Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Dr. Josef Christ,* Richter am BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff,* Vors. Richter am VG a. D., Berlin – *Dr. Stefan Paetow,* Vors. Richter am BVerwG a. D., Berlin – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

21 2014

Seite 1–6

33. Jahrgang

1. November 2014

Professor Dr. Michael Frey, Mag. rer. publ., Rechtsassessorin Stephanie Ohnmacht und Oberforstrat Simon Stahl*

Flächenmanagement bei Windenergieentwicklung: Praktische und rechtliche Aspekte von Poolingverträgen

Anders als die zahlreichen öffentlich-rechtliche gelagerten Fragen des Windenergieausbaus, etwa im Rahmen der Flächennutzungsplanung oder der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung, gibt es zur nicht minder wichtigen Frage der zivilrechtlichen Flächensicherung und gemeinschaftlichen Flächenentwicklung vergleichsweise wenig wissenschaftliche Fundstellen. Der folgende Beitrag befasst sich mit einem zivilrechtlichen Teilaspekt der Flächensicherung und –entwicklung, dem Windenergie-Flächenpooling, bei dem mehrere Grundstückseigentümer zum Zweck der optimalen Entwicklung ihrer Grundstücke zur Windenergienutzung zusammenarbeiten. Der Artikel gibt hierzu einen Überblick über praktische und rechtliche Fragen.

I. Einleitung

Angesichts der zahlreichen rechtlichen Fragen, die sich beim Ausbau der Windenergie im Rahmen der Regional- und Flächennutzungsplanung sowie der Anlagengenehmigungsverfahren stellen, findet eine weitere für den Windkraftausbau zentrale Ebene bislang kaum öffentliche Beachtung, obwohl sie von vorentscheidender Bedeutung ist: nämlich die rechtlichen Aspekte der Sicherung einer gemeinschaftlichen und einvernehmlichen Entwicklung von für die Windenergienutzung geeigneten Flächen durch die Grundstückseigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten in Form von so genanntem Flächenpooling sowie die Gestattung des Eigentümers zur Nutzung der Fläche zur Windenergienutzung durch den Realisierungspartner.[1] Der vorliegende Beitrag versucht, praktische und rechtliche Aspekte des Flächenpooling darzustellen.

II. Flächenpooling – Definition und Hintergrund

1. Was ist Flächenpooling? – eine Definition

Von so genanntem Flächenpooling ist die Rede, wenn mehrere Grundstückseigentümer den Ausbau der Windenergie, der im Bereich ihrer Grundstücksflächen zu erwarten ist, koordinieren und zwecks Bündelung ihrer Interessen bei der Vermarktung ihrer Flächen zusammenarbeiten. Diese Zusammenarbeit wird in einem so genannten Poolingvertrag schriftlich fixiert. Er umfasst daher nicht nur die rechtlich bindende Einigung der Eigentümer untereinander, bestimmte Flächen zur Windenergienutzung gemeinsam zu entwickeln sondern enthält auch die Festlegung der notwendig identischen Inhalte des Gestattungsvertrags zwischen dem jeweiligen Grundstückseigentümer und dem auszuwählenden Realisierungspartner sowie Regelungen zum weiteren Verfahren, insbesondere zur Auswahl des Realisierungspartners und der Regelungen zur internen Abstimmung der Grundstückseigentümer bis zur Unterschrift des noch abzuschließenden Gestattungsvertrags mit dem ausgewählten Realisierungspartner. Ein Poolingvertrag ist daher ein Vertrag zwischen mehreren Eigentümern oder anderweitig dinglich Berechtigten, gemeinsam einem Dritten (Realisierungspartner) eine bestimmte oder bestimmbare Fläche einem auszuwählenden Realisierungspartner zur Windenergienutzung zur Verfügung zu stellen.

2. Hintergrund

Gerade für die Onshore-Windenenergienutzung ist typisch, dass Grundstücksgrenzen verschiedener Grundstückseigentümer an den windhöffigen (Kamm-)Lagen zusammentreffen. Eine (auch für den Realisierungspartner) optimale Entwicklung der Fläche – im Sinne eines maximalen Energieertrags

* Der Autor *Frey* ist Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung in Kehl, die Autorin *Ohnmacht* Juristin in Abteilung 8 Fachbereich 81 – Recht, Nebennutzungen, Jagd des Regierungspräsidiums Tübingen. Der Autor *Stahl* leitet am Forstamt Rottweil das Gebiet Schwarzwald.

1 Der Text verwendet im Folgenden den Begriff Realisierungspartner als Oberbegriff für die in der Praxis häufig unterschiedlich auftretende Akteursgruppe: Teilweise treten die späteren Anlagenbetreiber selbst auf, teilweise aber Kapitalinvestoren oder deren Vertreter wie mit der Flächensicherung beauftragte Planungsgesellschaften oder andere Mittler.

durch ein optimiertes Windparkdesign – ist nur möglich, wenn alle hierfür benötigten Grundstücke zur Verfügung stehen. Das entsprechende Worst-Case-Szenario sowohl aus der Sicht der Eigentümer als auch aus der Sicht eines Realisierungspartners wäre hingegen, dass die verschiedenen Grundstücke entweder nicht oder verschiedenen Realisierungspartnern zur Verfügung gestellt werden. In diesem Fall kann keiner der beteiligten Akteure eine optimale Rendite erwarten.

Aus der Sicht des Realisierungspartners bietet die Bildung eines Flächenpools daher viele Vorteile: Alle für den Windpark benötigten Flächen stehen aus einer Hand zur Verfügung,[2] die mühsame und finanziell aufwändige Einzelflächensicherung ausgehend vom Standgrundstück über Baulastflächen bis hin zur Zuwegung entfällt, und damit auch die Gefahr, dass der Eigentümer der letzten, zwingend für die Entwicklung benötigten Fläche sich seine Zustimmung vergolden lässt oder dass ein Konkurrent die Entwicklung der Flächen durch Sicherung eines Sperrgrundstücks verhindern kann. Weil der Planer die Windkraftanlagen ohne Rücksicht auf Grundstücksgrenzen platzieren kann, kann in der Regel der maximale Ertrag aus der Fläche gewonnen werden,[3] was wiederum den Grundstückseigentümern zugutekommt.

Aus der Sicht der Eigentümer bietet ein vertraglich vereinbartes Flächenpooling die Chance auf maximale Transparenz durch die Einbeziehung aller Eigentümer in die Flächenvergabe. Die Sorge vor einer Übervorteilung zu Gunsten des Nachbarn[4] ist gebannt, ebenso die Gefahr gänzlich leer auszugehen, wenn die Anlagen wegen des Parkdesigns, welches auf Grund der noch einzuholenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht verbindlich festgelegt werden kann, nicht auf dem eigenen Grundstück errichtet werden.

III. Der Poolingvertrag – Vertragspartner, Rechtsnatur und wesentliche Vertragsbestandteile

Bei einem Poolingvertrag handelt es sich um einen ursprünglich im Bereich des Gesellschaftsrechts entwickelten Vertragstypus,[5] der allerdings auch in anderen Rechtsgebieten Anwendung findet, wenn es darum geht, gemeinschaftliche Interessen von Personengruppen zu regeln.

1. Vertragspartner des Poolingvertrags

Vertragspartner des Poolingvertrags sind in erster Linie die Grundstückseigentümer der betreffenden windhöffigen Flächen. Dabei ist es zunächst unerheblich, ob auf den jeweiligen Flächen überhaupt Windenergieanlagen bauplanungsrechtlich oder immissionsschutzrechtlich zulässig sind: Denkbar sind Poolingmodelle nicht nur zwischen Eigentümern von Grundstücken innerhalb eines Vorranggebiets oder einer Konzentrationszone, es ist theoretisch ebenso vorstellbar, in einen Flächenpool alle Grundstückseigentümer aller Flächen auf einer oder mehreren Gemarkungen (unabhängig von der Windhöffigkeit oder einer späteren, eventuell von der bauplanungsrechtlichen oder artenschutzrechtlichen abhängigen Unzulässigkeit der Windenergienutzung auf deren Flächen) einzubeziehen. In der Praxis dürfte sich, da sich dadurch der Anteil des einzelnen Eigentümers an den eventuell zu erzielenden Einnahmen reduziert, die Einbeziehung zusätzlicher Flächeneigentümer auf die solcher Flächen beschränken, die für die Windenergienutzung zwingend erforderlich sind, etwa für die Zuwegung zwingend benötigter Grundstücke.

2. Rechtsnatur des Poolingvertrags

Unabhängig von der Rechtsform der Vertragspartner handelt es sich beim Poolingvertrag um einen privatrechtlichen Vertrag und nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, selbst wenn als Grundstückseigentümer juristische Personen des öffentlichen Rechts, wie Gemeinden, Kirchen, Bundesländer oder die Bundesrepublik beteiligt sind. Maßgeblich für eine Zuordnung zum öffentlichen oder Privatrecht ist nicht die Rechtsform der Vertragspartner, sondern der Zuordnung des Vertragsgegenstands.[6] Die gemeinsame Entwicklung von Grundstücken zur Windenergienutzung einschließlich der Auswahl des Realisierungspartners sind dem Privatrecht zuzuordnen. Gleichwohl gelten für die öffentlich-rechtlichen Vertragsparteien teilweise besondere Vorschriften, die diese intern zu beachten haben und deren Handlungsmöglichkeiten nach außen beschränken.

Durch das Flächenpooling bilden die Eigentümer eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nach den §§ 705 ff. BGB.[7]

Im Bereich des Windenergie-Poolings sind zwei Formen einer GbR denkbar und praktikabel: die Innen- und Außengesellschaft.

Die reine Innengesellschaft ist keine Gesamthandsgemeinschaft. Die Gesellschaft tritt als solche nicht nach außen in Erscheinung und nimmt nicht am Rechtsverkehr teil.[8] Sie bildet kein Gesellschaftsvermögen und ist nicht teilrechtsfähig. Ihr fehlt auch eine gemeinsame Vertretung. Dies bedeutet für ein Flächenpooling: Nachdem sich die Eigentümer im Binnenverhältnis auf einen Realisierungspartner geeinigt haben, schließt jeder Eigentümer für sich den mit dem anderen Eigentümern abgestimmten Gestattungsvertrag mit dem Realisierungspartner ab.

Soweit die Gesellschaft auch nach außen auftritt (Außengesellschaft), besitzt sie Rechtsfähigkeit. Sie ist Trägerin von Rechten und Pflichten und muss daher durch einen Vertreter rechtsgeschäftlich handeln können. Neben der Gesamthand werden auch die einzelnen Gesellschafter verpflichtet. Die Gesellschafter haften in diesem Fall mit ihrem Privatvermögen als Gesamtschuldner. Sofern beim Windenergiepooling die Gesellschaft auch nach außen auftreten und damit als solche am Rechtsverkehr teilnehmen soll, empfiehlt sich, trotz des erhöhten Gründungs- und Verwaltungsaufwands eine Rechtsform mit Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen zu wählen (idR: GmbH & Co. KG).[9]

Gesellschafter einer GbR können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, auch die Beteiligung der öffentlichen Hand ist grundsätzlich möglich und folgt allgemeinen Regeln.[10]

Falls eine Gemeinde als Eigentümer beteiligt ist, ist zu beachten, dass die kommunalen Gebietskörperschaften grundsätzlich zwischen allen Formen des Gesellschaftsrechts wählen können. Gemäß § 103 I Nr. 4 GemO BW muss die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt werden. Es muss daher eine Rechtsform gewählt werden, die eine Haftungsbeschränkung vorsieht.

2 *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (Ausg. 12).
3 *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (Ausg. 12).
4 *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (Ausg. 12).
5 *Langenfeld*, ZEV 2010, 17.
6 *Bonk/Neumann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 74 ff. (76).
7 So auch *Langenfeld*, ZEV 2010, 17.
8 *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (45) (Ausg. 12).
9 So auch *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (45) (Ausg. 12).
10 *Forst/Traut*, DÖV 2010, 217.

Bei Kommunen wäre im Übrigen auf das Koppelungsverbot hinzuweisen: Es wäre grundsätzlich unzulässig, wenn die planende Gemeinde die Ausübung ihrer Planungshoheit von Gegenleistungen der Grundstückseigentümer abhängig machen würde.[11]

Bei einer Beteiligung eines Landes an privatrechtlichen Unternehmen sind die jeweiligen Bestimmungen der Landeshaushaltsordnungen zu beachten (zB § 65 LHO BW).[12]

3. Wesentliche Vertragsinhalte des Poolingvertrags

Die wesentlichen Vertragsinhalte des Poolingvertrags ergeben sich aus seinem gemeinsamen Zweck: Durch den Vertrag verpflichten sich die Eigentümer bestimmter Grundstücke als Vertragspartner wechselseitig, eine bestimmte oder zu einem bestimmten Zeitpunkt bestimmbare Fläche (a) zu einem bestimmten Nutzungszweck auf der Grundlage bestimmter Nutzungsbedingungen und für eine bestimmte Zeit (b) nach einem festgelegten Verfahren auszuwählenden Realisierungspartner (c) zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus sollte der Poolingvertrag auch die wesentlichen Regelungen für das Innenverhältnis der Pooling-Vertragspartner (d) und die notwendigerweise identischen Regelungen der bzw. des Gestattungsvertrags mit dem ausgewählten Realisierungspartner (e) sowie weitere vertragliche Regelungen hinsichtlich des Poolingvertrags selbst (f) enthalten.[13]

Im Folgenden sollen diese Vertragsinhalte bezogen auf den Spezialfall eines Windenergie-Poolingvertrags erläutert werden.

a) *Bestimmte oder zu einem bestimmten Zeitpunkt bestimmbare Fläche.* Wesentlich für die Wirksamkeit eines Windenergie-Poolings ist neben der persönlichen Abgrenzung des Geltungsbereichs des Vertrags (hier: die Eigentümer als Vertragspartner) die Abgrenzung des räumlichen Geltungsbereichs des Vertrags. Hierzu ist eine eindeutige vertragliche Definition der vom Vertrag umfassten Fläche erforderlich. Diese muss eindeutig bestimmt oder zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt eindeutig bestimmbar sein. Hierbei sind verschiedene Lösungsvarianten denkbar:

aa) *Grundbuchmäßig bestimmt: Flurstücke.* Am Naheliegendsten dürfte eine Abgrenzung der Poolingfläche anhand der Grenzen der grundbuchmäßig vermessenen Flurstücke bzw. Grundstücke sein. Allerdings erscheint diese Art der Abgrenzung im Falle der Onshore-Windenergienutzung nicht immer zweckmäßig: Häufig dienen windhöffige Bergrücken als Grundstücksgrenzen und ausgehend hiervon ziehen sich die Grundstücke häufig (oft infolge der Realteilung) in schmalen Stücken bis weit in wenig windhöffige Tallagen hinunter, so dass in diesem Fall eine große Zahl an Grundstücken, eine große Zahl an Grundstücksfläche und letztlich auch eine große Zahl an Grundstückseigentümern vom Poolingvertrag erfasst würde. Um letztlich die Zahl der Poolingvertragspartner und die Poolingfläche zu begrenzen, bietet es sich daher an, andere Abgrenzungskriterien zur Bestimmung der Poolingfläche alternativ oder zusätzlich zu nutzen.

bb) *Abgrenzung entlang einer Höhenlinie.* Ebenfalls leicht bestimmbar ist die Abgrenzung der Poolingfläche entlang einer bestimmten Höhenlinie (Isohypse). In die Pooling-Fläche mit einbezogen sind dann alle Flächen von Grundstücken, die jenseits einer bestimmten Isohypse (m. über NN. Seehöhe) liegen. Hierzu bietet es sich an, dem Vertrag eine für alle Vertragsparteien verbindliche GIS-Karte, welche die Abgrenzung verzeichnet, beizufügen.

cc) *Abgrenzung entlang einer Windenergie-Konzentrationszone.* Eine weitere sinnvolle Abgrenzung für eine Windenergie-Poolingfläche wäre die Fläche einer vom kommunalen Planungsträger festgelegten Windenergie-Konzentrationszone. Allerdings ist diese Fläche nicht zwangsläufig eindeutig bestimmbar. Der kommunale Planungsträger ist nicht verpflichtet, die Grenzen seiner Windenergie-Konzentrationszonen grundstücksscharf abzugrenzen.[14] Hinzu kommt, dass zum Zeitpunkt der Pooling-Vereinbarung das Verfahren zur Aufstellung eines (Teil-)FNP-Windkraft bisweilen noch nicht abgeschlossen ist und daher die genauen Grenzen einer Konzentrationszone auch insoweit noch nicht bekannt sind.[15] Auch die Zugrundelegung eines Entwurfs ist denkbar. Entsprechendes gilt auch für entsprechende Planungen der Träger der Regionalplanung (Regionalverbände). Es bietet sich jedoch auch hier an, dem Vertrag eine für alle Vertragsparteien verbindliche topografische Karte, welche die Abgrenzung verzeichnet, beizufügen.

dd) *Abgrenzung anhand einer bestimmten Windhöffigkeits-Grenze.* Ebenfalls denkbar ist die Abgrenzung entlang einer bestimmten Mindestwindhöffigkeitsgrenze, die entweder durch Windmessungen oder in Baden-Württemberg den Windatlas oder andere Berechnungsmethoden bestimmt werden könnte. Letzterer hätte allerdings ebenfalls den Nachteil, dass dessen Grenzen nur rastermäßig bestimmt sind, bei der Windmess-Methode stellt sich die Frage, welchen Sinn es aus wirtschaftlicher Sicht macht, nicht an den Stellen potenzieller Anlagenstandorte zu messen, sondern an Stellen, die nur zur Abgrenzung dienen. Unabhängig davon bietet sich auch hier die Beifügung einer für alle Vertragsparteien verbindlichen GIS-Karte, welche die Abgrenzung verzeichnet, an.

Unabhängig davon ist auch denkbar, Flächen für die Erschließung bereits in die Poolingfläche mit einzubeziehen; alternativ ist es jedoch auch möglich, die Erschließung zu einem späteren Zeitpunkt zu regeln oder dem Realisierungspartner zu überlassen.

ee) *Zwischenfazit.* Unabhängig von der Art der Abgrenzung hängt die Akzeptanz der Poolingfläche entscheidend von der Transparenz, der Nachvollziehbarkeit der Kriterien und dem Vertrauen in die Kriterien ab, die zur Abgrenzung führten. Solange die planungsrechtliche Zulässigkeit einer Windenergienutzung auf der gesamten Poolingfläche noch nicht geklärt ist und es damit möglich erscheint, dass sich Flächen, deren Eignung ursprünglich als gegeben angenommen wurde, infolge späterer Untersuchungen auf der Planungsebene als doch nicht geeignet herausstellen, stellt sich die Frage, wie im Rahmen des Poolingvertrags mit dieser Situation umgegangen werden soll. Denkbar wären zwei grundsätzliche Möglichkeiten: Entweder sollte der Poolingvertrag für diesen Fall eine Regelung enthalten, nach der solche Flächen aus der Poolingfläche automatisch herausgenommen werden oder der Poolingvertrag sieht hierzu keine Regelungen vor. In diesem Fall würde die Poolingfläche identisch bleiben und damit das Risiko bzw. die entsprechenden Mindereinnahmen würden entweder zwischen den Poolingpartnern sozialisiert (Außengesellschaft) oder würden bei den Partnern auftreten, deren Flächenanteile sich dadurch verringern (Innengesellschaft). Da dies eine nicht unerhebliche nachträgliche Konfliktursache darstellt, empfiehlt es sich im Poolingvertrag für diesen Fall eindeutige Regelungen vorzusehen.

11 Ausf. *Reicherzer*, BWGZ 2012, 744 (745).
12 So auch *Pöter*, BWGZ 2012, 824 (826).
13 Siehe auch *Pöter*, BWGZ 2012, 824 (826).
14 *Battis* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 1 Rn. 24.
15 *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (46) (Ausg. 12).

Hinsichtlich des idealen Zeitpunkts für den Abschluss des Poolingvertrags hat sich in der Praxis herausgestellt, dass eine möglichst frühzeitige Einigung vorteilhaft ist, insbesondere solange noch nicht bekannt ist, auf welchem Grundstück genau Windenergieanlagen errichtet werden können.[16]

b) *Zurverfügungstellung zum Nutzungszweck, weitere Nutzungsbedingungen und Nutzungszeit.* aa) *Zurverfügungstellung zur Nutzung gemäß dem Nutzungszweck.* Der dem Poolingvertrag und dem nachfolgenden Gestattungsvertrag zu Grunde liegende Nutzungszweck ist die Zurverfügungstellung der von der Pooling-Vereinbarung umfassten Flächen ausschließlich zum Zweck der Windenergienutzung. Anders als beim (ebenfalls denkbaren) klassischen Pachtvertrag,[17] der zum Gebrauch des Grundstücks einschließlich dem Recht zum Genuss aller Früchte berechtigt, verbleibt beim Pooling- und dem nachfolgenden Gestattungsvertrag zur Windenergienutzung in der Regel das Nutzungsrecht am Grundstück im Übrigen (zB zur Holzernte) beim Eigentümer.[18]

Die Einigung der Pooling-Vertragspartner muss also die Abtretung des Rechts, die Pooling-Fläche der Eigentümer vollumfänglich zum vorgesehenen Nutzungszweck, der Windenergienutzung, beinhalten.

bb) *Allgemeine Nutzungsbedingungen.* Generell ist es im Sinne eines idealen Windparkdesigns, aber auch im wirtschaftlichen Interesse der Pooling-Vertragspartner optimal, keine zusätzlichen Nutzungsbedingungen, welche die Nutzung einschränken, zu vereinbaren (zB Begrenzung der Anlagenzahl und -höhe, Ausschluss der Anlagenerrichtung auf bestimmten Grundstücken, Einschränkungen bei der Nutzung der Grundstücke für die Zuwegung und die Stromableitung). Darüber hinaus müssen sich die Eigentümer zu einem Vorrang der abgetretenen Windenergienutzung gegenüber den übrigen und ihnen verbleibenden Nutzungsarten der Grundstücke verpflichten, dh zum Verzicht auf Nutzungen, welche die Planung und den Betrieb von Windenergieanlagen beeinträchtigen könnten.

Hierunter fallen insbesondere solche Regelungen, die später auf den von den Eigentümern mit dem ausgewählten Realisierungspartner zu schließenden Gestattungsvertrag zwingend durchschlagen und von deren Einhaltung die Wirksamkeit des Gestattungsvertrags abhängt (Wirksamkeitsverknüpfung, s. u.).

cc) *Nutzungszeit.* Hinsichtlich der Begrenzung der Nutzungszeit in den Gestattungsverträgen bietet sich eine Anknüpfung der Geltungsdauer der nachfolgenden Gestattungsverträge mit dem Realisierungspartner an die Betriebsdauer der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung an. Der Beginn der Geltungsdauer des Gestattungsvertrags sollte idealtypischerweise das Datum des Vertragsabschlusses sein (und nicht erst das Datum der Erteilung der Genehmigung).[19]

dd) *Aufteilungsregelung für sämtliche Erträge der Poolingfläche.* Von zentraler Bedeutung für die Vertragspartner ist die Regelung über die Aufteilung sämtlicher Erträge der Poolingfläche zwischen den Grundstückseigentümern.

Hinsichtlich der Regelung zur Aufteilung der Erträge[20] sind verschiedene Möglichkeiten denkbar und auch verhandelbar. Als Verteilungsschlüssel wäre hier denkbar, aber nicht realistisch: Zunächst eine Verteilung dahingehend, dass der oder die Grundstückseigentümer, auf deren Flächen die Anlagenfundamente errichtet werden 100 % der Erträge erhalten sollen. Diese Lösung würde für die beteiligten Grundstückseigentümer einer Lotterie gleichen: Wer die Standfläche der Anlagen hat, gewinnt, alle anderen Flächen gehen leer aus. Das gegensätzliche Extrem wäre eine rein flächenanteilige Aufteilung der Erträge auf alle Poolingmitglieder unabhängig vom letztlichen Standort der Anlagen: In diesem Fall würden die Eigentümer der Flächen, auf denen weiterhin Land- oder Forstwirtschaft betrieben werden kann, faktisch bevorzugt, weil diesen damit anders als den Eigentümern der dauerhaft in Anspruch genommenen Flächen eine zusätzliche Nutzungsmöglichkeit verbliebe.

Realistisch sind daher vermittelnde Lösungen, die beim Anteil des Erlöses zwischen dauerhaft jeglicher anderer Nutzung entzogener Flächen (idR Fundamentfläche und Kranstellfläche) sowie den temporär anderer Nutzung entzogenen und sonstigen Poolingflächen differenzieren. In der Praxis häufig sind Gestaltungen, nach denen den Eigentümern der dauerhaft in Anspruch genommenen Flächen zwischen 40–60 %[21], 60–80 % der Erträge und den übrigen Poolingflächenanteilen zwischen 40 und 60 % der Erträge ausschütten.[22] Diese Verteilungsschlüssel sind häufig Ergebnis komplexer Verhandlungen zwischen den Grundstückseigentümern und werden anschließend Bestandteil des bzw. der Gestattungsverträge mit dem Realisierungspartner.

Grundsätzlich kann bereits im Poolingvertrag im Sinne einer interessengerechten Aufteilung der Erträge unterschieden werden zwischen Flächen, die dauerhaft, zumindest aber für die Dauer des Gestattungsvertrags einer anderen Nutzung entzogen werden (wie zB Fundamentfläche selbst und die ebenfalls dauerhaft freizuhaltende Kranstellfläche; für diese Flächen muss der Realisierungspartner dann auch eine dauerhafte Waldumwandlungsgenehmigung beantragen (§ 9 LWaldG BW), Flächen, die für den Bau der Windenergieanlage benötigt werden und anschließend wieder rekultiviert werden (hier wäre eine befristete Waldumwandlung nach § 11 LWaldG BW zu beantragen) und Flächen, auf denen dauerhaft eine andere, nicht konfligierende Nutzung möglich ist, wie zB: Abstandsflächen, vom Rotor überstrichene Flächen, Baulastflächen.

Insgesamt werden wegen des zwischen den einzelnen Windenergieanlagen erforderlichen Abstands (fünf bis achtfacher Rotordurchmesser) in der Regel nur ein geringer Teil der Poolingfläche dauerhaft der Grundnutzung entzogen.

c) *Wesentliche Regelungen für das Innenverhältnis der Pooling-Vertragspartner, insbesondere das Verfahren zur Auswahl eines Realisierungspartners.* Weiterhin empfiehlt sich, in den Poolingverträgen bereits die grundlegenden Regelun-

16 *Reicherzer*, BWGZ 2012, 744 (745).
17 *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (46) (Ausg. 12).
18 Insoweit wird hier zur Abgrenzung der Begriff „Gestattung" verwendet. Terminologisch etwas ungenau insoweit *Reicherzer*, BWGZ 2012, 744 (745).
19 Für die Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und der erstmaligen Zahlung des Gestattungsentgeltes – meist ab Inbetriebnahme oder Baubeginn einer Windenergieanlage – sollte sowohl der Poolingvertrag als auch der Gestattungsvertrag ein Bereitstellungsentgelt für die Grundstückseigentümer vorsehen, ebenso ein Kündigungsrecht für diese, sofern die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht innerhalb einer vereinbarten Zeitspanne vorliegt oder beantragt wird.
20 Hier empfiehlt es sich, alle, dh sämtliche Erträge aus der abgetretenen Nutzung der Poolinggrundstücke der Aufteilungsregelung zu unterwerfen.
21 Werden die Anlagenstandorte zu hoch eingestuft, erhöht sich die Gefahr, dass es Streit darum gibt, wo die Anlagen errichtet werden. So auch *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (46) (Ausg. 12).
22 *Henties/Amelung*, top agrar 2011, 44 (46) (Ausg. 12), gehen von einer Verteilung von 10–20 % für die Eigentümer der Anlagenstandorte und 80–90 % für die Eigentümer der übrigen Poolingfläche aus. Für eine stärker anlagenstandortorientierte Verteilung: Anm. des Gemeindetags zu *Pöter*, BWGZ 2012, 824 (826) mit Verweis auf *Frey*.

gen für das Binnenverhältnis der Poolingpartner während der Laufzeit des Poolingvertrags zu definieren.

Hierzu zählen insbesondere Regelungen für die zwingend durchzuführenden Verfahrensschritte bei der Auswahl eines Realisierungspartners (Angebotseinholung, Bewertung der Angebote, Vergabemodus), das interne Abstimmungsverfahren bei der Auswahl (Beschlussfähigkeit, Stimmengewichtung nach Flächenanteil oder nach Kopf, Einstimmigkeit oder Mehrheitsentscheidungen) sowie eine Einigung über die wesentlichen Auswahlkriterien, die sich freilich an den ebenfalls zu definierenden notwendig einheitlichen Inhalten des Gestattungsvertrags bis hin zur Entwicklung eines Gestattungsvertragsmusters als Anhang des Poolingvertrags orientieren dürften, sowie die Frage einer Geschäftsführung durch einen Poolingpartner oder die Beauftragung eines (externen) Moderators zur Durchführung des Auswahlverfahrens. Außerdem sollten Regelungen über die Kostentragung der Kosten des Auswahlverfahrens enthalten sein, wobei die Kosten letztlich dem Realisierungspartner auferlegt werden könnten.

Hierbei empfiehlt es sich, sich zunächst über den Kriterienkatalog für die Auswahlentscheidung zu einigen sowie daraus dann die entsprechenden Unterlagen zum Versand an die ebenfalls auszuwählenden Realisierungspartner, die in das Verfahren einbezogen werden sollen, zu entwerfen. Bereits hierbei kann professionelle Hilfe durchaus sinnvoll sein.

d) *Weitere notwendigerweise identische Regelungen der Verträge mit dem Realisierungspartner.* Notwendigerweise identisch in den Verträgen zwischen den Grundstückseigentümern und dem Realisierungspartner sind neben den bereits oben erörterten Verteilungsregelungen zwischen den Grundstückseigentümern vor allem Regelungen über die Zusammensetzung des Gestattungsentgelts sowie hinsichtlich der einheitlichen Laufzeit der Gestattungsverträge sowie über Kündigungs- und Rücktrittsrechte und die Regelung über die Übertragung von Rechten aus dem Gestattungsvertrag an Dritte.

aa) *Regelungen über die Zusammensetzung des Gestattungsentgelts.* Neben der Regelung zur Aufteilung der Erträge zwischen den Grundstückseigentümern (s. o.) kommt der in den Gestattungsverträgen zwingend identischen Regelung der Art und der Höhe des vom Realisierungspartner zu entrichtenden Gestattungsentgelts entscheidende Bedeutung zu.

Üblicherweise setzt sich das unter den Grundstückseigentümern aufzuteilende Gestattungsentgelt aus mehreren Elementen zusammen.

Den wichtigsten Posten dürfte dabei eine Umsatzbeteiligung an sämtlichen durch den Betrieb im Zusammenhang mit dem Betrieb der Windenergieanlage(n) erzielten Erträgen[23] sein. Diese Umsatzbeteiligung beginnt typischerweise erst in dem Monat der Inbetriebnahme der Anlage. Deren Höhe ist grundsätzlich Verhandlungssache und vom erwarteten Ertrag bzw. der erwarteten Rentabilität der Anlage abhängig.[24] Sie lässt sich ergänzen durch die Vereinbarung eines bestimmten Mindestentgelts.[25]

Für die Zeit von Vertragsbeginn bis zur Inbetriebnahme der Anlage werden typischerweise zusätzliche einmalige oder jährliche Pauschalzahlungen vereinbart, ebenso in der Regel einmalig pauschalisierte Entschädigungen für Nachteile im Rahmen der Errichtung der Windenergieanlagen einschließlich der Stromableitungstrassen[26] pro Quadratmeter.

Ebenso muss die Fälligkeit der verschiedenen Entgelte im Vertrag definiert werden.

bb) *(Einheitliche) Laufzeit der Gestattungsverträge.* Ebenfalls zwingend erscheint die Festlegung einer einheitlichen Laufzeit der Gestattungsverträge, an die wiederum die Vertragsdauer des Poolingvertrags (s. u.) geknüpft werden kann.

cc) *Regelungen zu Kündigung und Rücktritt des/vom Gestattungsvertrag(s).* Ebenfalls einheitlich sollten die Regelungen des Gestattungsvertrags hinsichtlich Kündigung und Rücktritt sein.

dd) *Übertragung der Rechte aus dem Gestattungsvertrag an Dritte.* Bestandteil aller Gestattungsverträge sollte auch die Regelung sein, dass eine Übertragung der Rechte aus den Gestattungsverträgen an Dritte durch den Realisierungspartner nur mit Zustimmung der Grundstückseigentümer und einheitlich für die gesamte Poolingfläche erfolgen kann.

e) *Vertragliche Regelungen bezüglich des Poolingvertrags selbst.* aa) *Laufzeit des Poolingvertrags.* Die Vertragsparteien sollten auch eine Regelung hinsichtlich der Laufzeit des Poolingvertrags treffen. In der Praxis denkbar sind zwei Gestaltungsvarianten: Einerseits könnte die Laufzeit des Poolingvertrags mit der Unterzeichnung des (letzten) Gestattungsvertrags durch Erfüllung enden, andererseits erscheint es auch denkbar, die Laufzeit des Poolingvertrags an die des Gestattungsvertrags (oder darüber hinaus) zu knüpfen. Zwar könnte man in der Situation der reinen Innengesellschaft, in der Realisierungspartner mit jedem Poolingpartner einen (wesentlich inhaltsgleichen) Gestattungsvertrag schließt und die Erträge jedem Partner entsprechend des festgelegten Verteilungsschlüssels ausschüttet, daran denken, die Laufzeit des Poolingvertrags bereits mit dem Abschluss des letzten Gestattungsvertrags enden zu lassen. Aber davon ist abzuraten, denn eine Verknüpfung der Laufzeit des Poolingvertrags mit dem Gestattungsvertrag bietet sich nicht nur dann an, wenn die Poolingpartner eine gemeinsame Verwaltung oder eine Binnengesellschaft[27] gründen, um die Erträge zu verwalten oder weitergehende Gesellschaftszwecke verfolgen, sondern auch in der erstgenannten Situation, um weiter gemeinschaftlich aufzutreten zu können und eine Umsetzung der Gestattungsverträge gemeinschaftlich kontrollieren zu können. Vor allem können so nachträgliche, auf Druck des Realisierungspartners erfolgende Änderungen an den Gestattungsverträgen mit den einzelnen Poolingvertragspartnern wirksam verhindert werden.

bb) *Kündigungsregelung.* Die Vereinbarung sollte auch eine Regelung über die Möglichkeit zur Kündigung des Poolingvertrags durch einen Vertragspartner enthalten. Stets möglich muss dabei die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 723 I 1 BGB)[28] sein. Im Falle der Störung der Geschäftsgrundlage ist entsprechend der Regelung des § 313 I BGB zunächst eine Lösung über eine Anpassung zu suchen. Erst wenn eine Anpassung unmöglich oder unzumutbar wäre, tritt nach § 313 III 2 BGB ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ein.[29] Ein wichtiger Grund könnte in dieser Situation ins-

23 Diese setzen sich insb. aus den Umsätzen für den Verkauf des Stroms nach EEG und eventuellen geleisteten Entschädigungszahlungen von Dritten (zB Versicherungen, Anlagenhersteller) für Betriebsunterbrechungen zusammen. Bei Umsätzen „im Zusammenhang mit dem Betrieb der Windenergieanlage“ wäre etwa an Einnahmen durch Betriebsführungen u. dgl. zu denken, bei denen die Grundstücke der Eigentümer ebenfalls genutzt werden.

24 Sie schwankt in Mittelgebirgslagen zwischen 4 % und 10 %.

25 Bezugsgröße für dieses Mindestentgelt kann die installierte Nennleistung oder die Zahl der Windenergieanlagen sein. Dieses bewegt sich zwischen 8000–20.000 Euro je installierter MW Nennleistung.

26 Zum Beispiel auf Grund von Rodungen oder Ernteverlusten bei landwirtschaftlichen Flächen.

27 Etwa in Form einer BGB-Gesellschaft, einer GmbH oder einer Genossenschaft.

28 Vgl. hierzu BeckOK BGB/*Schöne*, 30. Ed. 2014, § 723 Rn. 17.

besondere darin liegen, dass der ausgewählte Realisierungspartner die wesentlichen Regelungen für den Gestattungsvertrag nicht akzeptiert.

cc) *Vertragsstrafe*. Denkbar ist darüber hinaus eine (neben dem gesetzlichen Schadensersatzanspruch geltende) Vertragsstrafenregelung für vertragsbrüchiges Verhalten. Die Vertragsstrafe hat eine Präventivfunktion.[30] Sie soll künftige Pflichtverletzungen verhindern und die Erfüllung der Vertragspflichten (§§ 339 – 341 BGB) oder die Vornahme oder Unterlassung von bestimmten Handlungen sicherstellen, indem sie den Verpflichteten möglichst wirkungsvoll unter Druck setzt. Entscheidend ist dabei die Höhe der Vertragsstrafe: Sie sollte nicht zu niedrig sein, weil sie zur Vertragstreue erziehen soll, aber auch nicht zu hoch. Die Vereinbarung einer überhöhten Vertragsstrafe kann nach § 138 I BGB sittenwidrig sein.[31] Denkbar wäre eine Orientierung an der eingebrachten Fläche im Verhältnis zur Gesamtfläche.

dd) *Wirksamkeitsverknüpfung*. Um sicherzustellen, dass insbesondere der Verteilungsschlüssel, auf den sich die Eigentümer geeinigt haben, umgesetzt wird, werden die Gestattungsverträge, die von den Eigentümern jeweils separat abzuschließen sind, unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass alle Poolingpartner einen der Poolingvereinbarung entsprechenden Gestattungsvertrag schließen.

ee) *(Einfache) Nachfolgeklausel*. Wenn die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Mitglieds nicht aufgelöst werden soll, was die gesetzliche Folge der §§ 723 ff. BGB wäre, ist im Poolingvertrag zu regeln, dass die Rechte und Pflichten aus dem Poolingvertrag beim Tod eines Poolingpartners auf dessen Erben übergehen sollen oder bei Veräußerung des Grundstücks dem Erwerber auferlegt werden (einfache Nachfolgeklausel).[32]

ff) *Schlussvorschriften*. Als klassische Schlussvorschrift empfiehlt sich auch für den Poolingvertrag als salvatorische Klausel eine Erhaltungs- und eine Ersetzungsklausel,[33] welche die Vertragspartner zusätzlich verpflichtet, eine der unwirksamen oder undurchführbaren Klausel möglichst nahekommende Regelung zu finden.

Darüber hinaus empfehlen sich eine Schriftformklausel[34] und eine Gerichtsstandvereinbarung.[35]

IV. Die Umsetzung des Poolingvertrags nach Unterzeichnung in der Praxis

Nachdem der Poolingvertrag von allen Grundstückseigentümern unterzeichnet wurde, kann mit deren Umsetzung begonnen werden, in der Regel beginnend mit der Vorbereitung der Angebotseinholung durch die Erstellung von Angebotsunterlagen zum Versand an einen auszuwählenden Kreis potenzieller Realisierungspartner. Zu diesen Unterlagen zählt insbesondere auch eine präzise Karte der die Poolingfläche mit den verschiedenen Grundstücken der Poolingpartner abbildet. Ebenso Teil der Angebotsunterlagen sollte – soweit bereits vorhanden – ein Muster des Gestattungsvertrags oder zumindest seiner wesentlichen Regelungen sein, den die Poolingvertragspartner mit dem Realisierungspartner abzuschließen gedenken. Für die spätere interne Bewertung der eingehenden Angebote empfiehlt es sich bereits vor der Angebotseinholung einen gemeinsamen Kriterienkatalog zu entwickeln, anhand dessen später die eingehenden Angebote bewertet werden können. Aus Beweissicherungsgründen empfiehlt sich hier eine schriftliche Dokumentation der Einigung nebst der Kriterien. Denkbare Bewertungskriterien können zB sein: Qualifikation bzw. Referenzen des Realisierungspartners, die Qualität der konkreten Projektvorbereitung und nicht zuletzt das für die Nutzung gebotene Entgelt.

Schließlich ist festzulegen, wer die Bewertung der Angebote durchführt und deren Ergebnis gegebenenfalls in Form eines Rankings vorstellt. Um sich eine abschließendes Bild von den interessierten Realisierungspartnern machen zu können, kann es von Vorteil sein, wenn die Poolingpartner eine Vorauswahl treffen und die vorausgewählten Realisierungspartner zu einer persönlichen Vorstellung einladen.

In der Praxis bereitet den Poolingvertragspartnern die Einigung auf bestimmte Bewertungskriterien sowie die anschließende Bewertung der Angebote und die Schlussverhandlung mit den vorausgewählten Realisierungspartnern wegen des Rollenkonflikts zwischen Poolingvertragspartnern im Innenverhältnis und der Verhandlung mit professionellen Realisierungspartnern im Außenverhältnis häufig Schwierigkeiten, weshalb sich die Hinzuziehung eines auch juristisch fachkundigen externen Moderators empfehlen könnte.

Nach der Einigung der Poolingpartner auf einen Realisierungspartner kann mit diesem der Gestattungsvertrag verhandelt und abgeschlossen werden.

V. Fazit

Die Bildung eines Flächenpools ist für alle Beteiligten eine Herausforderung und bedeutet vor allem zu Beginn einen höheren Aufwand, als eine Alleinvermarktung der Flächen. Allerdings ergeben sich durch die Zusammenarbeit mit anderen Grundstückseigentümern auch zahlreiche Vorteile und damit nicht zuletzt eine höhere Wahrscheinlichkeit, ein gutes wirtschaftliches Ergebnis zu erzielen.

Gerade weil derartige Poolingverträge häufig „Neuland" für die Grundstückseigentümer sind und sie in der Regel professionellen Realisierungspartnern gegenüberstehen, empfiehlt sich hier die Hinzuziehung eines erfahrenen Beraters und Moderators. ■

29 MüKoBGB/*Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 723 Rn. 4.
30 *BGHZ* 49, 84 = NJW 1968, 149.
31 *OLG Nürnberg*, BB 2010, 646 = BeckRS 2010, 01746.
32 BeckOK BGB/*Müller-Christmann* (o. Fn. 28), § 722 Rn. 74 ff.
33 *Schöne* in *v. Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 34. EL 2013, Rn. 339 ff.
34 *Hänsel* in *v. Westphalen* (o. Fn. 33), Rn. 99.
35 *Thüsing* in *v. Westphalen* (o. Fn. 33), Rn. 1 ff.