.³⁸

Wesentliche Ergebnisse: Rückbau, Renaturierung, Mindestpacht und Umsatzpacht müssen durch selbstschuldnerische Bankbürgschaft abgesichert werden.

4.5.10 Klausel zur Pächtereinverständniserklärung

Häufig wird das Grundstück der Kommune schon durch einen anderen Pachtvertrag an einen Agrarbetrieb bzw. einen Forstbetrieb verpachtet sein. Es ist daher wichtig im Nutzungsvertrag zu regeln, wie diese Situation zu behandeln ist. Häufig wird dies durch eine Pächtereinverständniserklärung bewerkstelligt. Damit gibt der Agrarbetrieb bzw. Forstbetrieb sein Einverständnis zur Windenergienutzung auf seinen gepachteten Flächen gegen eine angemessene Entschädigung bzw. gegen angemessene Reduzierung seiner zu bezahlenden Pachtsumme.³⁹ Es ist für die Kommune wichtig im Nutzungsvertrag zu regeln, dass sie lediglich eine Mitwirkungspflicht hat, um dieses Einverständnis zur Windenergienutzung zu bekommen.

Wesentliche Ergebnisse: Die Kommune hat lediglich eine Mitwirkungspflicht bei der Erlangung der Pächtereinverständniserklärung.

4.5.11 Klausel zur Regelung der Eigentumsverhältnisse und dingliche Sicherung

Die vorliegende Konstellation, dass Grundstückseigentümer und Realisierungspartner zwei unterschiedliche Personen sind, bedeutet, dass die Windenergieanlagen des Realisierungspartners auf fremdem Grund und Boden errichtet werden. Es stellt sich daher die Frage, ob die Kommune als Eigentümerin des Grundstücks aufgrund Gesetzes auch Eigentümerin der zu errichtenden Windenergieanlagen wird. Dies wäre wohl anzunehmen, denn die Windenergieanlagen würden durch die feste Verbindung mit dem Boden gemäß §§ 94, 93 BGB Bestandteile des Grundstücks, auf welchem sie gebaut werden.⁴⁰ Es ist deshalb wichtig für den Realisierungspartner, dass die einzelnen Windenergieanlagen sonderrechtsfähig bleiben und somit nicht in das Eigentum der Gemeinde als Grundstückseigentümerin übergehen. Denn nur dann können die einzelnen Anlagen als Sicherungsobjekte im Rahmen der Finanzierung zur Verfügung stehen.

Windenergieanlagen bleiben sonderrechtsfähig, wenn sie als sogenannte Scheinbestandteile gemäß § 95 BGB des Grundstücks angesehen werden können.⁴¹ § 95 BGB setzt voraus, dass eine Sache „nur zu einem vorübergehenden Zweck“ auf fremdem Boden errichtet wurde oder dass die Sache „in Ausübung eines Rechts am fremden Grundstück“ mit diesem verbunden wurde.

Vor dem Jahr 2017 war die Frage, ob eine Sache auch dann lediglich ein Scheinbestandteil eines Grundstücks bleiben kann, wenn sie für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll, uneinheitlich beantwortet worden. Diese Frage hat der BGH mit seinem Urteil vom 07. April 2017 höchstrichterlich entschieden. Danach führt auch der für die gesamte Lebensdauer einer Sache geplante Verbleib auf einem Grundstück nicht dazu, dass diese ein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird.⁴² Ein „vorübergehender Zweck“ kann zumindest dann angenommen werden, wenn bei einem zeitlich beschränkten Pachtvertrag der Wille zur vorübergehenden Nutzung erkennbar nach außen tritt.⁴³ „In Ausübung eines Rechts“ bezieht sich lediglich auf die Ausübung eines dinglichen Rechts, wie z.B. die Grunddienstbarkeit.⁴⁴ Es sollte daher ein Grundbuchrecht des Realisierungspartners eingetragen werden, bevor er die Sache auf der Grundstücksfläche einbringt.

Es ist daher wichtig, eine vertragliche Formulierung zu finden, die das Vorstehende für beide Parteien zufriedenstellend regelt.

³⁸ Gaßner, Viezens in: [FA Wind \(2018\) „Brechen & Sieben“ Fachaustausch zu End-of-Life von Windenergieanlagen](#), S. 8 ff.

³⁹ Eine Entschädigung ist in einem Entschädigungsvertrag zu regeln und richtet sich bei Agrarflächen nach den Flur – und Aufwuchsentzündungstabellen der Länder, welche von den Landwirtschaftskammern bzw. den jeweiligen Landesministerien für Landwirtschaft erstellt werden. Bei Flächen zum Forstbetrieb ist es wichtig, dass eine vorherige Begehung mit einem Experten stattfindet. Denn die Entschädigung hierfür richtet sich nicht nur nach dem Wert des Holzes, sondern sollte am Marktwert der zu fällenden Bäume ausgerichtet werden.

⁴⁰ Klinkan / Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 184 bis 188.

⁴¹ Klinkan / Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 189 bis 192.

⁴² BGH, Urteil vom 7. April 2017 – V ZR 52/16; besprochen in: [FA Wind, Rundbrief Windenergie und Recht 3/2017](#).

⁴³ Palandt / Ellenberger in: BGB (2019) § 95 Rz. 3.

⁴⁴ Palandt / Ellenberger in: BGB (2019) § 95 Rz. 5.

Klauselvorschlag:

„Die Vertragsparteien sind darüber im Einvernehmen, dass der Realisierungspartner die Windenergieanlage, deren Fundament, die Zuleitungen und Nebenanlagen [hier ist auf eine abschließende Aufzählung aller mit dem Grundstück verbundenen Sachen zu achten] nur zeitlich befristet und damit auch nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 Abs. 1 BGB auf dem Grundstück errichtet. Die Windenergieanlage zählt somit nach dem erklärten Willen der Vertragsparteien nicht als Bestandteil, sondern lediglich gem. § 95 BGB als Scheinbestandteil des Grundstücks der Eigentümerin.“

Ebenso wichtig ist eine Regelung im Nutzungsvertrag zur dinglichen Sicherung der Nutzungsrechte des Realisierungspartners im Grundbuch. Denn das dingliche Recht zeichnet sich durch Wirksamkeit gegenüber jedermann aus, wohingegen das privatrechtliche Vertragsverhältnis des Nutzungsvertrages lediglich zwischen der Kommune und dem Realisierungspartner besteht (sog. Relativität der Schuldverhältnisse).⁴⁵

Eine dingliche Absicherung des Nutzungsrechts aus dem Vertrag erfolgt zumeist durch die Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Realisierungspartners.⁴⁶ Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit (geregelt in den §§ 1090 ff. BGB) ist ein Grundbuchrecht mit der Befugnis, das damit belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen nutzen zu dürfen. Sie soll den Realisierungspartner vor schuldrechtlichen Beschränkungen bei der Gebrauchsgewährung durch die Grundstückseigentümerin bzw. im Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung schützen.⁴⁷

Ferner ist von der Kommune darauf zu achten, dass die Dienstbarkeit nach Beendigung des Betriebes der Windenergieanlage automatisch aus dem Grundbuch gelöscht wird.

Wesentliche Ergebnisse: Die Windenergieanlage muss sonderrechtsfähig bleiben. Das Nutzungsrecht des Realisierungspartners ist durch ein dingliches Recht im Grundbuch zu sichern.

4.5.12 Salvatorische Klausel und Gerichtstandsklausel

Abschließend sollten durch eine salvatorische Klausel die Rechtsfolgen geregelt werden, wenn Teile des Vertrages sich als undurchführbar oder nichtig herausstellen.

Auch der Gerichtstand ist festzulegen.

5. Fazit

Die vertragliche Gestaltung der Grundstücksnutzung von kommunalen Flächen für Windenergie enthält so manches Hindernis sowohl für die Kommune als auch für den Realisierungspartner. Wie oben dargestellt, löst die zeitlich beschränkte Grundstücksüberlassung normalerweise keine Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften aus.

Bei der Ausarbeitung eines schuldrechtlichen Nutzungsvertrages ist es für die Kommune wichtig, bei der Formulierung einzelner Regelungen auf Ausführlichkeit und Genauigkeit zu achten. Damit werden spätere Streitigkeiten und Probleme vermieden. Das vorliegende Papier kann hierbei bezüglich der Inhalte einzelner Klauseln nicht abschließend beraten, bietet jedoch einen Überblick über die wichtigsten Punkte. Es soll demjenigen, der einen Nutzungsvertrag für die Kommune bearbeitet, eine Stütze sein bei der Identifizierung von Stolperfallen und möglichen Problemen.

Das vorliegende Papier versteht sich als Unterstützung von Kommunen. Die darin enthaltenen Auskünfte, Hinweise und Empfehlungen dienen der allgemeinen Information und können eine Beratung im Einzelfall oder eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

⁴⁵ Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 249.

⁴⁶ So z.B. auch Gaßmann in: EnWZ (2018) S. 109.

⁴⁷ Böhlmann-Balan in: Maslaton (Hrsg.) Windenergieanlagen (2018) Kapitel 3, Rn. 250.

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de