

Das Kammergericht in Berlin befasst sich in einer Berufungsverhandlung mit der **BVVG-Entgeltabführungsklausel** bei Errichtung von Windenergieanlagen. Kommt kein Vergleich zustande, wird am 21. Dezember das Urteil verkündet.



## Wem gehört der Zugewinn?

Die BVVG verwendet in den von ihr nach dem EALG abgeschlossenen Kaufverträgen eine Klausel, die besagt: Wenn innerhalb der fünfzehnjährigen Zweckbindungsfrist der Erwerber mit einem Errichter von Windenergieanlagen einen Vertrag über die Nutzung dieser Grundstücke zur Errichtung einer Windenergieanlage abschließt, immerhin 75 % des auf die Gesamtlaufzeit des Nutzungsvertrages anfallenden kapitalisierten Nutzungsgewinns an die BVVG abzuführen sind. Der Bewirtschafter der Grundstücke soll allerdings vorab 15 % der kapitalisierten Entschädigung erhalten. Letztere Regelung warnte die BVVG zunächst nur in Bezug auf Pächter an, in letzter Zeit aber auch für den selbst bewirtschaftenden Eigentümer, sodass der an die BVVG abzuführende Teil 63,75 % betragt.

### Lang erwartete Berufungsverhandlung

Das Landgericht Berlin hatte diese Klausel in einem viel beachteten Urteil vom 24. Februar 2015 für unwirksam erklärt. Die BVVG war gegen dieses Urteil in Berufung gegangen. Am 16. November 2016 land nun die lang erwartete Berufungsverhandlung vor dem Kammergericht in Berlin statt. Das Verfahren hatte zwischenzeitlich noch eine Erweiterung erfahren. Nachdem sich die BVVG rühmte, dass ihr dann, wenn die verwendete Klausel unwirksam sei, ein Rücktrittsrecht, zumindest aber das in § 12 Abs. 4 Flächenverordnungsverordnung geregelte Rückkaufrecht zustehe, hatte der Kläger in der Berufung beantragt, festzustellen, dass der BVVG bei Abschluss eines Nutzungsvertrages während der fünfzehnjährigen Bindungsfrist ein Rücktrittsrecht noch ein Rückkaufrecht zustehe.

Das Kammergericht wie eingangs der Verhandlung darauf hin, dass es das Urteil des Landgerichts – in dem es nur um die Entgeltabführungsklausel gegangen war – im Ergebnis aufrechterhalten werde. In der Begründung folgte das Kammergericht hingegen nicht dem Landgericht Berlin, sondern den Ausführungen in einem juristischen Fachaufsatz des Verfassers aus dem vergangenen Jahr. Während die BVVG mit der vertraglichen Regelung eine Gewinnabschöpfung vornehme, sehe das Gesetz nur eine Abschöpfung der durch die anderweitige Nutzung erhöhten Grundstückswertes vor, so das Gericht. Es liege hier eine manifeste Abweichung der vertraglichen Regelung von den gesetzlichen Vorgaben vor, die zu einem unangemessenen Benachteiligen der EALG-Erwerber führe und die deshalb unwirksam sei.

Auch ein Rücktrittsrecht der BVVG vom Kaufvertrag verneinte

das Gericht. Nach den gesetzlichen Vorschriften könne die BVVG ein Rücktrittsrecht für den Fall vereinbaren, dass die erwerbene Fläche ganz oder zu wesentlichen Teilen nicht mehr land- oder forstwirtschaftlich genutzt werde. Dies sei es zu entscheidenden Sachverhalt nicht der Fall, denn von über 70 ha EALG-Fläche des Käufers entfiel nur knapp ein Hektar auf die Standortfläche einer beabsichtigten Windenergieanlage. Zweck des gesetzlichen Rücktrittsrechts sei es im Übrigen, die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung zu gewährleisten und nicht Gewinne abzuschöpfen. Auch hier folgte das Gericht im Wesentlichen den Ausführungen in einem juristischen Fachaufsatz des Verfassers.

Allerdings meinte das Kammergericht, dass es sehr zweifelhaft sei, ob der BVVG bei Errichtung von Windenergieanlagen auf den EALG-Grundstücken ein Rückkaufrecht zustehe. Ein Rückkaufrecht soll die BVVG nach dem Gesetz für den Fall vereinbaren, dass nachträglich eine andere Nutzbarkeit für die verkauften Grundstücke entstehe. Hier komme es nach Auffassung des Gerichts nicht darauf an, dass diese anderweitige Nutzbarkeit förmlich erfolgen müsse, etwa durch Flächennutzungspläne, Widmungen etc. Es genüge eine rechtlich zulässige andere Nutzungsmöglichkeit. Die Entscheidung stehe insoweit noch auf der Kippe, so das Gericht. Im Rahmen der Verhandlung wurde jedoch deutlich, dass das Kammergericht offenbar dazu neigt, ein Rückkaufrecht zu bejahen.

### Gerecht will eine Revision zulassen

Da eine solche Entscheidung für die Parteien Steine statt Brot darstellte, versuchte das Gericht, die Parteien dahingehend zu vergleichen, dass ein geringerer Prozentsatz des kapitalisierten Nutzungsgewinns an die BVVG abzuführen werde oder das Nutzungsentgelt nicht auf den vollen Zeitraum des Nutzungsvertrages kapitalisiert werde. Die Parteien wolle hierüber noch einmal nachdenken. Im Hinblick hierauf soll das Urteil nun am 21. Dezember 2016 verkündet werden. Mehrere erstinstanzliche Verfahren wegen der hier streitigen Fragen gebe und es rund 200 bis 400 dreiseitige Vereinbarungen über die Nutzung von verkauften EALG-Grundstücken gäbe

darauf hin, dass es die Revision zulassen werde. Damit könnten dann die streitigen Fragen vom BGH geklärt werden.

Die vom Kammergericht genannte Begründung, weshalb ein Rückkaufrecht der BVVG bestehen solle, überzeugt nicht. Sie beruht schlichtig nicht, dass Windenergieanlagen unter den Voraussetzungen des § 35 Baugesetzbuch schon immer im Außenbereich errichtet werden konnten. Die Ausweisung von Windvorranggebieten in Regionalplänen räumt diese Möglichkeit nicht zum ersten Mal ein. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH diese Auffassung korrigiert. Auch würde ein Rückkaufrecht die BVVG vor erhebliche Probleme stellen, denn sie muss dann den EALG-Erwerbern Ersatzflächen anbieten, die sie in diesem Umfang wohl gar nicht mehr hat, und einen Ausgleich für den dabei entstehenden angemessenen Mehraufwand des Erwerbers versehen. Dies könnte die Ausübung von Rückkaufrechten schon rein praktisch beschränken.

### Vorsicht ist in Hinblick auf Verjährung geboten

Ein positiver Effekt besteht gleichwohl: Dass der BGH die Entgeltabführungsklausel in der Revisionsinstanz für wirksam erklärt, erscheint als sehr unwahrscheinlich, nachdem sie durch zwei Instanzen und in der Rechtsliteratur einhellig als unwirksam angesehen wird. Bei Unwirksamkeit spricht aber alles dafür, dass selbst bei Abschluss eines dreiseitigen Vertrages zwischen Erwerber, BVVG und Errichter einer Windenergieanlage ein Rückzahlungsanspruch des Erwerbers gegen die BVVG besteht (vgl. Klöse, Windenergieanlagen auf EALG-Grundstücken: Rückzahlungsanspruch des Erwerbers gegen die BVVG, 2016, S. 168–172). Wenn zwischenzeitlich in der Rechtsliteratur die Zweckbindungsfrist abgelaufen ist und damit ein doch etwa bestehendes Rückkaufrecht durch die BVVG nicht mehr ausübt werden kann, kann die BVVG jetzt auf Rückzahlung der an sie abgeführten Beträge in Anspruch genommen werden.

Vorsicht ist aber in Hinblick auf die Verjährung geboten. Zahlungen, die im Jahr 2013 an die BVVG erfolgten, dürfen wahrscheinlich Ende des Jahres verjährten und müssten daher noch vor Jahresende gerichtlich geltend gemacht werden. Bei noch früherigen Zahlungen dürften Rückzahlungsansprüche bereits verjährt sein.

PROF. DR. ANDREAS KLOSE,  
Hämmerich & Bachof  
Karlsruhe Partner  
www.haemmerich-partner.de