

Praxishinweise für kommunale Entscheidungsträger und private Grundstückseigentümer,
von Dr. Andreas Matusch* und Dr. Eckhard Regensburger‡, MIO e.V., Marburg, Stand 01.10.2019

Wegeausbau und Kabelverlegung für Windkraftvorhaben – Abwehrmöglichkeiten bzw. eigentümerfreundliche vertragliche Ausgestaltung der invasiven Nutzung von Wegegrundstücken am Beispiel Mittelhessen

Notwendigerweise gibt es zu dem Thema nur wenig Literatur und Rechtsprechung. Zum einen werden Fragen zu solchen Pachtvertragsverhältnissen vorwiegend einvernehmlich vorgerichtlich oder auch nicht öffentlich über Schiedsstellen geklärt. Zum anderen gehört die Ausgestaltung solcher Pachtvertragsverhältnisse zum kostbaren Kern des Praxiswissens hochspezialisierter Fachanwälte, und wird jeweils den schnelllebigen Veränderungen in der Branche sowie den Besonderheiten des Einzelfalls angepasst. Andererseits besteht auf Seiten kommunaler Entscheidungsträger in Gemeinderäten und -vorständen, wie auch bei Grundstückseigentümern, ein erheblicher Informationsbedarf. Die Autoren sind selbst keine Fachanwälte im Verwaltungs- oder Energierecht. Sie haben folgende Ausführungen aufgrund von Einblicken in Windkraftprojekte in der Nachbarschaft und Literaturrecherche abgefasst. Die Ausführungen dienen der Vorbereitung einer dringend empfohlenen Beratung durch spezialisierte Fachanwälte, bevor vertragliche Bindungen eingegangen oder zustimmende Signale abgegeben werden.

Vorüberlegung zu Abwehrmöglichkeiten der Gemeinde ohne Schadenersatzpflicht

Gerne wird bei Entscheidungen kommunaler Gremien ins Feld geführt, man könne ein Baugesuch nicht ablehnen, da sonst Schadenersatzpflicht drohe. Hinsichtlich der Nutzung gemeindeeigener Grundstücke für Wegeausbau und Kabelverlegung ist zunächst zu unterscheiden, ob bereits ein Gestattungsvertrag mit dem Projektierer abgeschlossen wurde. In diesem Fall handelt es sich um ein privatrechtliches Vertragsverhältnis¹ und richten sich die rechtlichen Beziehungen, einschließlich von Schadenersatzansprüchen bei Vertragsverletzungen, nach Privatrecht (§§ 241,249,280 ff BGB). Hält die Gemeinde den Vertrag z.B. aufgrund eines Sinneswandels nicht ein, wird sie sogar mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ersatzpflichtig.

Zu beachten sind auch im Rahmen von Vertragsverhandlungen bereits im Vorfeld eines Vertragsabschlusses gegebene schriftliche bzw. protokollierte Zusagen. Hierdurch kann ein vorvertragliches Schuldverhältnis bzw. ein Vorvertrag zustande gekommen sein (§ 311 BGB), der ebenfalls schuldrechtliche Verpflichtungen nach § 241 Abs. 2 BGB entstehen lässt.

Sind noch keine entsprechende Gestattungsverträge abgeschlossen worden, ist zu fragen, ob der Projektierer dennoch auch gegen den Willen der Gemeinde eine entsprechende Grundstücksnutzung erwirken kann und im zweiten Schritt, ob die Gemeinde schadenersatzpflichtig

werden kann und ab welchem Zeitpunkt ihr eine Projektverzögerung anzulasten ist. In diesen Fällen geht es um Anwendung Öffentliches Rechts und hier speziell um Ansprüche aus Amtspflichtverletzung wegen rechtswidrigen staatlichen Handelns, egal ob schuldhaft oder schuldlos.

Voraussetzung für eine Schadenersatzpflicht aus Amtshaftung gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S.1 GG ist die Beurteilung eines Verwaltungsaktes oder schlichten Verwaltungshandelns durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit als rechtswidrig (vgl. § 839 Abs. 3 BGB und BGH III ZR 9/03 vom 23.10.2003). Ohne Vorliegen eines Gestattungsvertrags kommt für den Projektierer ein Schadenersatzanspruch frühestens ab dem Zeitpunkt in Frage, zu dem er einen Rechtsanspruch auf Nutzung der Gemeindegrundstücke hat und ihm dies dennoch verweigert wird.

Obige und folgende Ausführungen gelten analog auch für private Grundstückseigentümer.

1. Erwirken von Wege- und Leitungsrechten durch (Teil-) Enteignung

In der Tat liefert § 45 I Nr. 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) eine Rechtsgrundlage für die Beschränkung des Eigentums zur Verlegung von Kabeln und zum Wegeausbau zu Windrädern:

„§ 45 Enteignung (1) Die Entziehung oder die Beschränkung von Grundeigentum oder von Rechten am Grundeigentum im Wege der Enteignung ist zulässig, soweit sie zur Durchführung 1. [...] oder 2. eines sonstigen Vorhabens zum Zwecke der Energieversorgung erforderlich ist.“

Soweit der Vorhabenträger (Projektierer) diesen Weg beschreitet, kommt eine Belastung des gemeindeeigenen Grundstücks durch Eintragung einer Dienstbarkeit zu seinen Gunsten ins Grundbuch (dingliche Sicherung) in Frage. Dies deckt den Bedarf des Projektierers voll ab. Die Voraussetzungen für eine Enteignung gegen den ausdrücklichen Willen der Gemeinde zugunsten des Projektierers hat der Bundesgerichtshof (BGH) im Urteil III ZR 36/14 vom 12.03.2015 dargelegt und klargestellt. Hier wendete sich die Stadt Weißensee in Thüringen gegen die Eintragung von Leitungsrechten auf 12 ihrer Grundstücke auf dem Wege der Enteignung zugunsten der Windpark Ottenhausen GmbH & Co. KG zwecks Ausbau des Wegenetzes auf 5 m Breite und die Verlegung eines 1,2 KV (bzw. 20 KV) Mittelspannungskabels in 1 m Tiefe von den 8 Windrädern des Typus Vestas V90 – 90 m Rotor auf 105 m Turm, 2,0 MW – zum Umspannwerk Schilfa. Die vorinstanzlichen Urteile waren OLG Jena Be U 299/12 vom 30.12.2013 und LG Meiningen BLK O 672/11 vom 07.03.2012. In derselben Sache hatte sich die Gemeinde zuvor bereits erfolgreich gegen die vorzeitige Besitzeinweisung gewandt, vgl. Entscheidungen in der Hauptsache OLG Jena Bl U 687/08 vom 03.03.2010 und LG Meiningen BLK O 8/07 vom 23.07.2008, sowie Entscheidungen auf dem Eilwege OLG Jena Bl W 490/07 vom 27.11.2007 und LG Meiningen BLK O 7/07 vom 04.09.2007. Der Vorhabenträger und die Genehmigungsbehörde waren diesen Entscheidungen mit der Errichtung des

Windparks Ottenhausen bereits im Jahre 2007 zuvorgekommen, welcher heute von der *Boreas energy unlimited* betrieben wird. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung datierte vom 15.05.2006, wogegen sich die Stadt Weißensee ebenfalls in zwei Instanzen, jedoch erfolglos, gewehrt hatte (OVG Thüringen 1 EO 563/07 vom 24.08.2007).



Blick auf Weißensee aus Richtung Schemdorf im Jahre 2008, ©Wolfgang Sieler, aus *Thüringer Allgemeine* vom 05.01.2012

Demnach sind die Anforderungen an eine Enteignung sehr streng, „*sie muss zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (hier: Versorgungszweck) unumgänglich erforderlich [sein,...] ist mithin ultima ratio*“.

1.1. Ablauf des Enteignungsverfahrens

Als zwingende formelle Voraussetzung muss das Vorhaben immissionsschutzrechtlich rechts-wirksam genehmigt oder genehmigungsfähig sein.

Entweder muss die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung (in Mittelhessen vom RP Gießen, Abteilung IV Umwelt, Dezernat 43.1 Frau Dr. Petra Baumann) rechtskräftig sein (Ablauf der Klagefrist bzw. letztinstanzliche Gerichtsentscheidung) und auch sonst alle notwendigen Gestattungen und Genehmigungen vorliegen. Andernfalls muss die Enteignungsbehörde (nach § 11 Hessisches Enteignungsgesetz, HEG, ebenfalls das RP Gießen, Abteilung II Inneres und Arbeit, Dezernat 21, LRD Herr Dirk Becker) unabhängig selbst die entgegenstehenden öffentlich-rechtlichen Hindernisse und die erhobenen Einwände selbst abprüfen, d.h. parallel große Teile des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens – derzeit 20 Kapitel in etwa 2 Meter Akten - abarbeiten.

Als materielle Voraussetzungen werden aufgeführt:

a) Bedarfsfeststellung durch die Energieaufsichtsbehörde

Der energiewirtschaftliche Bedarf für die Windräder (des gesamten Vorhabens) muss auf jeden Fall mängelfrei und mit konkretem Bezug zum Vorhaben generell festgestellt worden sein. Es muss eine Versorgungslücke geschlossen bzw. Versorgungssicherheit geschaffen werden. Hierzu reicht eine „Erzeugungslücke“ in einem Versorgungsraum nicht aus, sondern es müssen zusätzlich auch die Leitungskapazitäten für den Stromimport unzureichend sein. Bezugsräume im

BGH-Urteil waren das Bundesland und das Gebiet der betroffenen Gemeinden. Es sind sämtliche Versorgungsalternativen in die Prüfung einzubeziehen. Es ist insbesondere zu prüfen, ob an alternativen Standorten im Bundesland Windparks auch ohne Enteignung realisiert werden können. Der Erfordernis der Darlegung einer Versorgungslücke bzw. Versorgungsunsicherheit tut auch die energiepolitische Priorität der Windkraft lt. § 1 EnWG, bzw. § 1 EEG, sowie der dezentralen Versorgung keinen Abbruch. Für die Feststellung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Vorhabens ist die nach Landesrecht zur Energieaufsicht berufene Behörde, in Hessen das Wirtschaftsministerium, zuständig. Diese Feststellung hat Bindungswirkung für die Enteignungsbehörde (BVerwG 4 C 9/00 vom 11.07.2002).

b) Verfahren bei der Enteignungsbehörde

Die Enteignungsbehörde steht nach außen für die Rechtmäßigkeit der Bedarfsfeststellung ein, auch für eine fehlerhaft übernommene, hat diese also inzident mit zu prüfen. In der zweiten Stufe der Prüfung stellt die Enteignungsbehörde nun fest, ob das in der Bedarfsfeststellung konkretisierte Gemeinwohl den Zugriff auf das einzelne Grundstück erfordert (BVerwG 4 C 9/00 vom 11.07.2002). Die Entscheidung, diese und keine andere Kabel- bzw. Wegetrasse zu nutzen, und gerade das betroffene konkrete Grundstück und kein anderes in Anspruch zu nehmen, muss methodisch einwandfrei zustande gekommen und in der Sache vernünftig sein.

c) Freihändiger Erwerb geht vor Enteignung (§ 5 I 2 Nr. 2 HEG).

Das Vorhaben kann nicht durch den Erwerb von Grundstücken bzw. Nutzungsrechten umgesetzt werden. Es gibt keinerlei Wegetrasse über Grundstücke, welche der Projektierer unter Wahrung der vom EnWG vorgesehenen Kostengünstigkeit und Umweltschutz auch erwerben konnte, einschließlich eines im Sinne des EnWG zumutbaren Verkaufsangebots der Gemeinde für gegenständliche Grundstücke.

d) Mildestes Mittel

Es gibt keine weniger einschneidenden Maßnahmen, um auf zumutbare Weise denselben Zweck zu erreichen (§ 5 HEG).

1.2 Vorzeitige Besitzeinweisung (§§ 17-21 HEG)

Für eine vorzeitige Besitzeinweisung muss ein Vorhaben erfolgen, für das überhaupt enteignet werden kann und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, dass dem Enteignungsantrag stattgegeben wird. Sie muss aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit dringend geboten sein. *„Geboten in diesem Sinne ist die Ausführung einer Maßnahme dann, wenn es nicht hingenommen werden kann, dass mit der Ausführung bis zum Abschluss des Enteignungsverfahrens gewartet werden muss (vgl. Frankfurt, 1 W 1/90 vom 25. Juni 1990). Ein Abwarten kann dann nicht*

hingenommen werden, wenn die sofortige Ausführung der Maßnahme bei Abwägung der Belange der Allgemeinheit und des Betroffenen unumgänglich ist, um die Gesamtheit der Bürger bzw. eine Vielzahl von Personen gegen wesentliche Nachteile zu schützen oder um ihnen wesentliche Vorteile zu erhalten, die verloren gingen, wenn die Maßnahme zu einem späteren Zeitpunkt ausgeführt wird.“ (OLG Jena Bl W 490/07 vom 27.11.2007). Für strenge Maßstäbe an die vorzeitige Besitzeinweisung bei sonstigen Vorhaben der Energieversorgung spreche auch das Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung wie etwa in § 44 EnWG für planfestgestellte Hochspannungsleitungstrassen.

Zu einer anderslautenden Einschätzung hinsichtlich Enteignung und vorzeitiger Besitzeinweisung kamen das VG München in M 24. S 08.497 vom 21.02.2008 und VGH Bayern 22 CS 08.537 vom 03.03.2008. Das OLG Jena hat diese Entscheidungen diskutiert. Es legte schlüssig dar, dass die Ausbauziele erneuerbarer Energien aus EEG und auch Kyoto-Protokoll allein das Mittel der Enteignung nicht rechtfertigen. Vielmehr sehe das EEG als Instrumente zur Förderung erneuerbarer Energien die Abnahme- und Vergütungspflicht für Ökostrom aber eben nicht die Enteignung vor. Auch habe der Gesetzgeber das Recht einiger Fachplanungen zugunsten der erneuerbaren Energie modifiziert, nicht aber das Enteignungsrecht. Dieser Auffassung folgte der BGH in III ZR 36/14 vom 12.03.2015, so dass hierdurch auch die bayrischen Entscheidungen obsolet sein dürften.

Privatnützige Interessen schließlich und die Auswirkungen einer nicht sofortigen Ausführung eines Vorhabens – wie entgangene Einspeisevergütung – sind für eine vorzeitige Besitzeinweisung nur insoweit von Bedeutung, als hierdurch das Wohl der Allgemeinheit berührt wird (OVG NW 20 B 1789/07 vom 24.01.2008).

Die vorzeitige Besitzeinweisung durch die Enteignungsbehörde ist wiederum ein vergleichsweise aufwändiges Verfahren mit mündlicher Verhandlung vor der Enteignungsbehörde und Beschluss. Der Zweck muss eingegrenzt und benannt werden, sie ist entschädigungspflichtig und eine Sicherheitsleistung kann angeordnet werden. Zu beteiligen sind neben Antragsteller und Eigentümer auch sonstige Berechtigte am Grundstück, wie der Jagdpächter und der land- und forstwirtschaftliche Pächter. Auf Antrag eines Beteiligten ist der Zustand des Grundstücks, nötigenfalls gutachterlich, zu ermitteln. Den Beteiligten steht im Verfahren die Einwendung zu.

Nebenbei sei angemerkt, dass derzeit energiewirtschaftliche Bedarfsfeststellungen für Windräder noch bei Gerichten durchdringen mögen. Elektrotechnisch jedoch gefährdet in der jetzigen Situation des Netzausbaus jedes einzelne weitere Windrad die Versorgungssicherheit zusätzlich. Grund ist die mit dem Wind zwischen Null und dem Nennwert fluktuierende Leistungsabgabe („Zappelstrom“). Mangels sekundengenauer Anpassung des Verbrauchs muss der Fehlbetrag stets sekundengenau aus anderen Quellen der Regelungsreserve ausgeglichen und über ggf. zusätzliche Leitungen zum Verbraucher geführt werden. Zusätzlich muss die Blindleistungskompensation jeweils angepasst werden. Wenn ein typisches Windrad 1500 Vollaststunden im Jahr

liefert, sind die restlichen 7266 Stunden Versorgungslücke. Dies wird sich bald auch bei den Gerichten herumsprechen.

Einige weitere Gerichtsentscheidungen befassten sich mit Enteignungen für Wege und Kabeltrassen. OLG Celle 4 U 11/08 vom 28.05.2008 behandelte den ausgesprochenen Einzelfall eines Windrades ausschließlich zur Versorgung eines landwirtschaftlichen Betriebes. Die Kabeltrasse sollte ein Gleisgrundstück der Deutschen Bahn kreuzen und es bestand bereits ein Kreuzungsvertrag von 1984. Kosten von 3000€ standen hier Kosten von 40.000€ für eine alternative Trassenführung gegenüber. Für die Leitungsdienstbarkeit auf einem Grundstück im Wert von 85€ hatte die Bahn eine Entschädigung von 28.000€ verlangt.

1.3 Keine Duldungspflicht bzw. Kontrahierungszwang nach § 46 EnWG !

Im Gegensatz zu § 45 I Nr. 2 ist § 46 EnWG „Wegenutzungsverträge“ (entsprechend § 13 in der Vorgängerfassung EnWG1998) für den Kabel- und Wegeanschluss von Erzeugern wie Windrädern nicht einschlägig. Die dortige Duldungspflicht und der Kontrahierungszwang gelten nur für Leitungen der Stromverteilnetzbetreiber für die unmittelbare örtliche Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet und nur für öffentlich gewidmete Verkehrswege. Dies ist in Absatz 1 geregelt. Die Absätze 2-7 beziehen sich nur auf Ablauf und Modalitäten der Konzessionierung, eröffnen aber keine weiteren Tatbestände. Ausweislich der Begründung des Gesetzgebers (Bundestagsdrucksache 13/7274 vom 23.03.1997, Seite 20 „Wegenutzungsverträge“, damals § 8, *„Die Vorschrift ist neu und in engem Zusammenhang mit dem Recht der Gemeinden zur Erhebung von Konzessionsabgaben nach § 9 zu sehen. Mit der Aufhebung der kartellrechtlichen Freistellung für ausschließliche Wegerechte soll zusätzlicher Wettbewerb ermöglicht werden. Ein Instrument dazu ist zusätzlicher Leitungsbau. dies setzt voraus, daß die Gemeinden ihre Wege zur Leitungsverlegung auch zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet zur Verfügung stellen...“* bezweckt die Vorschrift die Erleichterung des Wettbewerbes bei Bau und Betrieb der letzten Meter Stromkabel zum Endverbraucher.

Bei der Kabelanbindung von Windparks haben wir es aber mit einem Vorhaben und Leitungen zur überörtlichen Versorgung zu tun (vgl. auch Bringewat 2015, jurOP). Des Weiteren schließen die Vorhabenträger eines Windparks in der Regel Pachtverträge und keine Konzessionsverträge mit der Gemeinde. Die Bejahung eines Kontrahierungszwangs zur Kabelverlegung nach § 46 EnWG durch das Hessische Umweltministerium im Rahmen einer parlamentarischen kleinen Anfrage (Frage 7 vom 24.02.2017, Landtagsdrucksache 19/4588) erfolgte offensichtlich in Unkenntnis des o.g. BGH-Urteils vom 12.03.2015. Auch dürften Forst- und Feldwege in der Regel nicht dem allgemeinen öffentlichen Verkehr gewidmet sein. Überhaupt nichts gibt § 46 zum umfangreichen breiten Ausbau bzw. streckenweise Neubau von Wegen auf Gemeindegrundstücken her. Ebenso wenig einschlägig ist hier

§ 12 NAV (Netzanschlussverordnung), da es auch hier um die örtliche Versorgung von Stromverbrauchern geht (u.a. BGH V ZR 231/15).

1.4 Ergebnis: Keine Schadenersatzpflicht vor Durchlauf des kompletten Enteignungsverfahrens

Im Ergebnis kommt eine Schadenersatzpflicht der Gemeinde nur in Frage, wenn sie nach rechtskräftiger Entscheidung zu Enteignung bzw. vorzeitiger Besitzeinweisung dennoch die Grundstücksnutzung verwehrt. Hierzu bedürfte es schon der Schaffung physischer Tatsachen. Bloßes konsequentes „Nein“-sagen löst in keinem Verfahrensstadium Schadenersatzpflicht aus, stärkt jedoch die Rechtsposition des Grundstückseigentümers hinsichtlich der Haftung bei Störfällen / Unfällen. Bevor das Enteignungsverfahren komplett durchlaufen ist, besteht kein Risiko für die Gemeinde. Es gibt auch keinen Grund, das Enteignungsverfahren nicht komplett zu durchlaufen, da selbstverständlich der Vorhabenträger, welcher die Enteignung betreibt auch die Verfahrenskosten trägt.

1.5 Reine Wegenutzung ohne Ausbau und Kabelverlegung bleibt Jedermannsrecht

Ausgenommen von dieser Erörterung ist ausdrücklich die reine Nutzung bestehender Wege ohne Ausbau. Bei öffentlicher Widmung als Verkehrsfläche muss die Nutzung geduldet werden und bei Verweigerung könnte sich eine Schadenersatzpflicht der Gemeinde ergeben. Besteht keine öffentliche Widmung – wie bei bestimmten Wirtschaftswegen - handelt es sich um einen rein zivilrechtlichen Nutzungsvertrag mit keinerlei Verpflichtung zum Abschluss. Auch der Erschließungserfordernis nach § 35 I BauGB ist bereits durch Unterbreitung eines zumutbaren angemessenen Erschließungsangebotes des Projektierers Genüge getan (vgl. Bringewat 2015, OLG Thüringen Bl U 687/08 vom 23.07.2010 und viele andere mehr) ohne dass tatsächlich eine wie auch immer geartete Zuwegung besteht.

1.6 Folgen für das praktische Vorgehen

- a) Solange die Gemeinde keinen Vertrag mit dem Projektierer abgeschlossen hat, kommt keinerlei Schadenersatz in Frage. Sehr hoch kann jedoch das Risiko von Schadenersatzforderungen und Vertragsstrafen sein, wenn Verträge abgeschlossen, aber nicht eingehalten werden, je nach Vertragstext. Jegliche Zusage im Vorfeld eines Vertragsabschlusses schwächt die Rechtsposition der Gemeinde und sollte daher unterbleiben. Bei jeglicher Kommunikation von Grundstückseigentümern mit dem Projektierer sollte klargestellt werden, dass diese keinerlei Zusage und keinerlei Vertragsverhandlung darstellt, sondern rein informativ ist.
- b) Schadenersatzforderungen der Projektierer wegen schuldhafter Verzögerung des Genehmigungsverfahrens, Versagen von Genehmigungen, Genehmigungsaufgaben etc. richten sich klar und eindeutig gegen die Genehmigungsbehörde, das RP Gießen und nicht gegen die Gemeinde

(vgl. LG Münster 011 O 167/08 vom 17.04.2009; VG Oldenburg 4 B 4938/03 vom 11.06.2004). Dies gilt sogar dann, wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 36 BauGB rechtswidrig verweigert (BGH II ZR 29/10 vom 16.09.2010). Deswegen hat es das RP Gießen bei der Projektverhinderung ungleich schwerer als die Gemeinde. Der Ball liegt – anders als das von Kommunalpolitikern immer gerne beteuert wird – klar bei der Gemeinde.

- c) Der Projektierer kann frühestens nach erstmaliger Erteilung einer Anlagengenehmigung die Gemeinde auf Gestattung der Grundstücksnutzung im Wege der Enteignung verklagen, realistische Chancen hat er erst nach Rechts- und Bestandskraft der Genehmigung. Dagegen wird mittlerweile ein erheblicher Anteil der Genehmigungsbescheide gerichtlich angefochten. Anerkannte und klagebefugte Umweltvereinigungen erledigen dies typischerweise auf Rechnung der betroffenen aber nicht klagebefugten Vorhabennachbarschaft. Von deren Seite besteht ein erhebliches Risiko weiterer Klagen gegen die Gemeinde, wie auch des Vorgehens gegen deren Entscheidungsträger.
- d) Durch Unterbreitung eines Verkaufsangebotes der benötigten Gemeindegrundstücke an den Projektierer lässt sich die Rechtsposition der Gemeinde im Enteignungsverfahren stärken. Alternativ kann auch eine Erbpacht z.B. über 30 oder 100 Jahre angeboten werden. Warum wohl kauft kein Projektierer die Anlagen- und Wegegrundstücke?

2. Hinweise zur Ausgestaltung von Gestattungsverträgen

Worauf sollte die Gemeinde beim Abschluss von Gestattungsverträgen achten?

2.1 Eigener Wortlaut und Hoheit über die Endversion

Vorab sollte es sich für eine Gemeinde von selbst verstehen, nicht kritiklos den ersten Vertragsentwurf eines Projektierers zu unterschreiben. Vielmehr sollte sie die Souveränität zu einem eigenen Entwurf aufbringen und stets die Hoheit über die Versionen behalten. Letztlich sollte sie nur einen eigenen Ausdruck von der eigenen Festplatte unterschreiben und so kategorisch ausschließen, dass ihr in letzter Minute vermeintlich abgesprochene Änderungen untergejubelt werden. Eine sehr solide Basis für Vertragsverhandlungen dürfte der Muster-Gestattungsvertrag von HessenForst liefern (<https://www.hessen-forst.de/wp-content/uploads/2019/05/Anlage-4-Entwurf-Gestattungsvertrag-Windenergie.pdf> und in der Anlage). Sofern verfügbar, sollten Rahmenvereinbarungen von Landesbauernverbänden zur Entschädigung bei Leitungsrechten zur Orientierung hinzugezogen werden. Präzise Lageskizzen sollten zum festen Bestandteil des Vertrages gemacht werden und bei Änderungen und Aktualisierungen eines Nachtragvertrages.

2.2 Freistellung von der Haftung / Haftungsausschluss / Versicherung

Selbstverständlich sollten Vorhabenträger und Betreiber den Grundstückseigentümer von jeglicher Haftung für Verkehrssicherung freistellen. Durch die Anlagen ist ein nicht mehr walddtypischer besonderer Verkehr eröffnet, und das Haftungsprivileg des § 14 Bundeswaldgesetz (Benutzung des Waldes auf eigenen Gefahr) greift nicht mehr. Ebenso muss der Grundstückseigentümer bei Schäden wie Bränden, Unfällen, Havarien, Boden- und Grundwasserkontamination – etwa durch flächig fein verteilte Splitter des Glasfaserkunststoff oder Getriebeöl –, Forderungen Dritter, Beeinträchtigung von Nachbargrundstücken, Umsetzung von Genehmigungsaufgaben, und den Rückbau (s.u.) von der Haftung freigestellt werden bzw. seine Haftung ausgeschlossen werden. Hierfür muss vor Baubeginn eine Versicherung nachgewiesen werden.

Trotz all dieser Absicherungen wird ein restliches Haftungsrisiko immer bei den Grundstückseigentümern verbleiben. Dies wurde zuletzt eindrucksvoll durch BGH V ZR 311/16 vom 09.02.2018 vor Augen geführt. Ein Hauseigentümer hatte Heißklebearbeiten an seinem Dach im historischen Zentrum von Quedlinburg beauftragt. Der Dachdecker löste grob fahrlässig einen Brand aus, welcher aufs Nachbarhaus übergriff. Weder Mittel noch Versicherung des unterdessen insolventen Dachdeckers reichten für den Ersatz aus. Die Erben des Hauseigentümers als Störer (§ 1004 BGB) hafteten für den Brandschaden am Nachbarhaus (§ 906 BGB), obwohl ein Auswahlverschulden verneint wurde. Wesentlich sei, dass die Beeinträchtigung mittelbar auf den Willen des Grundstückseigentümers zurückgehe. Geklagt hatte die Brandschutzversicherung des Nachbarn.

2.3 Wechsel der Vertragspartner (Vorhabenträger, Betreiber bzw. Gesellschafter)

Grundsätzlich ist wegen der Greifbarkeit nur einem Übergang an Personen mit Gerichtsstand in Deutschland zuzustimmen. Da ein Wechseln der Pächterstruktur immer Arbeitsaufwand für den Grundstückseigentümer und erhebliche neue juristische Risiken bedeutet, sollte für diese Fälle eine Pauschale in Höhe von 20.000 € oder mehr vereinbart werden. Der Übergang an den Rechtsnachfolger und die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Beteiligter bzw. Gesellschafter z.B. bei Trennung von Leitungsbetreiber und Leitungsnutzer bzw. Anlagenbetreiber (vgl. BGH V ZR 202/04 vom 17.06.2005) sollte klar formuliert sein. Schließlich sollte klargestellt werden, dass die Gemeinde nicht haftbar gemacht werden kann, falls ein (derzeitiger) Grundstückspächter sein Einverständnis versagt. Ihr kommt vielmehr lediglich eine Mitwirkungspflicht bei Erlangung der Einverständniserklärung des Pächters zu. Konkret hat diese sich bei einer dreimaligen schriftlichen Aufforderung des Pächters und der Unterlassung gegenseitiger Abreden mit dem Pächter zu bewenden.

2.4 Regelungen zu Unwirtschaftlichkeit und Betriebsausfall

Gerne sind von Seiten des Projektierers Regelungen und insbesondere außerordentliche Kündigungsrechte bei Verlust der Wirtschaftlichkeit des Vorhabens – z.B. ein Sonderkündigungsrecht des Projektierers – in die Verträge eingebaut. Unwirtschaftlichkeit kommt bei Windparks in Mittelgebirgsausläufern durchaus vor. Ihr Eintritt im Einzelfall dürfte sich aber weitgehend der Erkenntnis-

möglichkeiten der Gemeinde entziehen. Die naturschutzrechtlichen Kompensationsverpflichtungen, Rückbauverpflichtungen und die Verkehrssicherungspflicht dauern selbstverständlich auch bei Unwirtschaftlichkeit des Windparks fort und fallen auf die Grundstückseigentümer zurück. Steht ein Windrad still, können dennoch Zahlungen der Versicherung oder in Zeiten von Stromüberschuss und Zwangsabschaltung (Einspeisemanagement) des Einspeisenezbetreibers (vgl. § 51 EEG) sprudeln.

2.5 Zugang zu betrieblichen Informationen, u.a. Bilanzen

Wegen 2.4 und zumal sich die Pacht praktisch immer aus Festbetrag und gewinn- bzw. ertragsabhängigem Anteil zusammensetzt (Mindestentgelt + Umsatzentgelt), muss auch der Zugang zu den entsprechenden testierten betrieblichen Unterlagen klar geregelt sein. Um hier nicht allein auf die Gnade der üblicherweise mehrfach wechselnden und sich ggf. aufspaltenden Betreiber angewiesen zu sein, sollte der Netzbetreiber und die Bundesnetzagentur von etwaigen Schweigepflichten entbunden werden und ermächtigt werden, alle ihnen übermittelten Daten (nach § 70, 71, 75, 76 EEG, sowie nach Strom NZV und StromNEV) anlagenscharf und mindestens viertelstundenscharf auch an die Gemeinde weiterzugeben. Idealerweise sollte der Netzbetreiber als dritter Vertragspartner hinzugenommen werden und sich selbst zur Herausgabe dieser Informationen an die Gemeinde verpflichten. Des Weiteren sollen unaufgefordert folgende Informationen übermittelt werden:

- exakte Lagepläne der Anlagen, Wege und Kabel in digitaler, georeferenzierter Form
- vollständige Antragsunterlagen für das Genehmigungs- und alle Nachtrags- und Änderungsverfahren bei der Genehmigungsbehörde, sowie die Genehmigungs- und Änderungsbescheide digital
- ebenso bereits für vorbereitende Maßnahmen wie Baugrunduntersuchungen, Windmessmasten
- Datenblätter mit insbesondere Inhaltsangaben aller verwendeten Bau-, Betriebs-, Schmier- und Hilfsstoffe (sofern allgemein zugänglich reicht hier die Verlinkung)

2.6 Regulierung von Flur-, Aufwuchs- und sonstigen Schäden

Hier sollten für die gängigsten Schäden bereits beispielhaft Preise angegeben und im Übrigen auf die einschlägigen Tabellenwerke der Bauern- und Forstverbände verwiesen werden.

2.7 Rückbau und Renaturierung

Die Leistung einer Rückbausicherheit zugunsten des Regierungspräsidiums und deren Höhe ist im Hessischen Rückbauerlass³ bereits abschließend geregelt. Es gibt in Hessen keine Vorschrift analog etwa § 71 Bauordnung Sachsen Anhalt, welche darüber hinaus öffentlich-rechtlich Kommunen die Erhebung einer Rückbausicherheit ermöglicht – etwa für Vorhaben zwar im Gemeindegebiet aber nicht auf gemeindeeigenen Grundstücken. Da es sich bei Nutzungsverträgen für gemeindeeigene

Grundstücke um rein privatrechtliche Verträge handelt, ist es jeder Gemeinde unbenommen, im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit nach Art 2 I GG weitere Sicherheitsleistungen nach §§ 232 ff. BGB zu verlangen. Dies ist in Pachtverträgen auch üblich. Hierbei sollte man sich insbesondere die Deckungslücken des hessischen Rückbauerlasses vor Augen führen.

- Hinsichtlich des Pflichtigen ist für Gemeinden und Kreise (Gebietskörperschaften), deren Eigenbetriebe und von mehrheitlich in Kommunalem Eigentum befindlichen Gesellschaften -wie etwa der Stadtwerke Marburg GmbH - überhaupt keine Sicherheit erforderlich. Als die Stadtwerke Marburg mit 20% beim bereits in Betrieb befindlichen Windpark Hassenhausen einstiegen, konnte im Prinzip die Bankbürgschaft um 20% verkleinert werden. Für solche Fälle sollten entsprechende Auffangregelungen in den Pachtvertrag mit aufgenommen werden. Die Sicherheit darf keinesfalls der Höhe nach reduziert werden, sondern muss (anteilig) vom Regierungspräsidium an die Grundstückseigentümerin übergehen. Die Gemeinde muss als weitere Begünstigte, im Rang hinter dem Regierungspräsidium in die Bankbürgschaft eingetragen werden
- Der Summe nach decken die hessischen 1000 € pro Meter Nabenhöhe schon jetzt nicht die gängigen Rückbaukosten wie z.B. gerichtlich bestätigt 141.000 € für eine Enercon E92 mit einer Nabenhöhe von 104 m ab, also 1356 € pro Meter Nabenhöhe (OVG Schleswig 6 A 78/15 vom 28.04.2016). Hinzu kommt noch die Preissteigerung im Bausektor, welche im Bereich Ingenieurbau lt. Bundesamt für Statistik und o.g. OVG-Entscheidung bei jährlich 2,14% anzusetzen sei. Im konkreten Fall hatte sie die Genehmigungsbehörde beanstandungsfrei bei 1,7% angesetzt, sodass sich über 20 Jahre mit Zinseszins eine Rückbausicherheit von 197.400 € oder 1900 € je Meter Nabenhöhe ergab. Jedoch können einzelvertraglich für den Wegerückbau auch nur die entsprechenden Kosten für die Teilstücke auf den Vertragsgrundstücken als Sicherheit veranschlagt werden. Hier werden etwa 40 € je laufendem Meter Weg anzusetzen sein.
- Der Sache nach lautet es im Rückbauerlass *„Rückbau ist die Beseitigung der Anlage, welche der bisherigen Nutzung diente und insoweit die Herstellung des davor bestehenden Zustandes. Zurückzubauen sind grundsätzlich alle ober- und unterirdischen Anlagen und Anlagenteile (einschließlich der vollständigen Fundamente) sowie die zugehörigen Nebenanlagen wie Leitungen, Wege und Plätze und sonstige versiegelte Flächen. Die durch die Anlage bedingte Bodenversiegelung ist so zu beseitigen, dass der Versiegelungseffekt, der z.B. das Versickern von Niederschlagswasser beeinträchtigt oder behindert, nicht mehr besteht. Nach Abschluss der Rückbaumaßnahmen ist sicherzustellen, dass der Standort die natürlichen Bodenfunktionen und bisherigen Nutzungsfunktionen wieder erfüllt. Zur Beseitigung nachhaltiger Verdichtungen im Unterboden sind entsprechende Maßnahmen (z.B. Lockerung, geeignete Folgenutzung)*

umzusetzen.“. Demnach ist zunächst unklar, ob nur die Binnenwege und die Binnenverkabelung innerhalb des Windparks bis zum Trafohäuschen zurückzubauen sind oder eben auch die eigentliche Anbindung vom Trafohäuschen zum Netzeinspeisungspunkt beim Umspannwerk bzw. zum öffentlichen Straßennetz. Zweitens fehlt der Rückbau von Aufschüttungen und Abgrabungen und die Wiederherstellung des ursprünglichen Oberflächenreliefs im Bereich der Zuwegung. Drittens fehlt die Entfernung sämtlichen eingebrachten Fremdmaterials, speziell also die Aufnahme des Schotters, insbesondere im Bereich der Überbreite der Wege. Viertens bleibt die Rekultivierung komplett außen vor.

Es muss möglichst präzise formuliert werden, was genau zurückzubauen ist, was wie zu renaturieren ist und wie das Grundstück zu hinterlassen ist. Eine Formulierung könnte z.B. lauten: *„Der Rückbau der neu- und ausgebauten Wege beinhaltet Rückbau der angebrachten Überbreite, die Aufnahme der Schotterdecke wie auch die Beseitigung jeglicher Fremdmaterialien, und die Auflockerung des verdichteten Erdplanums bis zu einer Restbreite von an der Sohle 4 m, an der Decke 3 m, den Rückbau von Aufschüttungen und Abgrabungen mit Modellierung des Geländereliefs zurück in den Ausgangszustand, die Aufbringung von Oberboden, die Wiederaufforstung mit Laubholz und die Gewährleistung der entsprechenden Beförderung, Nachbesserung, Heege und Pflege der Baumsetzlinge, einschließlich Bewässerung in trockenen Sommern, Wildschadensverhütungsmaßnahmen, Schädlingsbekämpfung (z.B. Borkenkäferfallen), Ersatz außerplanmäßig abgestorbener Setzlinge, bis zum Erreichen einer gesicherten Kultur, mindestens jedoch über 30 Jahre nach Betriebsaufgabe. Die Rückbauverpflichtung für den Wegebau wird durch eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft in Höhe von 40€ je laufendem Meter zuzüglich 2,0% p.a. Ausgleich für Preissteigerung im Ingenieurbau gesichert. Unbeschadet öffentlich-rechtlicher Vorschriften kann aus Sicht der Grundstückseigentümerin das Erdkabel gegen eine innerhalb 6 Monaten nach Betriebsaufgabe fällige Entschädigung von 10€ je laufendem Meter im Boden belassen werden.“*

2.8 Klare Vorgaben an Bauausführung und pflegerische Begleitmaßnahmen

Erdleitungen (Kabel) sind mindestens 1,2 m tief, bei Gräben mindestens 1,0 m unter der Grabensohle mit einem fortlaufenden Markierungsband und oberirdischen Marken zu verlegen. – Mitunter, so am Hilsberg ist streckenweise Verlegung in lediglich 0,3 m Tiefe anzutreffen. Das Feinerschließungssystem des Waldes (Rodungsgassen) sind wieder an die ausgebauten Wege anzuschließen. Freigestellte, zuvor in hinterer Reihe aufgewachsene, Bäume sind mit entsprechend pflegerischen Maßnahmen guter forstlicher Praxis vor Schäden wie Sonnenbrand am Stamm oder Wurzelfäule und Schädlingsbefall zu schützen. Die gelichteten Traufbereiche sind wieder mit Vegetation aufzubauen / aktiv zu rekultivieren, sämtlich auf Kosten des Pächters.

2.9 Nachentschädigungsklausel bei Wertsteigerung der Grundstücke

Viele Verträge enthalten eine Nachentschädigungsklausel für den Fall, dass Teile der für Leitung und Wege in Anspruch genommenen Grundstücke innerhalb der kommenden 30 Jahre Bauland oder Bauerwartungsland werden, oder ein Bodenschatz hätte ausgebeutet werden können oder ein im Außenbereich privilegiertes Gebäude hätte errichtet werden können.

2.10 Beschränkung auf Schiedsgerichtsbarkeit der internationalen Handelskammer (ICC)

Jede Einschränkung der Gerichtsbarkeit für Streitigkeiten aus dem Vertrag, wie auch ein Ausschluss der Eilgerichtsbarkeit, ist ausdrücklich abzulehnen – übrigens abweichend vom Muster von HessenForst, da Schiedsgerichte ungleich teuer und wohl kaum kompetenter als die ordentliche Gerichtsbarkeit sind. Die Gründe wurden von der Gegenbewegung gegen die TTIP- und CETA-Abkommen umfänglich diskutiert.

2.11 Praxisbeispiel: Nutzungsvertrag für Kompensationsflächen zum Windpark Weimar der Firma WPD.

Aus einem dem Autor A.M. vorliegenden Vertragsentwurf werden nur beispielhaft einige Mängel herausgegriffen:

- a) Der Inflations- / Preissteigerungsausgleich greift erst über einem Schwellenwert von 2% p.a. Eine Formulierung *„Bei jeder weiteren Indexänderung gegenüber der jeweils letzten Änderung des Nutzungsentgeltes ist diese Regelung entsprechend anwendbar.“* ist offensichtlich unverständlich, unsinnig und bedarf der Erläuterung anhand von Beispielen.
- b) Der Grundstückseigentümer hat zwar die dingliche Sicherung der naturschutzfachlichen Kompensationsmaßnahme zugunsten des Vorhabenträgers und erforderlichenfalls zugunsten des Landkreises bzw. anderer Stellen hinzunehmen – aufgrund der Vorgaben der Kompensationsverordnung dauert die Kompensationsmaßnahme in der Regel während des gesamten Genehmigungszeitraumes der Anlage fort, hier in der Regel 30 Jahre, und letztlich haftet der Grundstückseigentümer für den Bestand. Auf der anderen Seite steht aber keinerlei Sicherheitsleistung wie eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft zur Sicherung der Pachtzahlungen bei Insolvenz oder Wegfall des Betreibers.
- c) Ebenso fehlt jegliche Sicherheitsleistung zur Gewährung der Pflege der Kompensationsmaßnahme. Wird eine Blühwiese nicht wenigstens einmal jährlich gemäht, fällt sei der Verstrauchung anheim und es bildet sich Brombeergestrüpp mit Birken und Brennesseln. Acker- und Kulturland, welches über Jahrtausende in mühevoller Kleinarbeit aufgebaut wurde, wünscht man wahrlich ein besseres Schicksal. Artenverarmung statt Artenanreicherung ist die Folge.
- d) Im Gegenteil wird dem Pächter noch ein Sonderkündigungsrecht bei Unwirtschaftlichkeit eingeräumt. Im Prinzip kann der Pächter nach ein paar Jahren über alle Berge sein und der

Grundstückseigentümer steht mit der Dienstbarkeit zugunsten des Kreises, dem Pflegeaufwand ohne Möglichkeit der Weiterverpachtung im Regen bis zum Ablauf der 30 Jahre.

- e) Es ist keinerlei Haftungsfreistellung, Haftungsausschluss und Versicherungsschutz geregelt. Haftungsszenarien sind hier die Beeinträchtigung von Nachbargrundstücken durch i. Anziehungswirkung der Kompensationsmaßnahme auf Wildschweine; ii. Übergreifen eines Buschfeuers welches durch Anhäufung von Brandlast wie vertrocknetem Kraut und Gebüsch und mangelnder Bewässerung im Spätsommer begünstigt wird; iii. Wirkung der Kompensationsmaßnahme als Vermehrungs- und Rückzugsraum für Schädlinge; iv. Erosion und Abschwemmung von Erdreich auf Nachbargrundstücke bei infolge der Kompensationsmaßnahme ungünstiger Wasserführung.
- f) Das Grundstück wird mit der Ausgleichsmaßnahme (in der Regel bestimmte Anpflanzungen) zurückgegeben, d.h. sein Wert als Ackerland ist für sehr lange Zeit dahin.
- g) Es ist nicht geregelt, wem das Holz, bzw. der Aufwuchs während der Pachtdauer zusteht
- h) Es fehlen Regelungen zur Restnutzung durch den Eigentümer, beispielsweise als extensive Viehweide bzw. gärtnerische/ackerbauliche Nutzung der nicht benötigten Flächen oder um die zu pflanzenden Bäume herum, bzw. der Platzierung von Bienenstöcken bei Blühflächen. Lediglich die Untersagung von Gefährdungen der Kompensationsmaßnahme ist zu schwammig. Hier bietet sich eine Nachvertragsklausel an.
- i) die Befristung auf 20 Jahre kollidiert mit der (Regel-)Dauer der Kompensationsmaßnahme von 30 Jahren aus der Kompensationsverordnung
- j) Eine Wertsteigerung ist gerade im hier betroffenen ortsnahen Offenland noch viel wahrscheinlicher als im Wald, daher sollte eine Nachentschädigungsklausel nicht fehlen.

Diese Handreichung dient der allgemeinen Information und ist keine Rechtsberatung.

Literatur:

- 1) Katharina Baur (2019) Hintergrundpapier. Nutzungsverträge für Windenergieprojekte. Die Entstehung und Ausgestaltung von Nutzungsverträgen bei der kommunalen Flächenbereitstellung für Windenergie. Fachagentur für Windenergie an Land, V.i.S.d.P. Dr. Antje Wagenknecht.
- 2) Hubertus Schmitte (2008) Leitungsrechte: So werden Grundeigentümer entschädigt. top agrar 05/2008, Seiten 48-52.
- 3) Umsetzung der bauplanungsrechtlichen Anforderungen zur Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB bei der Genehmigung von Windenergieanlagen im Außenbereich. Gemeinsamer Erlass des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung und des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (v. 17.10.2011, StAnz. S. 1351, geändert am 15.03.2012, StAnz. S. 414 und am 07.11.2013, StAnz. S. 1454).