

AusglLeistG § 3; FlErwV §§ 1, 12; SubvG § 5

**1. Die Errichtung von Windkraftträdern löst kein Wiederkaufsrecht nach § 12 Abs. 4 FlErwV aus. In Betracht kommt nur ein Rücktrittsrecht unter den in § 12 Abs. 1 FlErwV genannten Voraussetzungen.**

**2. Die vollständige oder teilweise Einbeziehung der verkauften Flächen in ein Windeignungsgebiet löst ein Wiederkaufsrecht der BVVG § 12 Abs. 4 Satz 1 FlErwV in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 2 und Satz 5 FlErwV nicht aus.**

**3. Eine Regelung in einem Kaufvertrag gemäß § 3 AusglLeistG, nach der der Erwerber die für die Bestellung eines dinglichen Rechts zur Absicherung der Befugnis eines Betreibers zu Errichtung und Betrieb von Windkraftträdern an den veräußerten Flächen nach § 12 Abs. 3 Satz 1 FlErwV erforderliche Zustimmung unabhängig von der Gefährdung oder Nichtgefährdung der Zweckbindung nur verlangen kann, wenn er die BVVG an den Vertragsverhandlungen mit dem Betreiber beteiligt, ihr alle Unterlagen zur Verfügung stellt und ihr den überwiegenden Teil der Entschädigung auskehrt, die er von dem Betreiber erhält, ist nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.**

(Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urt. v. 14. 9. 2018 – V ZR 12/17

Vorinstanz: KG Berlin, Beschl. v. 21. 12. 2016 – 28 U 7/15

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger kaufte mit notariellem Vertrag vom 26. 8. 2005 (fortan: Kaufvertrag oder KV) von der beklagten BVVG (fortan: BVVG) landwirtschaftliche Flächen in Mecklenburg-Vorpommern mit einer Gesamtgröße von 71,01 Hektar nach § 3 Abs. 5 AusglLeistG für insgesamt 187.956,32 EUR, davon preisbegünstigt 64,2597 Hektar. Der Kaufvertrag regelt in § 10 Abs. 7 ein der Vorschrift des § 12 Abs. 4 FlErwV entsprechendes, dort allerdings ohne inhaltlichen Unterschied als Rückkaufsrecht bezeichnetes Wiederkaufsrecht (fortan einheitlich für das vertragliche Recht und die gesetzliche Vorgabe: Wiederkaufsrecht). Nach § 10 Abs. 5 KV kann der Kläger von der BVVG die Zustimmung zur Nutzung oder Zurverfügungstellung von Teilen der verkauften Flächen als Standort oder Abstandsflächen für die Errichtung von Anlagen für erneuerbare Energien, insbesondere Windkraftanlagen verlangen, wenn er

– die BVVG in die Verhandlungen mit dem Betreiber einbezieht, um insbesondere die Fragen der Zahlungsmodalitäten sowie der durch den Anlagenbetreiber zu stellenden Sicherheiten für den Rückbau der geplanten Anlagen zu regeln,

– der BVVG einen Betrag von 75 % des auf die Gesamtnutzungsdauer der Anlage kapitalisierten, von dem Betreiber der Anlage an den Kläger gezahlten Entschädigungsbetrages, mindestens aber 75 % des üblicherweise für die Errichtung vergleichbarer Anlagen an vergleichbaren Standorten gezahlten Betrages, jeweils abzüglich eines Bewirtschafter-/Pächterentschädigungsanteils von bei Windenergieanlagen 15 % zahlt,

– der BVVG einen entsprechenden weiteren Entschädigungsbetrag zahlt, wenn innerhalb der Laufzeit des Veräußerungsverbot weitere oder leistungsstärkere Anlagen errichtet werden oder die Laufzeit verlängert wird,

– der BVVG unverzüglich die Unterlagen zur Verfügung stellt, die für die Feststellung des ihr zustehenden Betrages erforderlich und zweckdienlich sind.

Der Kläger teilte der BVVG mit Schreiben vom 24. 2. 2014 seine Absicht mit, einem Betreiber von Windkraftanlagen das Aufstellen von drei Windrädern zur Erzeugung von Windenergie (fortan Windkraftträder) unter Inanspruchnahme einer Gesamtfläche von 0,9711 Hektar – das entspricht 1,41 % der erworbenen Fläche – zu gestatten, und bat um Bestätigung, dass weitere Ansprüche seitens der BVVG wegen der Unwesentlichkeit der beanspruchten Fläche nicht geltend gemacht würden. Mit Schreiben vom 11. 3. 2014 teilte die BVVG mit, dass die für die Windkraftträder benötigten Flächen im Verhältnis zur erworbenen Gesamtfläche gering seien, bestand aber auf der Einhaltung der Regelungen in § 10 Abs. 5 KV und insbesondere auf den darin festgelegten Entschädigungszahlungen.

Der Kläger will festgestellt wissen, dass er nicht verpflichtet ist, 1. die BVVG in die Verhandlungen mit dem Anlagenbetreiber einzubeziehen, 2. ihr alle vertragsrelevanten Unterlagen zur Verfügung zu stellen, 3. ihr den in § 10 Abs. 5 KV festgelegten Anteil an dem von dem Betreiber für Errichtung und Betrieb der Windkraftträder gezahlten Entschädigungsbetrag auszukehren und 4. ihr eine weitere Entschädigung bei Verlängerung der ursprünglich vorgesehenen Nutzungsdauer oder bei einer Erweiterung der Gestattung zu zahlen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der BVVG hat das Kammergericht unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels die Feststellung zu 2. auf Unterlagen beschränkt, die zur Ermittlung des Entschädigungsbetrages erforderlich sind. Ferner hat es der im Wege der Anschlussberufung erweiterten Klage auf Feststellung, dass der BVVG aufgrund der beabsichtigten Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung von 0,9711 Hektar der erworbenen Gesamtfläche von 71,01 Hektar weder ein Recht zum Rücktritt im Sinne von § 10 Abs. 2 KV noch ein Wiederkaufsrecht „im Sinne von § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6 FlErwV“ zusteht, hinsichtlich des Rücktrittsrechts stattgegeben, sie aber hinsichtlich des Wiederkaufsrechts

abgewiesen. Das Kammergericht hat die Revision zugelassen, „weil die Rechtsfragen zur Auslegung von § 1 FlErwV noch nicht höchstrichterlich geklärt sind und eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen betreffen.“ Der Kläger wendet sich mit seiner Revision gegen die Abweisung des Feststellungsantrags zum Wiederkaufsrecht. Die BVVG wendet sich gegen ihre Verurteilung mit der Revision, für den Fall, dass diese nicht zugelassen sein sollte, auch mit der Nichtzulassungsbeschwerde und der Anschlussrevision. Die Parteien beantragen die Zurückweisung der Rechtsmittel der jeweils anderen Partei.

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u. a. in AUR 2017, 51 veröffentlicht ist, hält die negative Feststellungsklage und ihre Erweiterung im Berufungsrechtszug für zulässig. Die Klage sei aber nur teilweise begründet.

Der BVVG stehe für den Fall, dass die von dem Kläger erworbenen Flächen als Windeignungsgebiet ausgewiesen würden und der Kläger aufgrund dessen Teile der Grundstücke in der von ihm bezeichneten Größe für das Aufstellen von Windkraftanlagen nutzen könnte, zwar kein Rücktrittsrecht gemäß § 10 Abs. 2 KV, wohl aber ein Wiederkaufsrecht gemäß § 10 Abs. 7 KV zu. Ein Rücktrittsrecht der BVVG scheitere an dem geringen Umfang der für die drei Windkraftanlagen in Anspruch zu nehmenden Fläche. Bei dem Wiederkaufsrecht liege es dagegen anders. Dieses unterliege nach § 307 Abs. 3 BGB nicht der AGB-Kontrolle, weil sich seine Bedingungen aufgrund einer entsprechenden Verweisung im Kaufvertrag nach den Vorschriften der § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6, § 12 Abs. 4 FlErwV richteten. Danach komme es nicht darauf an, ob die für andere als landwirtschaftliche Zwecke genutzten Teile der angekauften Fläche wesentlich seien, sondern nur darauf, ob sie für in dieser Vorschrift genannte Zwecke „nutzbar werden“. Diese Voraussetzung werde auch mit dem Erlass einer Regionalplanung erfüllt, die das Aufstellen von Windkraftanlagen auf den Grundstücken des Klägers ermögliche. Durch das Wiederkaufsrecht nach der Flächenerwerbsverordnung solle sichergestellt werden, dass Vorteile, die durch eine planungsrechtlich möglich werdende, wirtschaftlich ertragreichere Nutzung entstünden, nicht bei den Erwerbern verblieben.

Die in § 10 Abs. 5 KV vorgesehenen Regelungen unterlägen allerdings einer AGB-Kontrolle. Sie stellten Allgemeine Geschäftsbedingungen dar und fänden weder im Ausgleichsleistungsgesetz noch in der Flächenerwerbsverordnung eine Grundlage. Sie hielten der Kontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB im Wesentlichen nicht stand, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abwichen, nicht zu vereinbaren seien. Die Verpflichtung des Klägers zur Einbeziehung der BVVG in die Vertragsverhandlungen sei ein gravierender Eingriff in die Vertragsfreiheit des Klägers. Die Entschädigungsregelungen in § 10 Abs. 5 KV führten zu einer Wertabschöpfung, die sowohl im Ausgleichsleistungsgesetz (§ 3 Abs. 10 AusglLeistG) als auch in der Flächenerwerbsverordnung

nur für den Fall der Veräußerung von erworbenen Flächen, nicht dagegen bei anderen Verfügungen vorgesehen sei. Nach § 12 Abs. 3 FlErwV habe die BVVG solchen Verfügungen zuzustimmen, wenn die Zweckbindung nicht gefährdet werde. Die BVVG könne nach den gesetzlichen Regelungen nur zwischen dem Rückkauf und der entschädigungslosen Zustimmung wählen. Die Verpflichtung zur Vorlage aller relevanten Unterlagen gehe über die gesetzlichen Vorschriften hinaus, soweit diese Unterlagen zur Ermittlung der Entschädigung dienten, auf die die BVVG keinen Anspruch habe. Insoweit sei die von dem Landgericht getroffene Feststellung allerdings zu präzisieren.

II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nur teilweise stand.

#### A. Revision des Klägers

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Der BVVG stehe wegen der beabsichtigten Änderung der Nutzung der nach § 3 AusglLeistG erworbenen landwirtschaftlichen Flächen zur Windenergiegewinnung ein Wiederkaufsrecht im Sinne von § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6, § 12 Abs. 4 FlErwV nicht zu.

1. Der Kläger hat zum Gegenstand seines Feststellungsantrags zwar ein „Wiederkaufsrecht im Sinne des § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6 FlErwV“ gemacht, das in der in Bezug genommenen Vorschrift nicht geregelt ist. Gemeint ist aber ersichtlich das nach § 12 Abs. 4 FlErwV in den Kaufvertrag mit dem Erwerber aufzunehmende und mit § 10 Abs. 7 in den Kaufvertrag der Parteien aufgenommene Wiederkaufsrecht, die beide den Wiederkaufstatbestand unter Verweisung auf § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6 FlErwV beschreiben.

2. Dieses Wiederkaufsrecht wird entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts weder dadurch ausgelöst, dass auf der verkauften landwirtschaftlichen Fläche Windkraftanlagen errichtet werden, noch dadurch, dass die verkauften Flächen in ein Windeignungsgebiet einbezogen werden.

a) Nach § 10 Abs. 7 Buchstabe a Unterabs. 1 KV in der hier einschlägigen ersten Alternative setzt das Wiederkaufsrecht voraus, dass gemäß § 3 AusglLeistG verkaufte Flächen nach Abschluss des Kaufvertrages und vor Ablauf der Bindungsfrist für einen der in § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6 FlErwV genannten Zwecke nutzbar werden. Wann das der Fall ist, bestimmt sich nicht nach einer autonomen Auslegung des Vertrages, sondern nach der dieser vertraglichen Regelung zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmung in § 12 Abs. 4 FlErwV.

Die BVVG ist nämlich bei der Ausgestaltung der Bedingungen der Kaufverträge zur Umsetzung der Erwerbsmöglichkeit nach § 3 AusglLeistG nicht frei. Hierbei handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe. Mit deren Wahrnehmung war die BVVG bei Abschluss des Vertrages mit dem Kläger und ist sie nach wie vor als Privatisierungsstelle gemäß dem heutigen § 14 Satz 1 FlErwV beauftragt. Nimmt der Staat eine solche Aufgabe – wie hier – in den Formen des Privatrechts wahr (sog. „Verwaltungs-

privatrecht“), stehen ihm nur die privatrechtlichen Rechtsformen, nicht aber die Freiheiten und Möglichkeiten der Privatautonomie zu. Demgemäß kann sich die zuständige Verwaltungsbehörde – hier die BVVG als Privatisierungsstelle – den für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe bestehenden gesetzlichen Vorgaben nicht durch den Hinweis auf die Grundsätze der Privatautonomie entziehen. Insbesondere kann sie die Bedingungen für die Gewährung von Subventionen und ähnlichen Vergünstigungen nicht privatautonom, also abweichend von den gesetzlich festgelegten Voraussetzungen bestimmen. Die in einem dem Verwaltungsprivatrecht zuzuordnenden Vertrag vereinbarten vertraglichen Regelungen sind deshalb im Zweifel so auszulegen, dass sie mit den Anforderungen der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlagen in Übereinstimmung stehen (vgl. zum Ganzen: Senat, Urt. v. 4. 5. 2007 – V ZR 162/06, ZOV 2007, 30 [Rdnr. 9 f.]), hier also mit § 3 AusglLeistG und § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6, § 12 Abs. 4 FlErwV.

b) Die Errichtung von Windkraftträdern löst kein Wiederkaufsrecht nach § 12 Abs. 4 FlErwV aus. In Betracht kommt nur ein Rücktrittsrecht unter den in § 12 Abs. 1 genannten Voraussetzungen.

aa) Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 1 FlErwV stehen zwar Flächen, die (vor Vertragsschluss) für andere als land- oder forstwirtschaftliche Zwecke genutzt werden – das wären hier die für die Windkraftträder jeweils benötigten Standflächen –, nicht für den Flächenerwerb nach § 3 AusglLeistG zur Verfügung. Auf diese Alternative der Vorschrift wird aber weder in § 12 Abs. 4 FlErwV noch in § 10 Abs. 7 Buchstabe a Unterabs. 1 KV Bezug genommen. Sowohl die Regelung in dem Kaufvertrag der Parteien als auch die Gestaltungsvorgabe in § 12 Abs. 4 FlErwV machen das Wiederkaufsrecht der BVVG vielmehr davon abhängig, dass die verkauften Flächen für andere Zwecke „nutzbar werden“. Es soll nur bestehen, wenn die verkauften Flächen, die in aller Regel im Außenbereich (§ 35 BauGB) liegen, für einen der in § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6 FlErwV genannten Zwecke nutzbar, insbesondere zu Bauland werden.

bb) Die Änderung der tatsächlichen Nutzung soll kein Wiederkaufsrecht, sondern, wie sich aus der besonderen Verordnungsermächtigung in dem heutigen § 4 Satz 2 Nr. 3 AusglLeistG ergibt, „nur“ das Rücktrittsrecht auslösen, dessen Bedingungen der Verordnungsgeber in § 12 Abs. 1, 7 und 10 FlErwV a. F. entsprechend den Geboten der Verhältnismäßigkeit festgelegt hat. Dieses ist in seinen wesentlichen Elementen, vor allem bei der Bestimmung der Rücktrittsschwelle – Rücktritt nur bei einer Änderung der Nutzung von wesentlichen Teilen der verkauften Flächen – anders ausgestaltet und schließt die Anwendung der Regelung über den Wiederkauf aus. Aus dem Umstand, dass die Bundesregierung in der Erläuterung des heutigen § 3 Abs. 10 Satz 7 AusglLeistG ausgeführt hat, eine „Umnutzung“ von Flächen im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 4 FlErwV liege auch vor, wenn Flächen für Windenergieanlagen vermietet werden sollten (BT-Drs. 16/8152, S. 17), folgt entgegen der Auffassung der BVVG nichts anderes. Die erläuterte Regelung erlaubt der BVVG, die Genehmigung einer

Veräußerung während der Bindungsfrist von (heute) 15 Jahren und eine vorzeitige Lösung von der Zweckbindung gemäß dem heutigen § 12 Abs. 3a FlErwV bei einer Umnutzung von höheren Zahlungen abhängig zu machen. Hier geht es aber weder um eine Veräußerung der preisbegünstigt erworbenen Flächen vor Ablauf der Bindungsfrist noch um eine vorzeitige Lösung des Klägers von der – hier zudem ohnehin in Kürze auslaufenden – Zweckbindung. Der Kläger will die landwirtschaftliche Nutzung seiner von der BVVG nach § 3 AusglLeistG verbilligt erworbenen Flächen im Wesentlichen unverändert fortsetzen und nur die für die Windkraftträder vorgesehenen Standflächen für ein im Außenbereich privilegiert zulässiges Vorhaben – Erzeugung von Windenergie – nutzen.

c) Die vollständige oder teilweise Einbeziehung der verkauften Flächen in ein Windeignungsgebiet löst ein Wiederkaufsrecht der BVVG nach § 10 Abs. 7 KV, § 12 Abs. 4 Satz 1 FlErwV in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 2 und Satz 5 FlErwV nicht aus.

aa) Danach steht der BVVG das Wiederkaufsrecht zu, wenn die verkauften Flächen zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags und dem Ende der Bindungsfrist im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 2 FlErwV für eine andere Nutzung vorgesehen werden. Das wiederum ist nach § 1 Abs. 2 Satz 5 FlErwV der Fall, wenn in diesem Zeitraum für sie in dem Flächennutzungsplan eine andere als land- oder forstwirtschaftliche Nutzung dargestellt wird, wenn sie nach §§ 30, 33 oder 34 BauGB oder nach § 7 des früheren Maßnahmengesetzes zum Baugesetzbuch anders als land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden können oder wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Bauleitplan, eine Satzung über den Vorhaben- und Erschließungsplan oder eine sonstige städtebauliche Satzung aufzustellen und der künftige Bauleitplan oder die Satzung eine andere als land- oder forstwirtschaftliche Nutzung darstellt, festsetzt oder bezweckt.

bb) Zu diesen Plänen gehört die Einbeziehung einer landwirtschaftlichen Fläche im Außenbereich in ein Windeignungsgebiet nach § 7 Abs. 3 Nr. 3 ROG, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht. Sie kann solchen Plänen entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht gleichgestellt werden.

(1) Mit der Beschränkung des gegenständlichen Anwendungsbereichs des Erwerbsrechts nach § 3 AusglLeistG in § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 2 und Satz 5 FlErwV einerseits und dem an diese Beschränkung tatbestandlich anknüpfenden Wiederkaufsrecht nach § 12 Abs. 4 FlErwV andererseits soll erreicht werden, dass planungsrechtlich aufgewertete Flächen nicht verbilligt abgegeben, sondern von der BVVG bestmöglich verwertet werden.

(a) Der Verordnungsgeber wollte mit der Regelung in § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 2 und Satz 5 FlErwV verhindern, dass landwirtschaftliche Flächen, die bis zum Abschluss des Kaufvertrags als Bauflächen oder Baugebiete nach § 1 Abs. 1 und 2 BauNVO ausgewiesen worden sind, nach § 3 AusglLeistG Erwerbsberechtigte verkauft werden (Begründung des zweiten, verabschiedeten Entwurfs der Verordnung in BR-Drs. 741/95,

S. 30). Der Verkauf solcher Flächen verfehlte nämlich das Ziel des Erwerbsrechts nach § 3 AusglLeistG. Es soll den Erwerbsberechtigten die Möglichkeit geben, den Bestand der von ihnen neu oder wieder eingerichteten oder noch einzurichtenden landwirtschaftlichen Betriebe durch den verbilligten Erwerb landwirtschaftlicher Flächen dauerhaft abzusichern (BT-Drs. 12/7588, S. 16). Das ist aber mit der verbilligten Abgabe land- oder forstwirtschaftlicher Flächen nicht zu erreichen, die schon vor dem Verkauf an den Erwerbsberechtigten baulich oder anders höherwertig nutzbar geworden sind. Solche Flächen könnten zwar weiterhin land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden. Gerade ihre planungsrechtliche Aufwertung löst aber einen sehr großen und nachhaltigen Anreiz aus, diese Flächen nach Auslaufen der Bindungsfrist der planungsrechtlich möglichen, höherwertigen Nutzung zuzuführen. Es ist deshalb zu erwarten, dass sie nicht dauerhaft für die landwirtschaftlichen Betriebe genutzt werden und der mit ihrer verbilligten Abgabe angestrebte Effekt, dass der Bestand der land- und forstwirtschaftlicher Betriebe der Erwerbsberechtigten durch eigene landwirtschaftliche Flächen dauerhaft gesichert wird, nicht eintritt. Solche Grundstücke sollen nicht im Rahmen von § 3 AusglLeistG verbilligt an Erwerbsberechtigte abgegeben, sondern im Rahmen der allgemeinen Aufgabe der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben und der von ihr damit beauftragten BVVG zur Privatisierung ehemals volkseigener insbesondere land- und forstwirtschaftlicher Flächen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 TreuhG, §§ 1 und 3 der 3. DVO zum TreuhG) ohne Preisbindungen und ohne besondere Erwerbsvorrechte einzelner Personen verwertet werden.

(b) An diesem Ziel ist auch das Wiederkaufsrecht nach § 12 Abs. 4 FlErwV ausgerichtet. Wenn die BVVG ihr Wiederkaufsrecht nach § 12 Abs. 4 Satz 1 FlErwV ausübt, muss sie nämlich nach Satz 2 dieser Vorschrift dem Erwerber den Erwerb anderer nicht planungsrechtlich aufgewerteter land- oder forstwirtschaftlicher Flächen ermöglichen und ihm einen angemessenen Ausgleich für dadurch etwa entstehende Nachteile leisten. Anders als beim Rücktrittsrecht (vgl. § 12 Abs. 7 FlErwV a. F.; entspricht dem heutigen § 12 Abs. 3a Sätze 1, 3 und 4 FlErwV) ist eine Ablösung des Wiederkaufsrechts durch Zahlung der Differenz zwischen dem verbilligten Erwerbspreis und dem Verkehrswert im Zeitpunkt der möglichen Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht vorgesehen. Die Norm zielt vielmehr darauf, der BVVG die Möglichkeit zu geben, planungsrechtlich aufgewertete land- oder forstwirtschaftliche Flächen durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts gewissermaßen zurückzuholen, sie durch planungsrechtlich nicht aufgewertete land- oder forstwirtschaftliche Flächen zu ersetzen und die zurückgeholten aufgewerteten Flächen ebenso wie die Flächen, die sie wegen einer bereits eingetretenen planungsrechtlichen Aufwertung nicht verkaufen soll, im Rahmen ihres allgemeinen Privatisierungsauftrags und ohne die erwähnten Beschränkungen zu verwerten.

(2) Die Gefahr, der die Beschränkung des gegenständlichen Anwendungsbereichs des Erwerbsrechts in § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 2 und Satz 5 FlErwV einerseits und das Wiederkaufsrecht

nach § 12 Abs. 4 FlErwV andererseits begegnen sollen, nämlich dass Flächen infolge einer planungsrechtlichen Aufwertung nicht mehr dauerhaft und nachhaltig land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden, besteht bei Flächen nicht, die in ein Windeignungsgebiet einbezogen werden.

(a) Die land- und forstwirtschaftlichen Flächen, die nach § 3 AusglLeistG verbilligt an Erwerbsberechtigte verkauft werden sollen, liegen normalerweise im Außenbereich. Flächen im Außenbereich sind sehr eingeschränkt, nämlich im Grundsatz nur für die in § 35 Abs. 1 BauGB genannten privilegiert zulässigen Vorhaben baulich nutzbar. Die grundsätzliche Zulässigkeit der nach dieser Vorschrift im Außenbereich privilegierten Vorhaben wird in § 1 Abs. 2 Satz 5 FlErwV nicht als Fall einer planerischen Aufwertung genannt, weil sie für alle Flächen zutrifft, die nach § 3 AusglLeistG verbilligt an Erwerbsberechtigte verkauft werden sollen (vgl. *Klose*, AUR 2017, 55 [60 f.]). Da es auf die planungsrechtliche Aufwertung der Flächen ankommt, ist es auch ohne Belang, dass die Errichtung von Windkraftträdern – ebenso wie die anderen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert zulässigen Vorhaben – eine Baugenehmigung und gegebenenfalls noch weitere Genehmigungen erfordert. Die Verwirklichung eines nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert zulässigen Vorhabens ist nicht Ausdruck einer planungsrechtlichen Aufwertung, sondern Ausdruck der bei allen Flächen im Außenbereich planungsrechtlich zulässigen Nutzung.

(b) Das ist nicht anders, wenn landwirtschaftliche Flächen im Außenbereich – wie möglicherweise hier – in ein in einem (regionalen) Raumordnungsplan ausgewiesenes Windeignungsgebiet einbezogen werden.

(aa) Vorhaben zur Nutzung von Windenergie gehören nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu den im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben. Deshalb sind insbesondere die Errichtung und der Betrieb von Windkraftträdern im Außenbereich und vor allem auf landwirtschaftlichen Flächen generell zulässig, ohne dass es dazu des Erlasses eines Flächennutzungs- oder eines anderen Plans bedarf. Auch die Ausweisung eines Windeignungsgebiets ist keine Voraussetzung für die planungsrechtliche Zulässigkeit von Windkraftträdern im Außenbereich; sie dient nur dazu, solche Vorhaben bei Bedarf auf bestimmte Gebiete im Außenbereich zu konzentrieren (Beschlussempfehlung in BT-Drs. 13/4978, S. 6 f.). Eine solche Konzentration kann durch die Ausweisung von Windeignungsgebieten nach § 7 Abs. 3 Nr. 3 ROG in einem Raumordnungsplan als Ziel der Raumplanung bestimmt werden. Die Ausweisung von Windeignungsgebieten führt ebenso wenig zu einer Änderung der planungsrechtlichen Nutzbarkeit der betroffenen Flächen wie ein Flächennutzungsplan, der solche Flächen unverändert als Flächen im Außenbereich ausweist, aber mit einer Höhenbeschränkung für Windkraftträder versieht. Die Ausweisung eines Windeignungsgebiets begründet vielmehr „nur“ einen öffentlichen Belang, der nach § 35 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 BauGB der Errichtung von Windkraftträdern außerhalb solcher Eignungsgebiete in der Regel entgegensteht. Die Einbeziehung einer landwirtschaftlichen Fläche im Außenbereich in ein

Windeignungsgebiet im Zuge einer Änderung des maßgeblichen (regionalen) Raumordnungsplans führt deshalb ebenfalls nicht zu einer planungsrechtlichen Aufwertung der Fläche; diese bleibt planungsrechtlich unverändert (nur) als Fläche im Außenbereich nutzbar. Sie lässt lediglich einen öffentlichen Belang entfallen, der der Verwirklichung eines konkreten, im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhabens bislang entgegenstand. Es ändert sich dadurch nicht die planungsrechtliche Nutzbarkeit der Flächen für das Aufstellen und den Betrieb von Windkraftträdern, sondern lediglich die Genehmigungsfähigkeit eines konkreten Vorhabens im Außenbereich.

(bb) Darin liegt kein qualitativer Unterschied zu anderen privilegiert zulässigen Vorhaben im Außenbereich (vgl. *Klose*, AUR 2017, 55 [60 f.]), etwa der Errichtung von Leitungsmasten für Überlandstromleitungen und dem Betrieb der Leitungen an diesen Masten. Ein solches Vorhaben ist nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB im Außenbereich zulässig. Bei seiner Genehmigung werden aber ebenso wie bei Windkraftträdern raumplanerische Gesichtspunkte, zum Beispiel die Festlegung von Stromtrassen, zu berücksichtigen sein. Solche raumplanerischen Festlegungen bewirken auch hier keine Änderung der Nutzbarkeit. Sie haben lediglich Einfluss darauf, welche der im Außenbereich planungsrechtlich zulässigen Vorhaben an welcher Stelle und in welcher Ausführung tatsächlich genehmigt werden dürfen.

(c) Die Anwendung von § 1 Abs. 2 Satz 4 Fall 2 und Satz 5 FlErwV einerseits und von § 12 Abs. 4 FlErwV andererseits auf land- und forstwirtschaftliche Flächen in Windeignungsgebieten führte auch zu sachwidrigen Ergebnissen. Solche Flächen dürften dann nämlich insgesamt nicht verkauft werden, obwohl sie der land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung nur punktuell, nämlich nur im Bereich der Standflächen von Windkraftträdern, entzogen werden, ihr aber im Übrigen unverändert erhalten bleiben. Auch fehlen, anders als bei den in § 1 Abs. 2 Satz 5 FlErwV genannten Fällen einer flächen- oder vorhabenbezogenen Planung, Kriterien für die Feststellung, auf welche Flächen sich das Wiederkaufsrecht beziehen soll. Es macht zudem wenig Sinn, Flächen, die bis auf die verhältnismäßig geringfügigen Standflächen von Windkraftträdern unverändert land- und forstwirtschaftlich genutzt werden und auch nur wie Flächen im Außenbereich gemäß § 35 BauGB genutzt werden können, von dem Erwerber zurückzukaufen, nur um ihm dann andere planungsrechtlich gleichwertige Flächen zu verkaufen und ihm darüber hinaus einen angemessenen Ausgleich für den durch diese Maßnahme entstehenden Nachteil zu gewähren (vgl. § 12 Abs. 4 Satz 2 FlErwV).

(3) Die Einbeziehung land- oder forstwirtschaftlicher Flächen in ein Windeignungsgebiet in einem (regionalen) Raumordnungsplan kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb den in § 1 Abs. 2 Satz 5 FlErwV genannten Plänen – Flächennutzungs- und Bebauungsplan, Vorhaben- und Erschließungsplan usw. – gleichgestellt werden, weil der Betrieb von Windenergieanlagen ertragreicher ist als die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung dieser Flächen.

(a) Für das Bestehen oder Nichtbestehen des Wiederkaufsrechts nach § 10 Abs. 7 KV, § 12 Abs. 4 Satz 1 FlErwV kommt es nicht auf die tatsächliche Nutzung der verkauften land- oder forstwirtschaftlichen Flächen und den damit erzielten Ertrag, sondern darauf an, ob sie durch einen Flächennutzungs-, einen Bebauungs- oder einen vergleichbaren Plan oder einen Beschluss zur Aufstellung eines solchen Plans eine planungsrechtliche Aufwertung erfahren haben und insbesondere zu Bauland geworden sind. Eine solche Aufwertung bewirkt die Einbeziehung in ein Windeignungsgebiet aber, wie dargelegt, nicht.

(b) Ein Wiederkaufsrecht mit dem Ziel einer Abschöpfung der Entschädigungen, die die Erwerber von den Betreibern der Windenergieanlagen erhalten, hätte der Ordnungsgeber auch nicht einführen können. Es ist weder in § 3 AusglLeistG selbst noch in den besonderen Verordnungsermächtigungen in den heutigen § 3 Abs. 10 Satz 10 Halbsatz 2 und § 4 Satz 2 AusglLeistG vorgesehen und könnte deshalb nur auf die allgemeine Verordnungsermächtigung in dem heutigen § 4 Satz 1 AusglLeistG gestützt werden, durch den die Bundesregierung ermächtigt wird, die Einzelheiten der Erwerbsmöglichkeit nach § 3 AusglLeistG und des Verfahrens zu regeln. Zu diesen Einzelheiten gehören zwar die Regelung in § 1 Abs. 2 Sätze 4 bis 6 FlErwV zum gegenständlichen Anwendungsbereich des Erwerbsrechts nach § 3 AusglLeistG und die Möglichkeit des Wiederkaufs von Flächen, die eine dauerhafte land- oder forstwirtschaftliche Nutzung nicht erwarten lassen (vgl. § 12 Abs. 4 FlErwV), dagegen keine Regelung, die eine darüber hinausgehende Abschöpfung von Nutzungsvorteilen ermöglicht. Das zeigt sich auch daran, dass der Gesetzgeber die vergleichbar gewichtige Frage, unter welchen Voraussetzungen die Zweckbindung gelockert werden kann, mit dem Flächenerwerbsänderungsgesetz vom 3. 7. 2009 (BGBl. 2009 I, 1688) durch Ergänzung von § 3 Abs. 10 AusglLeistG im Gesetz selbst geregelt hat. Die unterbliebene Änderung der Vorschriften über das Erwerbsrecht nach § 3 AusglLeistG und die Ausgestaltung der Erwerbsverträge vor allem in § 12 FlErwV durch den Gesetz- bzw. den Ordnungsgeber konnte die BVVG nicht durch eine privatautonome Gestaltung der Erwerbsverträge ersetzen, weil sie, wie ausgeführt, zur privatautonomen Ausgestaltung der Verträge bei der Umsetzung des Flächenerwerbsprogramms nicht befugt ist.

d) Ein Wiederkaufsrecht der BVVG folgt schließlich, anders als das Berufungsgericht meint, auch nicht aus § 12 Abs. 4 Satz 1, § 1 Abs. 2 Satz 6 FlErwV.

aa) Nach § 1 Abs. 2 Satz 6 FlErwV stehen Flächen für einen Erwerb nicht zur Verfügung, die sonstigen außerland- oder außerforstwirtschaftlichen Zwecken dienen, soweit vor Abschluss des Kaufvertrages eine Umwidmung erfolgt ist oder ein Planungs- oder Zulassungsverfahren mit dem Ziel einer Widmung eingeleitet worden ist. Der Ordnungsgeber hatte bei dieser Regelung in erster Linie an eine Widmung nach öffentlichem Sachenrecht, insbesondere an die Widmung land- und forstwirtschaftlicher Flächen nach öffentlichem Straßen- und Wegerecht, an die Einleitung von Raumordnungs- bzw. Linien-

bestimmungsverfahren für Straßenbauflächen und an eine „durch die vorgesetzte Dienststelle zur Ausführung genehmigte konkrete Planung“ für land- oder forstwirtschaftliche Flächen gedacht (BR-Drs. 741/95, S. 30 f.). Mit dem Wiederkaufsrecht will er verhindern, dass solche Planungsvorhaben mit Rücksicht auf das Veräußerungsverbot während der Bindungsfrist von den Erwerbern blockiert werden (BR-Drs. 741/95, S. 42).

bb) Darum geht es hier nicht. Die landwirtschaftlichen Flächen, die der Kläger von der BVVG erworben hat, sollen nicht für ein öffentlich-rechtliches Straßenbau- oder ähnliches Vorhaben in Anspruch genommen, sie sollen auch nicht nach öffentlichem Sachenrecht (förmlich) gewidmet werden. Der Begriff der Widmung in § 1 Abs. 2 Satz 6 FlErwV kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht weit in dem Sinne ausgelegt werden, dass eine „Umwidmung“ auch anzunehmen ist, wenn ein Erwerbsberechtigter nach § 3 AusglLeistG erworbene Flächen für einen anderen Zweck verwendet. Das nämlich wäre – je nach Umfang – eine vollständige oder teilweise Aufgabe der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung, die nach der zwingenden Vorgabe in § 12 Abs. 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb FlErwV ein Rücktritts-, aber gerade kein Wiederkaufsrecht der BVVG auslöst. Ein solches Rücktrittsrecht scheiterte hier aber, was die BVVG nicht in Abrede stellt, daran, dass die Nutzungsänderung nur eine im Verhältnis zur erworbenen Gesamtfläche geringfügige Fläche betrifft.

## B. Revision der BVVG

Die Revision der BVVG hat teilweise Erfolg.

I. Das Rechtsmittel ist entgegen der Ansicht des Klägers zulässig. Es ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Es fehlt auch nicht an der nach § 543 Abs. 1 ZPO erforderlichen Zulassung.

1. Die Beschränkung einer – wie hier – in der Urteilsformel uneingeschränkt ausgesprochenen Zulassung der Revision kann sich zwar aus den Urteilsgründen ergeben, wenn dort eine als zulassungsrelevant angesehene Rechtsfrage aufgeführt wird, die sich nur für einen abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffs stellt, der Gegenstand eines Teilurteils oder eines eingeschränkt eingelegten Rechtsmittels sein kann. Voraussetzung hierfür ist aber, dass sich eine entsprechende Beschränkung der Revision mit der erforderlichen Klarheit und der gebotenen Deutlichkeit aus den Gründen ergibt (vgl. zum Ganzen: BGH, Beschl. v. 10. 4. 2018 – VIII ZR 247/17, NJW 2018, 1880 [Rdnr. 9 bis 11]).

2. Daran fehlt es hier. Das Berufungsgericht hat am Ende seines Urteils ausgeführt, die Revision sei zuzulassen, „weil die Rechtsfragen zur Auslegung von § 1 FlErwV noch nicht höchstrichterlich geklärt sind und eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen betreffen“. Aus diesem knappen Hinweis ergibt sich nur eine kurze Erläuterung der in der Urteilsformel uneingeschränkt ausgesprochenen Zulassung, aber keine Beschränkung.

Das Berufungsgericht wollte mit der Zulassung ersichtlich vor allem die Klärung der Fragen danach ermöglichen, ob das Wiederkaufsrecht nach § 12 Abs. 4 FlErwV den Zweck hat, Vorteile aus der Nutzung von Windenergie abzuschöpfen, und ob diese Abschöpfung nur durch Geltendmachung des Wiederkaufsrechts oder auch auf andere Weise möglich ist.

II. Das Rechtsmittel ist aber nur hinsichtlich der von dem Berufungsgericht ausgesprochenen Feststellung begründet, dass der BVVG ein Rücktrittsrecht im Sinne des § 10 Abs. 2 des Kaufvertrags der Parteien aufgrund der beabsichtigten Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung von 0,9711 Hektar der erworbenen Gesamtfläche von 71,01 Hektar nicht zusteht.

1. Dieser Antrag ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zulässig.

a) Das Rücktrittsrecht der BVVG nach § 10 Abs. 2 KV bzw. § 12 Abs. 1 FlErwV ist zwar als Einzelfolge eines vertraglichen Rechtsverhältnisses der gerichtlichen Feststellung zugänglich (vgl. Senat, Urt. v. 20. 4. 2018 – V ZR 106/17, WM 2018, 1168 [Rdnr. 14]; BGH, Urt. v. 19. 11. 2014 – VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873 [Rdnr. 24]). Zulässig ist eine solche gerichtliche Feststellung nach § 256 Abs. 1 ZPO aber nur, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt wird. Das Bestehen oder Nichtbestehen des Rücktrittsrechts der BVVG kann zwar als teilweise vorgreiflich für die Beurteilung des von der BVVG geltend gemachten Anspruchs auf Beteiligung an den Vertragsverhandlungen unter anderem auch wegen der Sicherheiten für den Rückbau gemäß § 10 Abs. 5 Unterabs. 2 KV angesehen werden. Als Teil eines vorgreiflichen Rechtsverhältnisses könnte es aber nach § 256 Abs. 2 ZPO nur festgestellt werden, wenn es während des Rechtsstreits zwischen den Parteien streitig geworden sein sollte.

b) Diese Voraussetzungen lägen hier nur vor, wenn sich die BVVG vor oder während des Rechtsstreits eines Rücktrittsrechts nach § 10 Abs. 2 KV bzw. nach § 12 Abs. 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb FlErwV berüht hätte. Das ist nicht festgestellt; der Kläger verweist auch nicht auf entsprechenden Vortrag. Nach den von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts hat die BVVG von Anfang an eingeräumt, die für die Windkraftträder vorgesehenen Flächen hätten einen geringen Umfang. Sie hat die Regelungen in § 10 Abs. 5 KV mit dem Bestehen eines Wiederkaufsrechts nach § 10 Abs. 7 KV verteidigt, nicht mit dem Rücktrittsrecht nach § 10 Abs. 2 KV. Das Nichtbestehen des Rücktrittsrechts der BVVG ist, anders als das Berufungsgericht offenbar meint, auch nicht dadurch streitig geworden, dass in dem den Streitstand der Parteien beschreibenden Teil ihres außergerichtlichen Zwischenvergleichs vom 13. 8. / 20. 8. 2015 ausgeführt wird, die Parteien stritten um ein Rückkaufs- und ein Rücktrittsrecht. Damit werden nur die von dem Kläger im Berufungsrechtszug durch Erweiterung seiner Klage eingeführten zusätzlichen Feststellungsanträge beschrieben. Anhaltspunkte dafür, dass sich die BVVG nunmehr eines durch das Aufstellen der drei

Windkraftträder offensichtlich nicht ausgelösten Rücktrittsrechts berührt, ergeben sich aus diesem beiläufigen Hinweis nicht.

2. Unbegründet ist die Revision dagegen, soweit sie sich gegen die von dem Berufungsgericht mit einer Einschränkung bestätigte Feststellung des Landgerichts richtet, dass der Kläger vor Abschluss eines Vertrags über den Betrieb einer Windenergieanlage auf seinen Flächen mit einem Betreiber solcher Anlagen die BVVG an den Verhandlungen nicht zu beteiligen, der BVVG die entschädigungsrelevanten Unterlagen nicht zur Verfügung zu stellen und einen Betrag in Höhe der kapitalisierten, von dem Betreiber der Anlage an den Kläger gezahlten Entschädigung und weiterer Entschädigungen bei Verlängerung oder Erweiterung nicht zu zahlen hat. Im Ergebnis zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass diese Vertragsbestimmungen der AGB-Kontrolle gemäß § 307 BGB unterliegen, ihr im zuerkannten Umfang nicht standhalten und deshalb nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam sind.

a) Die Regelungen in § 10 Abs. 5 KV verwendete die BVVG auch schon bei Abschluss des Vertrags mit dem Kläger in allen Erwerbsverträgen auf der Grundlage von § 3 AusglLeistG. Sie sind deshalb Allgemeine Geschäftsbedingungen.

b) Wie oben (unter II A 2 a) ausgeführt, darf die BVVG Kaufverträge zur Durchführung des Erwerbsrechts nach § 3 AusglLeistG nicht privatautonom und abweichend von den gesetzlichen Vorgaben ausgestalten. Sie hat vielmehr diese Vorgaben bei der Ausgestaltung und Umsetzung der Kaufverträge zu beachten. Die darin vorgesehenen Regelungen sind im Zweifel so auszulegen, dass sie mit den Anforderungen der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlagen – hier des Ausgleichleistungsgesetzes und der Flächenerwerbsverordnung – in Übereinstimmung stehen (Senat, Urt. v. 4.5.2007 – V ZR 162/06, ZOV 2007, 30 [Rdnr. 9 f.]). Abweichende vertragliche Bestimmungen werden durch diese Vorgaben überlagert und modifiziert (vgl. Senat, Urt. v. 21.7.2006 – V ZR 158/05, WM 2006, 2101 [2103]; Urt. v. 4.5.2007 – V ZR 162/06, ZOV 2007, 30 [Rdnr. 10]); die BVVG könnte deshalb keine Rechte und Ansprüche geltend machen, die über die gesetzlich vorgesehenen hinausgehen. Wenn die Ausgestaltung der Kaufverträge – wie hier durch § 12 FlErwV – weitgehend vorgegeben ist, ergeben sich darüber hinaus aus den Gestaltungsvorgaben zugleich auch die wesentlichen gesetzlich festgelegten Grundgedanken, an denen sich solche Kaufverträge orientieren sollen und an denen abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen zu messen sind.

c) Auf dieser Grundlage geht das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend davon aus, dass die Regelung in § 10 Abs. 5 KV der AGB-Kontrolle unterliegt und von dieser nicht nach § 307 Abs. 3 BGB ausgenommen ist. Der in dieser Bestimmung des Kaufvertrags vorgesehene Anspruch des Klägers auf Zustimmung zur Errichtung und zum Betrieb einer Anlage der erneuerbaren Energien, und insbesondere von Windkraftträdern hängt von Bedingungen ab, die in § 12 Abs. 3 FlErwV nicht vorgesehen sind. Die Bestimmung ist auch nicht nach

Maßgabe von § 307 Abs. 3 BGB AGB-kontrollfrei, weil sie dem Kläger eine Möglichkeit einräumt, die Ausübung des Wiederkaufsrechts abzuwenden, das die BVVG für sich in Anspruch nimmt. Denn dieses Wiederkaufsrecht besteht, wie ausgeführt, nicht, wenn auf nach § 3 AusglLeistG preisbegünstigt erworbenen Flächen Windkraftträder aufgestellt und betrieben werden.

d) Der gebotenen AGB-Kontrolle hält die Regelung in § 10 Abs. 5 KV nicht stand. Eine Regelung in einem Kaufvertrag gemäß § 3 AusglLeistG, nach der der Erwerber – wie hier nach § 10 Abs. 5 KV – die für die Bestellung eines dinglichen Rechts zur Absicherung der Befugnis eines Betreibers zu Errichtung und Betrieb von Windkraftträdern an den veräußerten Flächen nach § 12 Abs. 3 Satz 1 FlErwV erforderliche Zustimmung unabhängig von der Gefährdung oder Nichtgefährdung der Zweckbindung nur verlangen kann, wenn er die BVVG an den Vertragsverhandlungen mit dem Betreiber beteiligt, ihr alle Unterlagen zur Verfügung stellt und ihr den überwiegenden Teil der Entschädigung auskehrt, die er von dem Betreiber erhält, ist nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

aa) Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 FlErwV sind zwar für die Dauer der Zweckbindung neben der Veräußerung auch alle anderen Verfügungen über die nach § 3 AusglLeistG erworbenen Flächen von der Zustimmung der BVVG abhängig zu machen. Die BVVG muss diese Zustimmung aber nach Satz 2 der Vorschrift erteilen, wenn die Zweckbindung nicht gefährdet ist. Gefährdet die Verfügung die Zweckbindung nicht, darf die BVVG ihre Zustimmung nicht von Bedingungen und insbesondere nicht von Zahlungen oder von der Abführung von Entschädigungsleistungen abhängig machen.

bb) Von dieser Vorgabe weichen die von der BVVG gestellten Vertragsbedingungen in § 10 Abs. 5 KV ab. Danach kann der Kläger die für die Bestellung eines dinglichen Rechts zur Absicherung der Befugnis eines Betreibers zu Errichtung und Betrieb von Windkraftträdern an den veräußerten Flächen nach § 9 Abs. 6 KV bzw. § 12 Abs. 3 Satz 1 FlErwV erforderliche Zustimmung unabhängig von der Gefährdung oder Nichtgefährdung der Zweckbindung nur verlangen, wenn er die BVVG an den Vertragsverhandlungen mit dem Betreiber beteiligt, ihr alle Unterlagen zur Verfügung stellt und ihr den überwiegenden Teil der Entschädigung auskehrt. Solche Bedingungen lässt die Gestaltungsvorgabe in § 12 Abs. 3 Satz 2 FlErwV nur zu, wenn die Verfügung – hier also die Begründung eines dinglichen Rechts für Errichtung und Betrieb von Windkraftträdern – die Zweckbindung gefährdete. Die Regelung in § 10 Abs. 5 KV wäre deshalb nur dann keine Abweichung von dieser Gestaltungsvorgabe, wenn das Aufstellen und Betreiben einer Windenergieanlage in jedem Fall, mithin ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Auswirkungen der Anlage auf die land- bzw. forstwirtschaftliche Nutzung der erworbenen Flächen, die Zweckbindung gefährdete.

cc) Das ist nicht der Fall.

(1) Der Umfang der Zweckbindung bei Verkäufen nach § 3 AusglLeistG ergibt sich aus dem in § 3 Abs. 10 Satz 1 AusglLeistG bestimmten Veräußerungsverbot und der Regelung über das Rücktrittsrecht in § 12 Abs. 1 FlErwV. Danach bedeutet die Zweckbindung, dass der Erwerber die erworbenen Flächen für eine Bindungsfrist halten und zur Vermeidung eines vollständigen oder teilweisen Rücktritts der BVVG vom Vertrag während dieser Dauer landwirtschaftlich nutzen muss. An dieser Nutzung orientieren sich auch die Beispiele, mit denen der Verordnungsgeber in der Begründung des Entwurfs die Wirkungsweise der Regelung in § 12 Abs. 3 FlErwV erläutert hat. Die Begründung eines Wegerechts oder einer kleineren Hypothek gefährden danach die Zweckbindung nicht, wohl aber die Begründung eines Erbbaurechts oder einer den Wert der Fläche ausschöpfenden Hypothek (BR-Drs. 741/95, S. 41). Die Errichtung und der Betrieb von Windkraftträdern stellt eine Gefährdung in diesem Sinne nicht dar. Denn sie lässt die landwirtschaftliche Nutzung der erworbenen Fläche im Grundsatz genauso unberührt wie die Einräumung des in der Entwurfsbegründung erwähnten Wegerechts.

(2) Entgegen der Auffassung der BVVG liegt eine Gefährdung der Zweckbindung nicht allein deshalb vor, weil der Betreiber eines Windkrafttrads für die Gestattung von dessen Errichtung und Betrieb dem Erwerber eine mehr oder weniger beachtliche Summe zahlt. Der BVVG ist zuzugeben, dass die Nutzung von zu einem subventionierten Preis erworbenen Flächen dem Zweck der Subvention widersprechen und abzuführen sein kann. Nach dem als Orientierung geeigneten und hier deshalb heranzuziehenden § 5 Abs. 1 SubvG kommt eine Abschöpfung solcher Nutzungsvorteile aber nur in Betracht, wenn sie unter Verstoß gegen Verwendungsbeschränkungen erzielt werden, wenn also die vorteilhafte Nutzung durch die Vorschriften über die Subvention oder bei deren Fehlen durch den Subventionsgeber untersagt ist. Das ist hier nicht der Fall. § 3 AusglLeistG und die Flächenerwerbsverordnung verpflichten den Erwerber nur dazu, die erworbenen Flächen während der Dauer der Bindungsfrist entsprechend dem – aus der Sicht des Gesetzgebers allerdings weniger bedeutsam gewordenen (vgl. BT-Drs. 16/8152, S. 13) – Betriebskonzept land- bzw. forstwirtschaftlich zu nutzen. Nebennutzungen wie die in der Begründung der Flächenerwerbsverordnung ausdrücklich angesprochenen Wege-rechte sind nicht als solche, sondern nur untersagt, wenn sie die landwirtschaftliche Nutzung der Flächen infrage stellen. Dafür kommt es nach der Begründung der Verordnung entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf das Entgelt an, das der Wegeberechtigte für die Einräumung des Wegerechts oder ein Stromnetzbetreiber für eine Dienstbarkeit zur Errichtung und Unterhaltung eines Strommastes für Stromleitungen bezahlt. Bei Windkraftanlagen liegt es nicht anders.

III. Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 und § 97 ZPO sowie auf § 516 Abs. 3 ZPO analog. Der Senat geht mit den Vorinstanzen davon aus, dass die Anträge auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Wiederkaufs- bzw. eines Rücktrittsrechts den nach der zu erwartenden Entschädigung bemessenen Gegenstandswert nicht erhöhen, sondern

der Klärung der argumentativen Grundlagen der Regelung in § 10 Abs. 5 KV dienen. Den Anteil des Rücktrittsrechts daran schätzt der Senat mit einem Viertel des Gegenstandswerts.

#### **Anmerkung:**

1. Beklagte war die Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH (BVVG). Der wesentliche Auftrag der BVVG, deren alleinige Gesellschafterin die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben ist, besteht in der Privatisierung von land- und forstwirtschaftlichen Flächen in den östlichen Bundesländern, die in der DDR Gegenstand von Enteignungen waren. Die Privatisierung dieser Flächen erfolgt durch deren Verkauf an die Alteigentümer bzw. an deren Rechtsnachfolger zu günstigen Konditionen. Grundlagen für die Wahrnehmung dieser Aufgaben sind das Ausgleichleistungsgesetz (AusglLeistG) und die Flächenerwerbsverordnung (FlErwV). Sie legen die Preise und den Rechtsrahmen für diese Privatisierungen fest. Insbesondere sieht § 12 AusglLeistG eine Zweckbindung für die betroffenen Flächen vor. Diese Zweckbindung soll sich über einen Zeitraum von heute 15 (früher 20) Jahren erstrecken. In den Kaufverträgen, die die BVVG mit den Grundstückserwerbern schließt, sollen unterschiedliche Regelungen absichern, dass diese Zweckbindung erhalten bleibt.

2. So auch in dem Fall, der nun vom BGH entschieden wurde. Der Kläger erwarb hier im Jahr 2005 Grundstücksflächen von der BVVG. In dem Kaufvertrag sollte sichergestellt werden, dass die landwirtschaftliche Nutzung der Grundstücke erhalten bleibt. Hierfür wurde ein Rücktrittsrecht für die BVVG vorgesehen, wenn wesentliche Teile der veräußerten Flächen nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werden.

Außerdem wurde der Grundstückseigentümer dazu verpflichtet, die Zustimmung der BVVG einzuholen, wenn er die Grundstücksflächen anders nutzen wollte, z. B. um Windenergieanlagen zu errichten. Um einen Anspruch auf Zustimmung der BVVG zu solchen Nutzungen zu haben, musste der Kläger bestimmte Verpflichtungen übernehmen: Er musste die BVVG in die Vertragsverhandlungen mit dem Betreiber der Anlage einbeziehen. Außerdem sollte er der BVVG 75 % des (zumindest marktüblichen) Nutzungsentgeltes, das er von dem Betreiber der Anlagen für die Nutzung seiner Flächen erhält, auskehren – und zwar in einem Einmalbetrag noch vor Fertigstellung der Anlage – und der BVVG auch die Unterlagen zur Verfügung stellen, die ihr ermöglichen, diesen Betrag zu ermitteln.

Schließlich gewährte der Vertrag der BVVG auch das Rückkaufsrecht, welches die Flächenerwerbsverordnung in § 12 Abs. 4 in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Satz 2 bis 4 vorsieht. Demnach ist die BVVG berechtigt, die Flächen zurückzukaufen, wenn diese für andere als Zwecke als die Land- und Forstwirtschaft nutzbar werden. Dies kann insbesondere durch den Erlass eines entsprechenden Flächennutzungsplans, eines Bauleitplans oder einer Satzung erfolgen, welche eine andere Nutzung vorsieht, oder auch über eine Umwidmung.

Der Kläger beabsichtigte nun innerhalb der Bindungsfrist, auf einem Bruchteil der erworbenen Fläche (0,9711 von 71,01 Hektar Gesamtfläche) Windenergieanlagen durch einen Dritten errichten und betreiben zu lassen. Die BVVG bestand in dem Zusammenhang auf die Leistung der Entschädigungszahlung, woraufhin der Kläger Klage erhob, um feststellen zu lassen, dass die entsprechenden Klauseln in dem Kaufvertrag unwirksam seien und daraus also keine Verpflichtungen für ihn erwachsen könnten.

3. In erster Instanz gab das Landgericht Berlin dem Kläger recht. Es stellte fest, dass die streitgegenständlichen Klauseln unwirksam seien, da sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners seien und somit gegen § 307 BGB verstießen. Der Kläger sei also weder verpflichtet, die BVVG in die Vertragsverhandlungen mit dem Betreiber der Windenergieanlagen mit einzubeziehen, noch ihr die vertragsrelevanten Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Genauso wenig sei er dazu verpflichtet, einen (Groß-) Teil des Nutzungsentgeltes, welches er von dem Betreiber der Windenergieanlagen erhält, an die BVVG zu weiterzuleiten.

4. Das Kammergericht Berlin bestätigte das Urteil des Landgerichts. Auf die Anschlussberufung des Klägers hin stellte es außerdem fest, dass die BVVG nicht das Recht habe, von dem Kaufvertrag zurückzutreten. Ein Rücktrittsrecht bestehe nur, wenn wesentliche Teile des Grundstücks nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werden. Dies sei hier bei nicht einmal 1,5% der Flächen, die nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werden sollen, nicht anzunehmen. Anders verhalte es sich in Bezug auf das Rückkaufsrecht für die BVVG: Dies erkannte das Kammergericht an, zumindest wenn davon „in verhältnismäßigem Rahmen Gebrauch“ gemacht werde. Die verkauften Flächen sollten in ein Windeignungsgebiet einbezogen werden. Diese Regionalplanung ersetze faktisch einen Flächennutzungsplan oder Gemeindebeschluss. Im Übrigen stehe eine rechtlich zulässige Nutzungsänderung einer Umwidmung gleich.

5. Der BGH hat nun bestätigt, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, die BVVG in die Vertragsverhandlungen einzubeziehen, ihr das Nutzungsentgelt des Windenergieanlagenbetreibers auszukehren und ihr die Unterlagen zur Betragsermittlung zur Verfügung zu stellen.

6. In Bezug auf das Rücktrittsrecht hält der BGH das Begehren des Klägers zwar mangels Feststellungsinteresses für unzulässig, stellt aber auch klar, dass ein Rücktrittsrecht der BVVG nur bei einer Änderung der Nutzung von wesentlichen Grundstücksflächen in Betracht kommt.

7. Besonders intensiv setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, ob die BVVG ein Rückkaufsrecht hat und kommt dabei zu einem anderen Ergebnis als das Kammergericht: Ein Rückkaufsrecht stehe der BVVG nicht zu. Die Zweckbindung der Nutzung der Flächen sei nicht gefährdet und zwar weder dadurch, dass auf den verkauften Flächen Windenergieanlagen errichtet werden, noch dadurch, dass diese Flächen in ein

Windeignungsgebiet einbezogen werden. In diesem Zusammenhang nimmt der BGH ausführlich dazu Stellung, ob die Einbeziehung von Flächen in ein Windeignungsgebiet ein Fall des § 1 Abs. 2 Satz 2 bis 6 FlErwV ist.

Im Gegensatz zum Kammergericht hält der BGH keine der § 1 Abs. 2 Satz 4 bis 6 FlErwV aufgeführten Varianten für einschlägig. Durch die Einbeziehung der Flächen in ein Windeignungsgebiet ändere sich deren planungsrechtliche Qualität nicht. Sie gehörten weiterhin zum Außenbereich und würden nicht planungsrechtlich aufgewertet. Im Gegenteil: die Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich sei nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ein privilegiert zulässiges Vorhaben und damit Ausdruck genau der Nutzung, die ohnehin im Außenbereich zulässig sei. Der Betrieb von Windenergieanlagen auf einer Teilfläche des Grundstücks sei eine bloße Nebennutzung, vergleichbar mit Wegenutzung oder der Errichtung eines Strommastes. Sofern dadurch die forst- oder landwirtschaftliche Nutzung der Fläche nicht infrage gestellt werde, verstoße diese Nebennutzung nicht gegen die Verwendungsbeschränkungen, die Ausgleichsleistungsgesetz und Flächenerwerbsverordnung vorsehen. Die Zweckbindung entfalle nur dann, wenn die Flächen rechtlich aufgewertet würden, nicht aber, wenn sie einfach höhere Erträge einbrächten.

Der BGH argumentiert auch mit der Zielrichtung, die mit der Ausweisung eines Windeignungsgebiets verfolgt wird: Es gehe darum, die Errichtung von Windenergieanlagen auf bestimmte Gebiete im Außenbereich zu konzentrieren, nicht aber darum, die Nutzungsart der Flächen zu ändern.

Allein dadurch, dass der Käufer die Flächen auch für einen anderen Zweck verwende, habe auch keine „Umwidmung“ stattgefunden, die die BVVG zu einem Rückkauf berechtige, urteilt der BGH weiter, und legt diesen Begriff damit enger und förmlicher aus als das Kammergericht.

8. Von allgemeingültiger Natur sind die Ausführungen des BGH zu den generellen Pflichten der BVVG bei der Ausgestaltung und Auslegung der Bedingungen in Kaufverträgen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Flächen im Rahmen des Ausgleichsleistungsgesetzes.

Bereits das Kammergericht ließ anklingen, dass die BVVG in der Gestaltung ihrer AGB eng an die gesetzlichen Bestimmungen der Flächenerwerbsverordnung gebunden ist. Der BGH führt dies nochmal deutlicher aus: Die Privatisierung von landwirtschaftlichen Flächen gemäß Ausgleichsleistungsgesetz sei eine öffentliche Aufgabe, mit der die BVVG als Privatisierungsstelle beauftragt sei. Der Staat nehme hierbei eine privatrechtliche Aufgabe wahr und handele damit im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts. Hierfür stünden ihm zwar die privatrechtlichen Rechtsformen (also zum Beispiel der Abschluss privatrechtlicher Verträge) zu, nicht aber sämtliche Freiheiten der Privatautonomie. Demzufolge seien die AGB immer so anzuwenden und auszulegen, dass sie den gesetzlichen Regelungen entsprechen.

In der Praxis bedeutet dies, dass der BVVG bei der Ausgestaltung und Auslegung ihrer Kaufverträge – und das dürfte sich nicht nur auf die Klauseln beziehen, die dem AGB-Recht unterliegen – enge Grenzen gesetzt sind und diese sich streng nach den zugrundeliegenden Gesetzen zu richten haben.

9. Mit seiner Entscheidung beseitigt der BGH auch einen gewissen Wertungswiderspruch, der mit dem Urteil des Kammergerichts einherging: Indem das Kammergericht die Verpflichtung zur Zahlung des Nutzungsentgeltes an die BVVG für unwirksam erklärte, das Wiederkaufsrecht jedoch anerkannte, wäre der Rückkauf der Flächen – als das schärfste und aufwendigste Mittel – die einzige Handlungsoption der BVVG gewesen, ihre Interessen an einer Abschöpfung der Werte durchzusetzen. Diesen Wertungswiderspruch, der auch in der Umsetzung mit viel Unsicherheit verbunden wäre (vgl. hierzu auch *Alers/Helmes*, REE 2017, 62 [65]), hat der BGH aufgelöst.

10. Es bleibt zwar bei der grundsätzlichen Wertung des Ausgleichsleistungsgesetzes, dass solche Flächen, die zu einem subventionierten Preis erworben werden, einer bestimmten Zweckbindung unterliegen. Werden die Flächen andersartig genutzt, kommt eine Abschöpfung der entsprechenden Vorteile jedoch nur in Betracht, wenn die Nutzung insgesamt geändert wird. Nebennutzungen begründen einen entsprechenden Anspruch jedoch nicht, und für die Einordnung als Nebennutzung kommt es für den BGH auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf die eine entgeltmäßige Betrachtung an. Bei einem Großteil der Standorte von Windenergieanlagen dürfte eine Nebennutzung gegeben sein. Die Abschöpfung von Nutzungsvorteilen ohne Wegfall der land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung ist im Ausgleichsleistungsgesetz nicht vorgesehen.

11. Bei der Entwicklung von Windparkprojekten spielt der Abschluss von Nutzungsverträgen auf ehemaligen „BVVG-Flächen“ eine große Rolle. Es wird geschätzt, dass die BVVG etwa 20.000 bis 40.000 Verträge dieser Art abgeschlossen hat. Die gängige Praxis der BVVG, in ihren AGB teilweise überzogene Verpflichtungen und Ertragsabschöpfungen vorzusehen, führte sowohl bei Grundstückseigentümern als auch bei den Entwicklern von Windparkprojekten und auch bei Investoren zu Rechts- und wirtschaftlicher Unsicherheit. Es ist sehr zu begrüßen, dass der BGH diese Praxis nun eingeschränkt hat und gleichzeitig für eine konsequente und interessengerechte Anwendung der einschlägigen Rechtsgrundlagen sorgt.

Die von der BVVG verwendeten AGB sind nicht für alle Vertragsmuster identisch. Die Ergebnisse der vorliegenden Rechtssache sind also nicht unmittelbar auf alle anderen Fälle übertragbar. Die Wertungen, die sich aus der Argumentation des BGH in Verbindung mit den Vorinstanzen ergeben, können aber hinzugezogen werden für die Prüfung, ob die jeweiligen AGB-Regelungen in anderen von der BVVG verwendeten Vertragsmustern wirksam sind. Betroffen sind nicht nur die Grundstückseigentümer, sondern auch Entwickler von Windparkprojekten, denn die Wirtschaftlichkeit ihrer Anlagen hängt

auch von den geschuldeten Nutzungsentgelten und von der reibungslosen Umsetzbarkeit der Nutzungsverträge ab.

12. Für die Grundstückseigentümer von „BVVG-Flächen“, die auf Grundlage ihrer Kaufverträge bereits Pachtzahlungen an die BVVG geleistet haben, gilt es zu prüfen, ob sie gegebenenfalls Rückforderungsansprüche gegen die BVVG haben und ob diese auch nicht verjährt sind (vgl. hierzu *Alers/Helmes*, REE 2017, 62 [65 f.]).

13. Die Veräußerung von Grundstücken durch die BVVG nach dem Ausgleichsleistungsgesetz in Verbindung mit der Flächen-erwerbsverordnung ist weitgehend abgeschlossen. Aber auch für andere Fälle, in denen öffentliche Aufgaben in der Form des Privatrechts wahrgenommen werden, zum Beispiel im Bereich der Daseinsvorsorge (hier u. a. die Energieversorgung) sind die vom BGH hier nochmals bestätigten Grundsätze des verwaltungsprivatrechtlichen Handelns zu berücksichtigen.

Rechtsanwältin *Catharina Post*, LL.M.  
Brahms & Kollegen Rechtsanwälte, Berlin

---

EEG (2017) § 22 Abs. 4 u. 6

**1. Bis zum Eintritt des 31. 12. 2018 nimmt § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 EEG diejenigen Anlagen von dem Ausschreibungserfordernis aus, die vor dem 1. 1. 2017 genehmigt und bereits in Betrieb genommen worden sind.**

**2. Genehmigte Anlagen, bei denen eine Inbetriebnahme vor dem 1. 1. 2019 theoretisch nicht auszuschließen ist, weil dieser Zeitpunkt noch nicht verstrichen ist, sind bis zum 31. 12. 2018 nicht von Ausschreibungen auszuschließen, wenn der Anlagenbetreiber die Anlage bereits nicht im Vertrauen auf den Fortbestand des gesetzlichen Förderregimes, sondern von vornherein mit einem nach dem 31. 12. 2018 liegenden Errichtungsdatum geplant hat und die Anlage so genehmigt worden ist.**

(Leitsätze des Gerichts)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. 7. 2018 – VI-3 Kart 114/17 [V]

#### **Zum Sachverhalt:**

A. Die Beschwerdeführerin beabsichtigt, ein Biomasse-Heizkraftwerk (BHKW) in (...) zu errichten.

Zunächst hatte sie ein BHKW mit einer Feuerungswärmeleistung von (...) kW geplant. Am 22. 9. 2016 erteilte die zuständige Behörde eine Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz unter Bestimmung einer Realisierungsfrist von