

Windenergie-Anlagen im Wald

Rechtliche Fragen aus Sicht des Grundstückseigentümers

Autor: John Booth, Schwerin
Rechtsanwalt - Fachanwalt für Steuerrecht - Fachanwalt für Agrarrecht

Teil 1:

1. Allgemeines

Die Errichtung und der Betrieb von Windenergie-Anlagen (WEA) im Wald unterscheidet sich an einigen Punkten rechtlich und tatsächlich von vergleichbaren Projekten in der freien Flur. Die Planungsmöglichkeiten sind – auch rechtlich – eingeschränkter, es bedarf eines deutlich höheren Vorbereitungsaufwandes der Flächen (Rodung und Erschließung) und die Auswirkungen auf die angrenzenden Forst-Flächen sind nicht unerheblich.

2. Planungsrecht

Für WEA in der freien Flur und WEA im Wald gilt grundsätzlich dasselbe Planungsrecht, allerdings sind die jeweiligen landesspezifischen Abweichungen zu berücksichtigen. In der Praxis kommt es in einigen Bundesländern zu erheblich unterschiedlichen Behandlungen des Planungsrechtes in Bezug auf WEA im Wald:

WEA sind Bauwerke im Sinne des Baugesetzbuches (BauGB) und sollen in der Regel (nur) im Außenbereich (§ 35 BauGB) errichtet werden. Dieser ist grundsätzlich von einer Bebauung freizuhalten, es sei denn, es handelt sich um sogenannte privilegierte Vorhaben, denen öffentliche Belange im konkreten Fall nicht entgegenstehen. Die Errichtung von WEA – unabhängig ob freie Flur oder Wald - ist grundsätzlich gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert, sofern also öffentliche Belange einer Errichtung der Anlage nicht entgegenstehen.

Die Definition dieser öffentlichen Belange wird in vielen Bundesländern – wenn auch von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich – über das Raum-Planungsrecht gesteuert, um letztlich Windeignungs- bzw. Windpotentialgebiete auszuweisen. Viele Länder unterteilen sich in Regionalplanungsverbände oder planen auf Landkreisebene. Einzelne Länder agieren mit Winderlassen¹, andere überlassen es den Planungseinheiten, die Gewichtung der öffentlichen Belange zu definieren.

¹ vgl. zum Beispiel Windenergieerlass des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 7.2.2023 (Wald ist dort unter Nr. I, 2.3 geregelt)

Wie die konkrete Ausweisung von Windeignungsgebieten, insbesondere im Hinblick auf Natur- und Artenschutz zu erfolgen hat und welche Ausweisungskriterien zu berücksichtigen sind, wurde gerade neu geregelt. Auf Grund einer EU- „Notstands“-VO und einer Änderung des BNatschG wurden die Anforderungen an den Artenschutz deutlich reduziert (BNatschG) und ein Abwägungsvorrang in Zweifelsfällen zu Gunsten des Ausbaus der Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien festgesetzt wurde (EU-VO). Die EU-VO ist zeitlich befristet und läuft am 30.06.2024 aus.

Im Rahmen der Festlegung der öffentlichen Belange bildete Wald oft ein Ausschlusskriterium, so in der Vergangenheit zum Beispiel in Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein, aber auch in Thüringen und anderen Bundesländern. Mit seiner Entscheidung vom 27.09.2022 (1 BvR 2661/21) betreffend das Thüringische Waldgesetz hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass ein ausnahmsloses Verbot, WEA in Waldflächen zu errichten verfassungswidrig sei und insofern positiv auch Ausweisungskriterien für Waldgebiete festgelegt werden müssen. Dies hat die Thüringer Opposition allerdings nicht abgeschreckt, am 8.12. ein neues Waldgesetz zu verabschieden, in dem die Errichtung von WEA im Thüringer Wald nur nach Ausschöpfung aller anderen Möglichkeiten der Windnutzung möglich ist und zugleich an hohe Ausgleichsanforderungen geknüpft wird.

Sobald eine Vorbehaltsgebiets-Ausweisung erfolgt, widerspricht die Errichtung von WEA innerhalb eines solchen Gebietes erst einmal nicht den öffentlichen Belangen, die im Rahmen der Gebietsausweisung abgewogen und berücksichtigt wurden (Abstände zu Bebauung, zu Biotopen, zu anderen Windparks etc.). Andere öffentliche Belange, wie zum Beispiel der konkrete Artenschutz vor Ort, sind in der Regel noch nicht berücksichtigt und werden dann im Rahmen des konkreten Genehmigungsverfahrens nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) geprüft. Eine Errichtung von WEA außerhalb eines solchen Windeignungsgebietes widerspricht grundsätzlich öffentlichen Belangen und ist nur in Ausnahmefällen möglich.

Ist ein Gebiet als Windeignungsgebiet ausgewiesen, kann die für die Bauleitplanung verantwortliche Kommune keine sogenannte Negativplanung vornehmen. Sie kann aber im Rahmen von Flächennutzungs- oder Bauleitplänen auf die Art und Weise der Bebauung Einfluss nehmen und z. B. Beschränkungen bezüglich der Höhe, weiterer – gerechtfertigter – Abstände, Wegeführung etc. vorsehen.

Durch die Ausweisung eines Windeignungsgebietes in einem Regionalplan erhält die Fläche baurechtlich also im Hinblick auf die Errichtung von WEA keinen neuen Status. Es wird lediglich festgestellt, dass der schon vorher bestehenden Eignung (Privilegierung) solche öffentlichen Belange, die im Regionalplanverfahren geprüft werden, nicht entgegenstehen.

Sofern es sich um ein sogenanntes Repowering-Projekt handelt, ist zusätzlich noch die Regelung des § 16 b BImSchG zu beachten. Seit Einführung dieser Regelung im Jahre 2021 gelten erstmals gesonderte Regelungen für das Repowering von WEA. Ziel der Regelung ist eine deutliche Vereinfachung des Verfahrens.

3. A&E-Maßnahmen

Bei erfolgreicher Planung und Errichtung von Windenergieanlagen sind von dem Nutzer Ausgleichsmaßnahmen für seine Eingriffe in die Natur vorzunehmen. In der Regel wird versucht, solche Maßnahmen auf Flächen in Windparknähe umzusetzen. Auch hier wird an Grundstückseigentümer, die ihre Fläche für solche Maßnahmen zur Verfügung stellen, eine teilweise nennenswerte Entschädigung gezahlt (Stichwort „Ökopunkte“). Es ist also zum einen darauf zu achten, dass diese Rechte nicht bereits – ohne weitere Gegenleistung – in dem WEA-Vertrag gewährt werden und eine nach Möglichkeit exklusive Option des Grundstückseigentümers zur Umsetzung der Maßnahmen gegen marktübliche Entschädigung vereinbart wird.

4. Beachtung etwaiger Rechte der BVVG

Zu prüfen wäre, ob Rechte der BVVG betroffen sein können.

- Hat der Grundstückseigentümer die Grundstücke von der Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH (BVVG) nach den Bedingungen des AusgLeistG in Verbindung mit der FIErwV vergünstigt erworben und ist die Zweckbindungsfrist noch nicht abgelaufen, gilt Folgendes:

Ursprünglich ist der Grundstückseigentümer für den Fall der Errichtung von Anlagen der erneuerbaren Energien eine Vielzahl von Verpflichtungen, insbesondere einer Zahlungsverpflichtung, eingegangen. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 14.09.2018 – V ZR 12/17 für den Fall der Errichtung von Windenergieanlagen nunmehr entschieden, dass die entsprechende „Windkraftklausel“ unwirksam ist und der BVVG auch kein Rückkaufsrecht wegen Umnutzung zusteht. Lediglich ein Rücktrittsrecht wegen der Umnutzung eines „erheblichen“ Teils des Kaufgegenstandes dürfte der BVVG zustehen. Dies ist in aller Regel auf Grund der geringen Inanspruchnahme der kaufgegenständlichen Flächen nicht zu befürchten, muss aber im Einzelfall geprüft werden.

- Handelt es sich indes um einen Verkehrswertkaufvertrag, sind die Abfindungsklauseln in den Verkehrswertkaufverträgen anders als nach dem Urteil des BGH zur Windkraftklausel in Verträgen nach dem Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz (EALG) wohl nicht zu beanstanden. Die dort beschriebenen Zahlungen müssen wohl geleistet werden. Dies ist insofern misslich, als dass die Gefahr besteht, dass die Zahlungen als nachträgliche Anschaffungskosten für den Grundstückskauf eingestuft werden und somit nicht als Aufwand gewinnmindernd angerechnet werden. Die Einnahmen werden indes voll als Erträge behandelt und unterliegen somit voll und ganz der Ertragssteuer. Ob es hier Gestaltungsspielräume gibt, wäre mit dem jeweiligen Steuerberater zu besprechen.

5. Steuerrecht

Die Vermietung von bisher land- bzw. forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken zum Zwecke der Errichtung und des Betriebes von WEA hat folgende steuerrechtlichen Auswirkungen:

- a. Mit Aufstellung des Bebauungsplans bzw., so ein solcher nicht (mehr) nötig ist, mit Erlangung der Baugenehmigung werden die Grundstücke bewertungsrechtlich nicht mehr zum land- bzw. forstwirtschaftlichen Vermögen gezählt werden können. Sie wechseln aufgrund der Nutzungsänderung gem. § 159 Abs. 3 BewG grundsätzlich in das Grundvermögen.

Die Standortflächen sind daher nach §§ 176 (§ 179) BewG zu bewerten. Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist für die Bewertung die Hälfte des regionalen Bodenrichtwertes für Gewerbeflächen anzusetzen.

- b. Die gilt aber ausnahmsweise gem. § 233 Abs. 1 BewG nicht für die Bewertung zur Ermittlung der Grundsteuer. Sind die Standortflächen von land- und/oder forstwirtschaftlichen Nutzflächen umgeben, so werden die Standortflächen auch weiterhin dem land- und forstwirtschaftlichen Vermögen zugeordnet. Dies führt in der Regel dazu, dass die Standortflächen grundsteuerrechtlich weiterhin der Grundsteuer A zuzuordnen sind.

- c. Die Flächen bleiben ertragssteuerrechtlich auch weiterhin Betriebsvermögen des jeweiligen Betriebes. Dies gilt zumindest ohne weitere Tatbestandsvoraussetzungen, wenn nicht mehr als 10 % der Betriebsfläche verpachtet werden. Würden mehr als 10 % verpachtet, bedarf es in dem Vertrag und nach Möglichkeit auch im B-Plan klarer Regelungen, dass die Flächen nach Rückbau der WEA wieder land- bzw. forstwirtschaftlich nutzbar sein sollen. Die insoweit erzielten Pächterlöse werden im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft erfasst.

Sind die Grundstücke im steuerrechtlichen Privatvermögen, ändert sich durch die Verpachtung zum Zwecke der Errichtung und des Betriebes einer WEA ertragssteuerrechtlich vorerst nichts. Dies kann sich aber bei einer Beteiligung – siehe dazu weiter unten „Erbchaftsteuer“ – ändern.

- d. Erbchaftsteuerrechtlich ändert sich der Maßstab einer möglichen Besteuerung dergestalt, dass die an die WEA verpachteten Flächen nicht mehr zum verschonungswürdigen Betriebsvermögen im Sinne der §§ 13a und 13b ErbStG, sondern zum Grundvermögen zählen. Erbschaftsteuer- und Ertragssteuergesetz legen unterschiedliche Betriebsvermögensdefinitionen zugrunde. Zudem gilt, dass Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke, Grundstücksteile und grundstücksgleiche Rechte an Bauten zum schädlichen Verwaltungsvermögen gehören. Zwar gibt es Ausnahmen für verpachtete landwirtschaftliche Flächen, die – wenn sie zum Zeitpunkt des Erbfalls für nicht länger als 15 Jahre verpachtet sind – nach wie vor zum

land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen zählen.² Diese Ausnahme greift aber für die mit WEA bebauten Flächen nicht mehr, da diese wie oben ausgeführt nicht mehr zum Betriebsvermögen, sondern zum Grundvermögen zählen. Da auch ertragssteuerrechtlich im Privatvermögen befindliche Grundstücke – wie oben ausgeführt – erbschaftsteuerrechtlich zum verschonungswürdigen Betriebsvermögen zählen, treffen die negativen Folgen auch solche Grundstücke.

Bleibt die Bewertung bei dem obigen Ansatz und wechselt nicht auf eine aus meiner Sicht ebenso mögliche echte Ermittlung des Verkehrswertes (Ertragswert der Standorte), so dürfte die für die Standorte zu entrichtende Erbschaftssteuer akzeptabel und ggf. von den Freibeträgen, so noch nicht ausgeschöpft, gedeckt sein. Dies muss aber für jeden Einzelfall geprüft werden.

Dem Verlust der erbschaftsteuerrechtlichen Betriebsvermögenseigenschaft kann durch eine Mitunternehmerschaft begründende Beteiligung des Grundstückseigentümers an der Betreibergesellschaft entgegengewirkt werden. In diesem Fall werden die Grundstücke Sonderbetriebsvermögen der WEA-Gesellschaft und damit erbschaftsteuerrechtlich wieder als begünstigtes Betriebsvermögen angesehen. Dies ist aber nur möglich, wenn die Betreibergesellschaft in Form einer Personen-(handels-)gesellschaft, sinnigerweise in Form der KG, geführt wird und die Beteiligung eine echte Mitunternehmerschaft darstellt. Ob und inwieweit hier eine Eigentümerbeteiligung (die ich für sehr sinnvoll erachte) möglich ist, wäre noch abschließend zu verhandeln.

- e. Darüber hinaus wäre zu prüfen, ob die Flächen in den letzten Jahren bereits unter Inanspruchnahme der Verschonung der §§ 13, 13a und 13b ErbStG übertragen wurden. Sollte dies der Fall sein, gelten die Haltefristen von fünf bzw. sieben Jahren. Eine Umnutzung der Flächen würde dann zu einer nachträglichen Erbschaftsbesteuerung führen, wobei im Einzelfall geprüft werden muss, wie hoch diese ausfällt.
- f. Im Falle einer Beteiligung wäre allerdings wiederum darauf zu achten, dass keine gewerbesteuerrechtlichen Nachteile entstehen. Die Gewerbesteuer der Gesellschaft wird unter Hinzurechnung der Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter, also auch der Pachten berechnet. Es muss darauf geachtet werden, dass die Gewerbesteuer entsprechend der Beteiligungsquote ohne Berücksichtigung der Sonderleistungen an einzelne Gesellschafter verteilt wird, um die Anrechenbarkeit

² Etwas anders könnte sich zukünftig allerdings auf Grund einer aktuellen Rechtsprechung des BFH ergeben (vgl. BFH, Urteil vom 16.11.2022 – II R 39/20, veröffentlicht am 23.02.2023), da der BFH an Dritte überlassene Flächen von der Verschonung auszunehmen scheint, was aber gegen die ErbSTRL und unserer Ansicht nach gegen die gesetzliche Intention verstößt. Es ist noch nicht absehbar, welche Auswirkungen dieses Urteil in der Praxis haben wird. Das Land Nordrhein-Westfalen hat vorerst gegen eine Veröffentlichung im Bundessteuerblatt II gestimmt, so dass das Urteil noch keine Verbindlichkeit gegenüber den Finanzverwaltungen erlangt hat, aber gleichwohl schon von diesen angewendet werden kann.

mit der jeweiligen Einkommensteuer, die nur im Verhältnis der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsquote erfolgen kann, für den Grundstückseigentümer in vollem Umfang zu erhalten.

Teil 2:

6. wesentliche Inhalte eines Gestattungsvertrages zur Errichtung von WEA

Bei dem Vertrag über die Zurverfügungstellung von Grundstücken zur Errichtung von Windkraftanlagen handelt es sich um einen Mietvertrag über Grundstücke, für den nach jetzt herrschender Meinung in der Rechtsprechung die Vorschriften des Mietrechtes Anwendung finden. Dies gilt für alle Arten von WEA, sei im Wald, sei es in der freien Flur.

- Eine zentrale formale Vorschrift dabei ist das Schriftformerfordernis langfristiger Miet-/Pachtverträge. Mietverträge, die eine längere Laufzeit als ein Jahr vorsehen, sind schriftlich zu schließen, ansonsten gelten sie als auf unbestimmte Zeit geschlossen, was eine Kündigung innerhalb der gesetzlichen Fristen (Mietrecht annähernd drei Monate) möglich macht. Da aber sowohl für den Betreiber wie auch den Grundstückseigentümer die Rechtssicherheit der vertraglichen Bindung elementar ist, muss bei der Fassung des Vertrages unbedingt auf die Einhaltung der Schriftform geachtet werden.
- Es ist zu prüfen, ob das Eigentum mit einem Nießbrauch belastet ist. In diesem Fall ist in der Regel nicht der Eigentümer der vorrangige Vertragspartner, sondern der Nießbraucher. In diesem Fall bedarf es gesonderter vertraglicher Vereinbarungen.
- Der Vertragsgegenstand sollte vor allen Dingen aus Sicht des Grundstückseigentümers so konkret wie möglich beschrieben werden und auf die tatsächlich später für die Stellflächen, Fundamente und Wege benötigten Flächen begrenzt werden. Dies ist naturgemäß zu dem Zeitpunkt, in dem die Verträge üblicherweise geschlossen werden, lediglich im Rahmen einer Vorplanung festzulegen. Daher muss der konkrete Mietgegenstand durch einen entsprechend scharfen Lageplan spätestens dann dem Vertrag beigelegt werden, wenn die konkrete Inanspruchnahme der Grundstücke feststeht. Es sollte der Grundsatz „So viel wie nötig, so wenig wie möglich“ gelten. Dies gilt insbesondere auch für den Umfang der einzutragenden dinglichen Rechte zu Gunsten des Betreibers.
- Da sich der Grundstückseigentümer generell verpflichtet, zugunsten des Betreibers auch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit hinsichtlich der Nutzung des

Grundstückes zu stellen, sollte bereits bei der Beschreibung des Grundstückes auf etwaig bestehende Eintragungen in Abteilung II und Abteilung III des Grundbuches hingewiesen werden. Die Eintragung der Dienstbarkeit kann insoweit später vertraglich zumindest nur im Rang nach den insoweit bestehenden Rechten versprochen werden. Für die Finanzierung des Projektes ist es allerdings wichtig, dass keine wertmindernden Rechte der Dienstbarkeit vorausgehen. Insofern würde eine Schadenersatzlage entstehen, wenn das Projekt an der Finanzierung scheitert, weil der versprochene Rang nicht geliefert werden kann. Dies gilt es von vornherein zu vermeiden.

- Hinsichtlich der Gewährung von Rechten durch den Eigentümer sollte sichergestellt sein, dass diese möglichst genau beschrieben werden. Dies gilt zum Beispiel für die Breite und Ausgestaltung der Wegeführung, der Tiefe der Verlegung von etwaigen Leitungen, den Umgang mit etwaig entstehenden Drainage- oder sonstigen Schäden etc., die Durchführung etwaiger Rodungsmaßnahmen, die Mitbenutzungsmöglichkeit der Wege etc. Hier kommen alle erdenklichen Festlegungen in Betracht, solange der Betreiber nur zustimmt. Am Ende ist es Verhandlungssache, ob besondere Wünsche des Grundstückseigentümers akzeptiert werden oder nicht.
- Der Pflichtenkatalog beider Parteien, insbesondere aber des Betreibers, sollte die zeitlichen Abfolgen und unterschiedlichen Phasen des Projektes berücksichtigen. Dies gilt für die Planungsphase, die Bauphase, die Phase des Betriebes und des Rückbaus. Für jeden einzelnen Bereich sollten die seitens des Grundstückseigentümers gewünschten Pflichten des Betreibers hinreichend klar und deutlich geregelt werden.
- Der Grundstückseigentümer sollte auch auf einen Haftungsausschluss für die rechtliche und tatsächliche Tauglichkeit des Grundstückes zur Errichtung einer Windenergieanlage drängen. Zwar ist es grundsätzlich schwierig, die Gewährleistung für die Hauptleistungspflicht (die Überlassung des Grundstückes zum vertragsgemäßen Gebrauch) auszuschließen. Aufgrund des Umstandes, dass allein der Betreiber Kenntnisse über die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Anforderungen an den Baugrund hat und zudem in der Regel von sich aus an den Grundstückseigentümer herantritt, sollte der Haftungsausschluss vereinbart werden in der Hoffnung, dass die besondere Sachlage diesen auch gerichtlich rechtfertigt.
- Die Vergütungen lassen sich in unterschiedliche Abschnitte unterteilen, auch wenn es keine Üblichkeit für eine entsprechende Struktur gibt und die einzelnen Modelle stark voneinander abweichen. Zudem hängen Vergütung und Vergütungsmodelle von dem Status des Gebietes, der Realisierungswahrscheinlichkeit, den baulichen Möglichkeiten und der Güte des Standortes ab.
 - Vertragsabschlussentgelt
 - Erstattung der mit dem Vertragsabschluss entstandenen Beratungskosten (Rechts-, Steuer-, und betriebswirtschaftliche Beratung)

- Reservierungsentgelt
- Entgelt bei Erlangung der Genehmigung nach dem BImSchG
- Entgelt zwischen Baubeginn und Inbetriebnahme
- Entgelt zwischen Inbetriebnahme und Stilllegung
- Entgelt zwischen Stilllegung und abgeschlossenem Rückbau

Über die Höhe der Vergütungen lässt sich pauschal kaum etwas Belastbares sagen. Der Markt ist aber sehr agil und die Vergütungsangebote sind in den letzten Jahren stark gestiegen. Es hat sich bewährt, ein Gebiet unter mehreren potentiellen Projektieren auszuschreiben und sich betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Unterstützung zu versichern.

Aufgrund der langen Planungs- und Errichtungsphasen und des mehr als kurzlebigen EEG, aber auch aufgrund der technischen Entwicklung der Windenergieanlagen lässt sich aktuell kaum noch abschätzen, wie hoch der Netto-Einspeiseerlös zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme tatsächlich sein wird und ob die heute verhandelten Sätze in fünf Jahren gebotenen entsprechen. Diese Unsicherheit liegt in der Natur der Sache.

- Es sollten hinreichend eindeutige Vereinbarungen hinsichtlich des Beginns und der Beendigung der Zahlung geregelt werden. Es hat sich etabliert, die Zahlungen mit der tatsächlichen Inanspruchnahme der Grundstücke beginnen zu lassen, was gemeinsam mit den beginnenden Erdbauarbeiten für den Fundamentbau oder den Wegebau erfolgt.
- Es ist darauf zu achten, dass der Betreiber sich verpflichtet, hinreichende Versicherungen für den Betrieb und die Errichtung der Anlage abzuschließen.
- Ein besonderes Augenmerk ist auf die vertraglichen Inhalte hinsichtlich der Gewährung der Dienstbarkeiten zu Gunsten des Betreibers zu richten. Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit gewährt dem Berechtigten ein eigenes dingliches Nutzungsrecht. Dieses ist von dem zugrundeliegenden Nutzungsvertrag erst einmal unabhängig. Dies bedeutet, dass aufgrund der eingetragenen Dienstbarkeit dem Berechtigten die Nutzung des Grundstücks gewährt wird. Sollte der zugrundeliegende Vertrag unwirksam oder nichtig sein oder der Inhaber der Dienstbarkeit nicht gleichzeitig auch der Vertragspartner des Nutzungsvertrages sein, so entfallen im Verhältnis zum Dienstbarkeitsberechtigten sämtliche vertraglich vereinbarten Regelungen und insbesondere alle besonders vereinbarten Regelungsinhalte. Der Dienstbarkeitsbetreiber wäre lediglich zur Entrichtung eines angemessenen Nutzungsentgeltes verpflichtet, das dann allerdings vermutlich völlig neu verhandelt werden und letztlich gerichtlich durchgesetzt werden müsste. Es ist daher dringend darauf zu achten, dass der Inhaber der Dienstbarkeit immer Partei des Nutzungsvertrages ist.

- Der Rückbau der Anlage ist vertraglich besonders zu regeln. Es muss klar formuliert werden, wie weit sich die Rückbauverpflichtung erstreckt (inklusive gesamtes Fundament oder nur Teile des Fundamentes, Leitungen, Wege). Zudem ist zu regeln, in welchem Zustand das Grundstück zurückzugeben ist (zum Beispiel aufforstungsbereit).

Da nach öffentlichen-rechtlichen Vorschriften auch der Grundstückseigentümer als sogenannter Zustandsstörer auf Rückbau durch die Behörden in Anspruch genommen werden kann. Träte also vor dem Rückbau eine Insolvenz des Betreibers ein, so könnte sich diese Gefahr realisieren. Dem könnte man von vornherein entgegen, würde man die Grundstücke nicht an den Betreiber vermieten, sondern diese verkaufen. Will man dies nicht, so ist auf die Regelungen zum Rückbau besonderes Augenmerk zu legen und der Rückbau insolvenzfest abzusichern

Der Rückbau wird daher üblicherweise für den möglichen Insolvenzfall des Betreibers durch Gestellung einer Rückbaubürgschaft abgesichert. Diese sollte von einer anerkannten Großbank sein, auf erstes Anfordern und ohne die Einrede der Vorauszahlung zahlbar sein. Es zeigt sich, dass die Rückbaukosten zumindest für einige Anlagentypen deutlich höher veranschlagt werden müssen als dies bisher der Fall war und diese sich während der Vertragslaufzeit auch erheblich verändern können. Insofern sollte die Höhe der Bürgschaft sehr genau geprüft werden. Üblicherweise wird geregelt, dass innerhalb von zu vereinbarenden Zeiträumen durch einen Sachverständigen die Angemessenheit der Höhe der Rückbaubürgschaft überprüft und im Falle einer Abweichung angepasst wird.

Es ist mittlerweile üblich, dass die Genehmigungsbehörden die Gestellung einer Rückbaubürgschaft zur Auflage im Rahmen des Genehmigungsverfahrens machen. Diese Bürgschaft ist bei der zuständigen Genehmigungsbehörde zu hinterlegen. Es ist nachvollziehbar, dass der Betreiber nicht sowohl gegenüber dem Landkreis als auch gegenüber dem Grundstückseigentümer eine eigene Rückbaubürgschaft stellen möchte, da dies doppelte Bürgschaftskosten verursacht. Auf der anderen Seite muss der Grundstückseigentümer ein Stück weit auf die ihm gegebene Sicherheit verzichten und ist davon abhängig, dass die Bürgschaft beim Landkreis nicht „verloren geht“ und dass von der Bürgschaft auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Sofern es nicht möglich ist, die Bürgschaft sowohl auf den Landkreis als auch auf den Grundstückseigentümer ausstellen zu lassen, sollte zumindest vereinbart werden, dass der Grundstückseigentümer eine notariell beglaubigte Abschrift der Bürgschaftsurkunde erhält, damit nachgewiesen werden kann, dass die Bürgschaft auch tatsächlich gestellt wurde. Des Weiteren muss die dem Landkreis zu stellende Bürgschaft der Höhe nach nicht den Beträgen entsprechen, die zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Betreiber vereinbart wurden. Sollte hier eine Differenz bestehen, so ist zumindest der Differenzbetrag im Rahmen einer eigenen Bürgschaft gegenüber dem Grundstückseigentümer abzusichern.

Des Weiteren sollte klar geregelt sein, dass der Rückbau innerhalb gewisser Fristen zu erfolgen hat, um hier den notwendigen Vollzugsdruck auf den Betreiber aufrechterhalten zu können.

- Die Regelungen zur Übertragbarkeit des Vertrages, also der bereits heute erklärten Zustimmung zu einem Parteiwechsel sind dem Umstand geschuldet, dass die Verträge in der Regel mit den „Muttersgesellschaften“ geschlossen und später auf die konkreten Betreibergesellschaften übertragen werden. Sie sind in dieser Form üblich. Wir sehen aber vor, dass der Eigentümer Übertragungen widersprechen kann, sollten Zweifel an der Leistungsfähigkeit des neuen Vertragspartners bestehen.
- Bei Verträgen über Waldflächen ist besonders auf folgendes zu achten:
 - Wer führt die vorbereitende Rodung durch?
 - Wer trägt die Kosten?
 - Vereinbarung eines Hiebsunreifeschadenersatzes
 - Ausgleich von Verlusten bei Veräußerung zu ungünstigen Zeitpunkten (wenn nicht im vorigen enthalten)
 - Waldrandschäden an den neu geschaffenen Kahlflächen
 - Wiederherstellung der Flächen nach Rückbau – aufforstungsfähig
 - Umgang mit Wegen und Berücksichtigung von Bestandswegen und neu errichteten Wegen
 - Vernünftige und risikogerechte Regelung im Umgang mit Wegeunterhaltung und Wegeverkehrssicherung
 - Sind geförderte Flächen betroffen – Wer trägt das Rückzahlungsrisiko?

7. Flächenpoolverträge

Eine besondere Art des Gestattungsvertrages sind sogenannte Flächenpoolverträge. Hintergrund eines solchen Vertrages ist Folgender:

- In der Regel befinden sich die Flächen mehrerer Eigentümer in einem Windeignungsgebiet. Um hier eine möglichst optimale Planung, aber auch den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen für alle Eigentümer eines Windeignungsgebietes zu erzielen, besteht die Möglichkeit, dass sich die Eigentümer zu einer Poolgemeinschaft zusammenschließen und unabhängig von der konkreten Planung und Aufstellung der WEA ein gemeinschaftliches Partizipieren an den möglichen Nutzungsentgelten ermöglichen.
- Die Eigentümer müssen entscheiden, ob sie einer Veränderung des Pools während der Planungszeit aus planungsrechtlichen Gegebenheiten zustimmen und wie der abschließende Flächenpool definiert werden soll. Diese Entscheidung ist von Wichtigkeit, da danach auch die Flächen bestimmt werden, die letztlich an der Vergütung teilnehmen.