



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Grundstücksnutzungsverträge sind nicht zwingend Mietverträge

Rechtsanwalt Lars Wenzel



Lars Wenzel ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsgestaltung und Energierecht tätig.

Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, insbesondere Windenergieanlagenbetreiber, errichten diese Anlagen regelmäßig auf Grundstücken, die im Eigentum Dritter stehen, welche den Anlagenbetreibern ihre Grundstücke auf Grundlage von schuldrechtlichen Verträgen für die Dauer von bis zu 30 Jahren zur Nutzung überlassen. Diese Nutzungsverträge werden nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich als Mietverträge eingestuft. Dies hat zur Folge, dass auf diese Verträge die strengen gesetzlichen Vorschriften für Mietverträge anzuwenden sind. Verstöße gegen diese Bestimmungen führen in der Praxis häufig dazu, dass die Grundstückseigentümer die Nutzungsver-



träge vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Laufzeit ordentlich kündigen können, was für den Windenergieanlagenbetreiber selbstverständlich schwerwiegende wirtschaftliche Folgen hat. In Folge der Kündigung des Nutzungsvertrages wären dann auch dingliche Sicherungsrechte, wie etwa beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, zu löschen. Vor dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht wurde von uns nunmehr ein Urteil erstritten, mit welchem entschieden wurde, dass Grundstücksnutzungsverträge, wie sie in der Windenergiebranche regelmäßig verwendet werden, grundsätzlich keine Miet- oder Pachtverträge darstellen, sondern als Verträge über die Bestellung einer Dienstbarkeit nach § 1090 Abs. 1 Fall 1 BGB einzustufen seien. So bestehe der Zweck eines solchen Vertrages über die Bestellung einer Dienstbarkeit in der Regel darin, dem Berechtigten das Nutzungsrecht aus dem dinglichen Recht nach § 1090 Abs. 1 Fall 1 BGB zu verschaffen. Dies sei der Normalfall, von dem das Gesetz in den §§ 1090 ff. BGB ausginge. Ferner stelle es einen Ausnahmefall dar, im Zusammenhang mit der Bestellung einer Dienstbarkeit einen Miet- oder Pachtvertrag zu schließen, was daher einer ausdrücklichen Abrede bedürfe. Ein solcher Ausnahmefall sei aber nicht schon dann anzunehmen, wenn ein Entgelt für die Aufstellung von Windkraftanlagen vereinbart wurde, da eine Pflicht zur Zahlung eines Entgeltes auch beim dinglichen Nutzungsrecht durch den schuldrechtlichen Vertrag begründet werden kann, der der Begründung dieses Nutzungsrechts zugrunde liegt. Ob die Parteien einen Miet- oder Pachtvertrag mit einer Sicherungsdienstbarkeit oder aber einen mit weiteren Vereinbarungen verbundenen Vertrag über die Bestellung einer Dienstbarkeit abgeschlossen haben, bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Vertragsinhalt. Allein die Verwendung des Wortes Miete sei zur Begründung eines Mietvertrages nach Auffassung des OLG Schleswig nicht ausreichend. Auch eine analoge Anwendung von § 550 BGB (Schriftform) sei nicht möglich. So scheidet eine vergleichbare

## EEG ist auf dem Weg

Im letzten Rundbrief aus April 2016 hatten wir uns ausführlich mit dem Referentenentwurf des EEG für die Resortabstimmung auseinandergesetzt. Nunmehr liegt auch ein Regierungsentwurf vom 8. Juni 2016 vor, der aber an der grundsätzlichen Struktur des Gesetzesentwurfs nichts verändert hat. Das parlamentarische Verfahren zur Inkraftsetzung des Gesetzes soll noch in diesem Monat abgeschlossen werden. Im nächsten Rundbrief werden wir dazu weiter berichten.

Interessenlage, wie sie bei Mieter und Vermieter gegeben ist, aus, da jeder die Belastung der Grundstücke mit der Dienstbarkeit aus dem Grundbuch ersehen kann, so dass es an einer Schutzbedürftigkeit von potentiellen Erwerbern fehle. Eben diesen Schutz bezweckt aber § 550 BGB.

Dieses Urteil des OLG Schleswig ist für die Branche der erneuerbaren Energien sicherlich als positiv einzustufen. Es ist jedoch für jeden einzelnen Grundstücksnutzungsvertrag zu prüfen, ob ein Miet-/Pachtvertrag oder aber ein Vertrag über die Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit vorliegt. Zudem ist offen, ob der Bundesgerichtshof im gleichen Sinne entscheiden würde. Da die Revision in dem von uns erstrittenen Urteil nicht zugelassen wurde und auch der Streitwert unter der zur Einreichung der Nichtzulassungsbeschwerde erforderlichen Grenze liegt, wird das Urteil wohl rechtskräftig werden. Es lohnt sich jedenfalls, zukünftig Kündigungen von Grundstückseigentümern, die sich auf Verstöße gegen mietvertragliche Bestimmungen berufen, gründlicher überprüfen zu lassen und gegebenenfalls im Wege einer Feststellungsklage anzugreifen. Bei der Gestaltung von Nutzungsverträgen sollte zudem darauf geachtet werden, Begrifflichkeiten und Formulierungen zu vermeiden, die im Rahmen der Auslegung auf einen Miet- oder Pachtvertrag hindeuten können.

## Unsere Themen

- Grundstücksnutzungsverträge sind nicht zwingend Mietverträge
- Nicht alles negativ beim negativen Strompreis
- Stillstand in Schleswig-Holstein!
- Aktuelle Rechtsprechung



**Blanke Meier Evers**

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB  
Stephanitorsbollwerk 1  
(Haus LEE)  
28217 Bremen

Tel.: +49 (0)421 - 94946 - 0  
Fax: +49 (0)421 - 94946 - 66

E-Mail: [info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)  
Internet: [www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)

## Nicht alles negativ beim negativen Strompreis

Rechtsanwalt Dr. Thomas Heineke

Derzeit – also zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Beitrags – wird in Berlin mit Hochdruck und heißer Nadel an der erneuten Novellierung des EEG, der Fassung des EEG 2016, gearbeitet. In Bezug auf die Förderung der Windenergie wird die politische Diskussion dabei vor allem durch die Fragen des Umfangs und des Zeitpunkts der einmaligen Absenkung der Förderung sowie der jährlich auszuschreibenden Kapazität bestimmt. Dabei fällt auf, dass es dem Gesetzgeber gelungen ist, durch die frühzeitige Verankerung des Ausschreibungsmodells für die Förderung von Windenergie im aktuellen EEG 2014 die Diskussion um die Ausschreibung an sich vorzuverlagern, sodass hierüber nicht mehr ernsthaft diskutiert wird.

Neben den derzeit im Mittelpunkt stehenden Regelungen wird das EEG 2016 jedoch weitere zahlreiche Neuerungen für die Branche bereithalten, die uns noch viel Arbeit bescheren werden. Dieses gilt – um hier ein für die Branche negatives Beispiel zu nennen – sicherlich für die Regelung des neuen § 7 EEG 2016, nach dem von den Bestimmungen des EEG unter Beachtung recht weit gesteckter Grenzen abgewichen werden darf. Auf Netzanschlussverträge, Abrechnungsvereinbarungen und andere

Vereinbarungen mit dem Netzbetreiber wird also in Zukunft wieder genauer geschaut werden müssen.

Aber es gibt auch Positives zu berichten. So werden die Auswirkungen negativer Strompreise, bei denen die Erwartung besteht, dass diese in Zukunft vermehrt auftreten, etwas begrenzt. Gegenwärtig sieht das EEG 2014 in § 24 vor, dass die Förderung auf null zu reduzieren ist, wenn der Strompreis an der Strombörse EPEX SPOT SE in Paris an mindestens sechs aufeinanderfolgenden Stunden negativ ist. Diese Regelung sorgt im Rahmen der Finanzierung von Windenergieprojekten oder bei deren Veräußerung von Projekten häufig zu Unsicherheiten und für die Aufnahme von Sonderregelungen in Finanzierungsverträgen, beispielsweise zu EK-Nachschussverpflichtungen, oder zu niedrigeren Ertragsersparungen bei Investoren. Allerdings ist durch die geplante Neufassung – die entsprechende Regelung wird sich nunmehr in § 51 EEG 2016 finden – klargestellt, dass eine Anwendung dieser Regelung auf Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 3 MW keine Anwendung findet. Damit fallen eine Reihe von Windenergieanlagen ohne Weiteres aus dem Anwendungsbereich heraus.



Dr. Thomas Heineke ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Vertragsgestaltung, Haftungs- und Gewährleistungsrecht und Energierecht zuständig.

Es stellt sich die Frage, ob Windenergieanlagen, die entsprechend der Konfiguration des Herstellers über eine Nennleistung von 3 MW oder etwas mehr als 3 MW verfügen, so modifiziert werden können, dass die „installierte Leistung“ diese maßgebliche Grenze nicht überschreitet. Damit rückt der Begriff der installierten Leistung, der sich bereits seit dem EEG 2012 im Gesetz befindet, in den Mittelpunkt, und es wird zu klären sein, inwieweit beispielsweise eine softwarebasierte Reduzierung, eine Angabe auf dem Typenschild der Windenergieanlage oder die bei Beantragung der Bau- und Betriebserlaubnis angegebene Nennleistung von Relevanz sein werden.

### Aktuelle Rechtsprechung

#### Keine Vergütung bei Reparaturarbeiten Bundesgerichtshof, Urteil vom 11. Mai 2016 – VIII ZR 123/15

Die vielfach diskutierte Frage, ob ein Netzbetreiber bei der Durchführung von Reparaturarbeiten in seinem Netz eine Entschädigung nach § 12 Abs. 1 EEG a. F. schuldet, hat der Bundesgerichtshof deutlich entschieden. Zum Nachteil der Anlagenbetreiber geht das Gericht davon aus, dass im Falle notwendiger Reparaturarbeiten im Versorgungsnetz eine insoweit erforderliche Trennung einer EE-Anlage vom Netz dazu führt, dass die Pflicht aus dem Einspeiseverhältnis zur Abnahme des Stroms aus der Anlage nicht verletzt wird. Für die Zeit solcher Reparaturmaßnahmen ist die Abnahmepflicht „systemimmanent ausgesetzt“.

#### Doch präkludiert? Oberverwaltungsgericht Koblenz, Beschluss vom 28. April 2016 – 8 B 10285/16

In unserem Rundbrief aus Februar hatten wir von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Unionsrechts-

widrigkeit der Präklusionsbestimmungen bereits ausführlich berichtet. In dieser Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz entschieden, dass trotz dieser Rechtsprechung ein Umweltverband nicht zulässig Rechtsschutz gegen eine immissionschutzrechtliche Genehmigung für einen Windpark einlegen kann, wenn er sich überhaupt nicht am förmlichen Genehmigungsverfahren beteiligt hat.

#### Ohne Sachverhaltsgrundlage keine Einschätzung Oberverwaltungsgericht Magdeburg, Urteil vom 20. April 2016 – 2 L 64/14

In dieser Entscheidung hatte sich das Oberverwaltungsgericht mit Abschaltzeiten bei Windenergieanlagen zum Schutz von Fledermäusen auseinandersetzen. Das Gericht hat noch einmal hervorgehoben, wie wichtig die Ermittlung des Sachverhalts für die richtige Einschätzung der artenschutzrechtlichen Gefährdung von Tieren ist. Ohne ausreichende Untersuchung zum Vorkommen der geschützten Tiere am konkreten Standort bzw. in der näheren Umgebung ist eine Bewertung der Behörde fehlerhaft. Ist jedoch unklar, ob eine Gefährdung von Fledermäusen möglich ist, scheidet auch eine

isolierte Aufhebung der Abschaltzeiten aus, denn dann ist unklar, ob die Genehmigung ohne die Abschaltauflage rechtmäßig weiter Bestand haben kann.

#### Schutzwürdigkeit bei Grenzlage Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 6. Mai 2016 – 8 B 866/15

In dieser Entscheidung hatte sich das Oberverwaltungsgericht mit der Klage eines Nachbarn gegen die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen auseinandersetzen. Der Kläger wohnte in einem reinen Wohngebiet mit einem hohen nächtlichen Schutzwert von 35 dB(A) nachts. Die Genehmigungsbehörde ging davon aus, dass ihm, da er am Rande des Wohngebiets an der Grenze zum Außenbereich wohnte, ein geringerer Schutzanspruch zukommt und hat so Schallimmissionen von bis zu 40 dB(A) nachts zugelassen. Den Eilrechtsschutzantrag hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen mit der Begründung, dass bereits die Randlage zum Außenbereich eine planungsrechtliche Vorbelastung des Grundstücks darstellt mit der Folge, dass die Anhebung des Immissionsrichtwerts auf das Niveau eines allgemeinen Wohngebiets regelmäßig zulässig ist.

## Stillstand in Schleswig-Holstein!

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Bereits in unserem Rundbrief aus Februar diesen Jahres hatten wir über die Zulässigkeit von Windenergieanlagen in Schleswig-Holstein berichtet. Grund ist, dass nach Aufhebung der Regionalpläne durch das Oberverwaltungsgericht der Landesgesetzgeber reagiert hatte und eine neue Regelung im Landesplanungsgesetz vorgesehen hat, nach der raumbedeutsame Windenergieanlagen im gesamten Landesgebiet bis Mitte 2017 vorläufig unzulässig sind. Das Gesetz ist verfassungsrechtlich unzulässig, insbesondere weil für die Regelungen die Kompetenz des Landes Schleswig-Holstein fehlt.

Bereits in unserem Rundbrief hatten wir darauf aufmerksam gemacht, dass man trotz dieser materiellen Verfassungswidrigkeit wohl mit den Regelungen leben muss, denn das Verwaltungsgericht in Schleswig hat keine Bedenken an deren Verfassungsgemäßheit. Letzte Möglichkeit, hier eine Veränderung herbeizuführen, war ein Verfahren vor dem Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgericht, mit dem eine Gemeinde aus Dithmarschen diese Regelung kippen wollte.

Jedoch hat das Landesverfassungsgericht über die Verfassungsbeschwerde der Ge-

meinde entschieden und diese mit Beschluss vom 17. Juni 2016 (Az.: LVerfG 3/15 und LVerfG 1/16) als unzulässig verworfen. Die Gemeinde hatte vorgetragen, dass sie durch das Gesetz an der Entwicklung von Windenergieanlagen im Gemeindegebiet gehindert sei und dies einen unzulässigen Eingriff in ihre Planungshoheit darstellen würde. Die Möglichkeit einer solchen Verletzung hat das Landesverfassungsgericht allerdings verneint.

Es geht davon aus, dass die insbesondere kritische Regelung zur vorläufigen Unzulässigkeit von Windenergieanlagen in § 18a Abs. 1 LaplaG nicht in die Planungshoheit der Gemeinde eingreifen kann. Aus Sicht des Gerichts ergibt sich insbesondere aus dem Wortlaut der Bestimmung, dass sich diese Regelung allein auf das immissionschutzrechtliche Zulassungsverfahren für raumbedeutsame Windenergieanlagen bezieht. Auch mittelbare Rückwirkungen auf die gemeindliche Bauleitplanung schließt das Gericht aus. Insoweit war die Gemeinde durch die Regelungen des Landesplanungsgesetzes nicht unmittelbar betroffen. Es sprechend gute Gründe für die Richtigkeit der Entscheidung, auch wenn insbesondere systematische Gründe ggf. auch eine andere Auslegung der Bestimmung zuließen, denn in § 18a Abs. 2 LaplaG sind auch die nach § 4 ROG genannten



Dr. Andreas Hinsch ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht zuständig.

öffentlichen Stellen angesprochen. Dazu gehören auch Gemeinden, sodass man durchaus vertreten könnte, dass die Plan-sicherungsbestimmung auch Auswirkungen auf die Gemeinden hat; so sah das auch das Verwaltungsgericht Schleswig.

Letztlich muss man aber die Entscheidung akzeptieren, denn weitere Rechtsmittel sind nicht möglich und daher bleibt es bei dem schon von uns im Februar-Rundbrief festgehaltenen Umstand, dass man trotz der ersichtlichen Rechtswidrigkeit der Regelungen mit ihnen umgehen muss.

### Naturschutzrechtliches Ersatzgeld in Brandenburg Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17. März 2016 – 11 B 14.15

Das Oberverwaltungsgericht hat mit dieser Entscheidung die Verwaltungspraxis zur Erhebung der Ersatzgeldzahlung für die Errichtung von Windenergieanlagen grundsätzlich in Frage gestellt. Insbesondere wurde bemängelt, dass die Begründung der angefochtenen Bescheide nicht hinreichend zwischen den Eingriffen in den Naturhaushalt und das Landschaftsbild trennen würde und insbesondere insoweit die Eingriffe mindernden Kompensationsmaßnahmen bei der Berechnung des Ersatzgeldes nicht hinreichend Berücksichtigung fanden. Die Entscheidung hat eine grundsätzliche Veränderung der Praxis der Ermittlung der Ersatzgelder in Brandenburg zur Folge.

### Kein Umweltkläger! Verwaltungsgericht Schleswig, Beschluss vom 11. März 2016 – 6 B 4/16

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass ein Kläger, der in einer Entfernung von 1,6

km zur nächstgelegenen Anlage eines Windparks wohnt und dessen Wohnhaus keinen Schattenwurfimmissionen und maximalen Schallimmissionen von rund 32 dB(A) ausgesetzt ist und damit nicht mehr im schallmäßigen Einwirkungs-bereich des Windparks liegt, kein Umweltkläger ist. Dieser Kläger kann sich nicht auf Fehler bei der UVP-Vorprüfung des Vorhabens berufen. Der Eilantrag war unzulässig und wurde so vom Verwaltungsgericht zurückgewiesen.

### Flexible Vormerkung Oberlandesgericht München, Urteil vom 6. April 2016 – 34 Wx 399/15

In dieser Entscheidung befasst sich das Gericht mit der Fragestellung, inwieweit Vormerkungen die regelmäßig in Bewilligungen von Dienstbarkeiten zur Sicherung von Nutzungsrechten zu findenden Ansprüche Dritter auf Bewilligung einer Dienstbarkeit für den Fall ihres Eintritts sichern können. Das Grundbuchamt verweigerte hier zunächst die Eintragung einer Vormerkung mit dem Hinweis, die Vormerkung könne nicht beliebig viele Rechtsnachfolgen und entsprechende Bestellungsansprüche abdecken. Das Oberlandesgericht stellt indes klar, dass der Dienstbarkeitsbestellungsanspruch,

der für beliebig viele Fälle der Rechtsnachfolge begründet wurde, auch durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann, da es sich insoweit um einen Daueranspruch handele, der – egal von welchem Dritten ausgeübt – sich gegen den gleichbleibenden Vertragspartner richtet.

### Keine Verwirkung bei eigener Klage Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 12. Mai 2016 – 1 A 10842/15

Wenn ein Naturschutzverband eine Klage gegen die Errichtung von Windenergieanlagen einlegt, kann eine Unzulässigkeit der Klage vorliegen, wenn sich der Verband zu lange Zeit gelassen hat, gegen das Vorhaben vorzugehen. Diesen Grundsatz schränkt das Oberverwaltungsgericht in dieser Entscheidung ein, in dem es ausführt, dass eine solche Verwirkung dann nicht in Frage kommt, wenn der Genehmigungsinhaber selbst gegen umweltrelevante Auflagen Widerspruch erhoben hat, dann ist nämlich auch für die Umweltvereinigung unklar, in welchem Umfang die Genehmigung letztlich Bestand haben wird.





## Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziere, Kommunen und Betreiber von Projekten zur Erzeugung erneuerbarer Energien in allen rechtlichen Fragestellungen. Rechtsanwälte der Kanzlei Blanke Meier Evers sind seit 1991 im Bereich der erneuerbaren Energien beratend tätig.

Besondere Expertise besteht unter anderem im Gesellschafts- und Steuerrecht, der Vertragsgestaltung, der Konzeption

von Beteiligungsgesellschaften, der Projektfinanzierung sowie im gesamten Bau-, Planungs- und Einspeiserecht. Wir begleiten darüber hinaus international tätige Unternehmen bei Investitionen in Deutschland und Europa.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit über 25 Rechtsanwälte, von denen sich 13 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Klaus Meier**  
*Vertragsgestaltung, Projektfinanzierungen*
- **Dr. Volker Besch**  
*Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht*
- **Dr. Andreas Hinsch**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht, Haftungs- und Gewährleistungsrecht*
- **Lars Schlüter**  
*Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung*
- **Dr. Jochen Rotstegge**  
*Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung*
- **Dr. Falko Fähndrich**  
*Gesellschaftsrecht, Energierecht*
- **Lars Wenzel**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Corinna Hartmann**  
*Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung*
- **Dr. Uli Rentsch**  
*Gesellschaftsrecht, Energierecht, Vertragsgestaltung*
- **Dr. Mahand Vogt**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Benjamin Zietlow**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Thomas Schmitz**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*

Verlag und  
Herausgeber:

Blanke Meier Evers  
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB  
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)  
28217 Bremen  
Tel: 0421 - 94 94 6 - 0  
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66  
Internet: [www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)  
E-Mail: [info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Druck:

Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle