
Datum: 26.11.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 112/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:1126.5U112.19.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 231/09

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger sowie der Drittwiderbeklagten wird das am 09.09.2019 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1.
eine auf dem Grundstück G1 in U in nord-südlicher Richtung verlaufende „externe Kabeltrasse zum UW“ (Umspannwerk) mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen,
2.
eine auf dem Grundstück G1 in U von der Westgrenze bis zum Trafo an der Windenergieanlage mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel verlaufende „interne Kabeltrasse“ zu entfernen,
3.
eine im südlichen Teil des Grundstückes G2 in U von Ost nach West verlaufende „interne Kabeltrasse“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen,
- 4.

eine auf dem Grundstück G3 in U von der Ostgrenze bis zum Trafo an der Windenergieanlage verlaufende „interne Kabeltrasse“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen; sowie eine von der Windenergieanlage in westlicher Richtung verlaufende „externe Kabeltrasse“ zum Umspannwerk mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen,

5.
die auf dem Grundstück G1 und die auf dem Grundstück G3 in U errichteten Windenergieanlagen nebst jeweiliger Zuwegung und Zu- und Ableitungskabeln zu entfernen und die Wege-, Bau-, und Windenergieanlagen-nutzungsflächen fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen und

6.
den auf dem Grundstück G2 in U gebauten Fahrweg und dort verlegte Stromkabel zu entfernen und die Wegefläche fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen,

wobei klarstellend die Verurteilung zu 4. und 5. (soweit G3 betroffen ist) auf Antrag des Klägers zu 1. und im Übrigen auf Antrag der Kläger zu 1. und 2. ergangen ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Widerklage (einschließlich der Drittwiderklage) wird abgewiesen, wobei der Widerklageantrag zu 4. (Feststellungsantrag) als unzulässig abgewiesen wird.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung der Kläger aus der Verurteilung zu 1. bis 6. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 4.000.000 € abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Wegen der Kosten darf die Beklagte die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 8 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger bzw. die Drittwiderbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 8 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Kläger sind Eigentümer u. a. der Flurstücke G2 und G1 (früher G4) in U; die weiteren Flurstücke G3 und G5 (früher G6) gehören allein dem Kläger zu 1. 3

Die Beklagte nutzt als Betreiberin eines Windparks auch die vorgenannten Flurstücke. Dazu hat sie Verträge übernommen, die ursprünglich von der T GmbH & Co. KG abgeschlossen wurden. 4

Der Windpark umfasst 15 Windenergieanlagen („WEA“). Auf dem Flurstück G1 betreibt die Beklagte die „WEA 11“, auf der G3 die „WEA 15“. Zudem befindet sich auf den Vertragsgrundstücken „Infrastruktur“ (Kabel, Wegverbindungen etc.). 5

Ursprüngliche Eigentümer der Flurstücke G2 und G4 (G1) waren L und seine Schwester M, die einen Nutzungsvertrag mit der T GmbH & Co. KG abgeschlossen hatten. Seit dem 14.06.2005 sind die Kläger als Eigentümer dieser Flurstücke eingetragen (Kaufvertrag vom 24.05.2004, Bl. 584 ff.). Die Entwicklung gestaltete sich im Einzelnen wie folgt: 6

Flurstück G1 (früher Flurstück G4): 7

Die Voreigentümer L/M schlossen am 13.08./15.08./23.08.2002 mit der T GmbH & Co. KG den als Anlage K1 eingereichten Nutzungsvertrag zum **Flurstück G4** (jetzt G1) über die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen u. a., wo es auszugsweise heißt: 8

§ 1 Vertragsgegenstand 9

1. Der Grundstückseigentümer gestattet dem Nutzer die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen (WEA), die Verlegung der erforderlichen Verbindungs- und Anschlussleitungen und die Errichtung der erforderlichen Schalt- und Messeinrichtungen sowie Umspann- und Transformatorenstationen sowie Umspann- und Transformatorenstationen sowie das Anlegen notwendiger Zuwegungen (lt. derzeitiger Planung ca. 2.400m²) und alle Arbeiten, die für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlagen erforderlich sind, ... 10

2. Der Standort der WEA, der Verlauf der Verbindungs- und Anschlussleitungen sowie die Position der Umspann- und Transformatorenstationen sind in einem Lageplan (..) einzuziehen. Der Lageplan wird nach Erstellung Bestandteil dieses Vertrages. Vorher gilt der vorläufige Lageplan. Der Grundstückseigentümer erklärt sich bereit, innerhalb des o.g. Flurstücks einer notwendigen Verschiebung der WEA und der sonstigen Anlagen gegenüber der Darstellung im vorläufigen Lageplan zuzustimmen, sofern hierdurch keine unzumutbaren Belastungen entstehen. [...] 11

4. Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich, die dem Nutzer im Rahmen dieses Vertrages eingeräumten Errichtungs- und Nutzungsrechte durch die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Grundbuch zu sichern. [...] 12

§ 2 Vertragslaufzeit 13

1. Der Vertrag beginnt mit dem Datum der Unterzeichnung. Das in § 1 genannte Flurstück wird mit dem Beginn der Bauarbeiten zur Verfügung gestellt. Sollte sich der Baubeginn jedoch um mehr als 3 Jahre nach Vertragsunterzeichnung verzögern, es sei den(n) es sprechen behördliche Verfügungen (z.B. Veränderungssperren) entgegen, steht beiden Vertragsparteien ein Kündigungsrecht dieses Vertrages mit einer Frist von einem Monat zum Ende des folgenden Monats zu. 14

<i>2. Die Laufzeit des Vertrages beträgt vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer einzigen WEA an gerechnet 25 Jahre. Der Nutzer erhält das Recht auf eine Verlängerungsoption von einmal 5 Jahren. [...]</i>	
<i>§ 4 Pflichten des Grundstückseigentümers</i>	16
<i>[...]</i>	17
<i>3. Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich ferner, auf dem in § 1 genannten Flurstück im Abstand von 500 m vom jeweiligen Standort keine fremde WEA, sonstigen Bauwerke und Hindernisse (z.B. Anpflanzungen schnellwüchsiger Gehölze) zu errichten oder deren Errichtung zuzustimmen. [...]</i>	18
<i>§ 7 Beendigung des Vertrages</i>	19
<i>1. [...]</i>	20
<i>Bei Beendigung des Vertrages ist der Nutzer verpflichtet, die WEA zu entfernen. Anschlussleitungen und die übrigen im Boden vorgenommenen Installationen inkl. Fundament sowie feste Zuwegungen sind vollständig unter Berücksichtigung der dann geltenden baurechtlichen Bestimmungen zu entfernen und der entstehende Hohlraum aufzufüllen, so dass die landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks wieder gewährleistet ist. [...]</i>	21
<i>§ 10 Besondere Vertragsvoraussetzungen</i>	22
<i>Der Vertrag wird nur wirksam, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:</i>	23
<i>a) Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. § 1 Abs. 4 ist im Grundbuch eingetragen.</i>	24
<i>b) Die zur Errichtung und zum Betrieb der WEA einschließlich Zubehör erforderlichen Genehmigungen sind erteilt.</i>	25
<i>c) Der Nutzer legt vor Baubeginn dem Grundstückseigentümer die Einverständniserklärung des Pächters vor.</i>	26
<i>Weiterhin verpflichtete sich die Betreiberin, dem Eigentümer eine jährliche Nutzungsentschädigung von 4,5 % der Einspeisevergütung pro Jahr und WEA, mindestens 12.000 €, zu zahlen. Ab dem 10. Betriebsjahr sollte sich die Nutzungsentschädigung auf 5 % bzw. mindestens auf 13.000 € erhöhen.</i>	27
<i>Der in § 1 Abs. 2 genannte Lageplan zum Nutzungsvertrag wurde nicht erstellt. Ein Plan wurde – so der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils – „daher auch nicht als Anlage zum schuldrechtlichen Nutzungsvertrag genommen“. Den Beteiligten bekannt war bei Vertragsschluss ein vorläufiger Lageplan (K27, Bl. 312 = Anlage K57, Bl. 638), wo keine Zuleitungen, Ableitungen oder sonstige Verbindungsleitungen, sondern lediglich die Standorte der Windenergieanlagen eingezeichnet waren, davon zwei auf dem Flurstück G4. Tatsächlich errichtete die Beklagte nur eine WEA im nördlichen Grundstücksbereich, und später wurde im südlichen Bereich (im Grenzbereich zum Fs. G7, das ebenfalls im Eigentum der Kläger steht) von der Drittwiderbeklagten eine weitere WEA errichtet, die Gegenstand der Widerklage ist.</i>	28

Am 18.07.2003 unterzeichneten die Voreigentümer L/M und die T GmbH & Co. KG eine „1. Änderungsvereinbarung“, die inhaltsgleich mit dem das Flurstück G3 betreffenden 1. Nachtrag (Bl. 636) ist.

Im erwähnten Kaufvertrag vom 24.05.2004 (Bl. 584 ff.) zwischen den Klägern und den Voreigentümern L/M heißt es auszugsweise unter „§ 6 besondere Vereinbarungen“: 30

„Die Käufer treten in alle Rechte und Pflichten des Vertrages zwischen den Verkäufern und der T GmbH & Co. KG vom 13./15. und 23.08.2002 nebst Ergänzung vom 15. und 18.07.2003 mit Ausnahme der Regelung in § 3 (Nutzungsentschädigung) des Vertrages vom 13./15. und 23.08.2002 ein. Die Nutzungsentschädigung steht weiterhin den Verkäufern zu“ (Bl. 588). 31

Die Kläger sind seit Juni 2005 als Eigentümer eingetragen. 32

Durch die – auch von den Klägern unterzeichnete – „2. Änderungsvereinbarung zum Nutzungsvertrag vom 13.08.2002“ vom 21.01.2005/16.12.2004 wurden die vertraglichen Rechte und Pflichte von der T GmbH & Co. KG auf die V GmbH & Co. KG übertragen (Bl. 14). 33

Unter dem 30.09.2005 bewilligten die Kläger in der Anlage K4 (Bl. 25) zugunsten der Beklagten sowie der V GmbH und Co. KG eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nebst Vormerkung hinsichtlich des Flurstücks G4 (G1). Dort heißt es: 34

„Hiermit bestellen wird die Eintragung jeweils einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in Abt. II des Grundbuches auf dem obigen Grundstück [...] in Form eines Erstellungs-, Betriebs- und Nutzungsrechts bezüglich der Errichtung von Windkraftanlagen. 35

Die jeweilige Begünstigte ist berechtigt, eine Windkraftanlage mit einem Fundament, einer Kranstellfläche sowie Schalt-, Mess- und Transformatorstationen zu errichten, zu betreiben, zu nutzen, zu erneuern und zu entfernen. Die Begünstigte ist ferner berechtigt, eine befestigte Zuwegung (Schotterweg) in einer Breite von max. 5 m herzustellen, zu unterhalten und in dem zur Errichtung, zur Erhaltung und zum Betrieb der Windkraftanlagen erforderlichen Umfang zu betreten und zu befahren, sowie die für den Anschluss der Windkraftanlage erforderlichen zu- und abgehenden Leitungen (Kabel) zu verlegen, zu unterhalten und zu erneuern. Der Standort der Windkraftanlage, der Zuwegung und Kabelanlagen ergibt sich aus dem anliegenden Lageplan. 36

Die Begünstigte ist berechtigt, im Rahmen des vorbezeichneten Windparkprojektes Kabelsysteme einschließlich der Nebenanlagen (wie z.B. Steuerungs- und Informationskabel, Kabelschutzrohre, Kabelmerksteine) gemäß beiliegendem Lageplan zu verlegen, zu unterhalten und gegebenenfalls zu erneuern.“ 37

Weiter heißt es: 38

„Die Kabel werden so tief verlegt, dass die Erdabdeckung mindestens 0,80 m beträgt. Die landwirtschaftliche Bewirtschaftung der Kabeltrasse wird gewährleistet. Auf dem Grundstück dürfen für die Dauer des Betriebes der Windkraftanlage keine baulichen Anlagen errichtet oder sonstige Einwirkungen vorgenommen werden, die den Bestand oder den Betrieb der Anlage beeinträchtigen oder gefährden. Insbesondere sind in einem Schutzstreifen von 1 m beidseits der Mittelachse der Kabeltrasse Bauwerke, Absenkungen des Geländes sowie leitungsgefährdende Anpflanzungen und Vorrichtungen nicht bzw. nur mit schriftlicher 39

Genehmigung der Begünstigten statthaft.“

Der Bewilligung lag ein Lageplan vom 08.06.2005 (Bl. 28) bei mit den Unterschriften der Kläger. Die Eintragung der Dienstbarkeit erfolgte am 21.10.2005. Mit dreiseitiger Übertragungsvereinbarung vom 04.11./ 16.12.05/20.01.06 (Bl. 22) übertrug die V GmbH & Co. KG den Nutzungsvertrag auf die Beklagte. 40

Flurstück G3: 41

Für das Flurstück G3 schloss der Kläger zu 1. als alleiniger Eigentümer unter dem 20.08./23.08.2002 mit der T GmbH & Co. KG einen inhaltlich dem schon dargestellten Vertrag entsprechenden Nutzungsvertrag (vgl. Anlage K13, Bl. G5). Beide Vertragsparteien unterzeichneten zudem am 15.07.2003/ 01.08.2003 einen „1. Nachtrag“ dazu (Bl. 547). 42

Auch hier gibt es eine „2. Änderungsvereinbarung zum Nutzungsvertrag vom 20.08.2002“ vom 21.1.2005 (Bl. 549), die im Wesentlichen der Vereinbarung zum Flurstück G4 (G1) entspricht. 43

Am 30.09.2005 bewilligte der Kläger zugunsten der V GmbH und Co. KG und der Beklagten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Bl. 151). Der Lageplan vom 08.06.2005 wurde auch hier – als vergrößerter Ausschnitt – als Anlage zur Urkunde genommen (vgl. Bl. 154). Und mit dreiseitiger Übertragungsvereinbarung vom 04.11./16.12.05/20.01.06 übertrug die V GmbH & Co. KG auch insoweit die Rechte aus dem Nutzungsvertrag auf die Beklagte. 44

Flurstück G2: 45

Ferner schlossen die Kläger mit der V GmbH und Co. KG unter dem 21.01./14.01.2005 über das Flurstück G2 einen Nutzungsvertrag (Bl. 142) insbesondere zur Anlage einer Kabeltrasse und eines Wartungsweges. Auch insoweit bewilligten die Kläger am 30.09.2005 zugunsten der V GmbH und Co. KG und der Beklagten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Bl. 155). Der Lageplan vom 08.06.2005 wurde auch hier – als vergrößerter Ausschnitt – als Anlage zur notariellen Urkunde genommen (vgl. Bl. 158). 46

Flurstück G5 (früher G6): 47

Nach dem Klageantrag zu 6 soll sich auf dem Flurstück G5 eine zurückzubauende Wegefläche finden, was die Parteien im Senatstermin vom 20.08.2020 bestätigt haben. Auch dies beruht auf vertraglichen Absprachen, die inhaltlich jedoch nicht vorgetragen wurden. 48

Zur Verlegung der Kabel: 49

Die im September 2005 bewilligten Dienstbarkeiten nehmen jeweils auf einen beigefügten Lageplan vom 08.06.2005 Bezug (vgl. die Pläne Bl. 65 und 28, die – abgesehen vom Kartenausschnitt und den handschriftlichen Markierungen auf Bl. 65 – identisch sind). 50

Danach war eine Verlegung der stromführenden Leitungen von den jeweiligen Windenergieanlagen entlang der Zuwegungsflächen nach Norden vorgesehen, und dort sollten die Leitungen entlang dem parallel zur Grundstücksgrenze verlaufenden Bewirtschaftungsweg weitergeführt werden (so die grüne Markierung auf Bl. 65) Tatsächlich sind die Kabeltrassen („interne Trassen“) nebst parallel dazu verlaufenden Telekommunikationsleitungen aber der blauen Markierung (Bl. 65) entsprechend verlegt worden, also vom Trafohaus an der WEA 11 (auf dem damaligen Fs. G4) direkt nach Osten zur WEA 15 auf dem Fs. G3 und nach Westen zum Trafohaus an der WEA 13 auf dem 51

damaligen Flurstück G8 (jetzt G9).

Ferner führen Kabel in einer „externen Trasse“ etwa mittig von dem Flurstück G4 (G1) nach Süden, was auch nach dem Lageplan vorgesehen war. Insoweit wurden bereits 2001 bzw. 2002 im Zuge der Errichtung des Windparks X durch die Firma C GmbH im Auftrag der F GmbH Kabel verlegt (vgl. Bl. 108 und 119). 52

Die Verlegung der Kabel erfolgte in einer Tiefe von 1,20 m. 53

Durch die interne Kabeltrasse sind alle Anlagen miteinander verbunden. Der produzierte Strom wird über die interne Trasse auf das Flurstück G4 zur dortigen WEA nebst Trafohaus geführt und von dort aus über die in Nord-Südrichtung verlaufende externe Kabeltrasse zum Umspannwerk abgeleitet. 54

Die Kläger hatten jedenfalls seit dem 17.11.2006 aufgrund eines ihnen übersandten Bestandsplans Kenntnis von der tatsächlichen Kabelverlegung. Eine frühere Kenntnis schon Ende 2005 ist streitig, ebenso der Grund für die vom Lageplan abweichende Verlegung der Kabel. 55

Mit anwaltlichem Schreiben vom 02.05.2007 (Bl. 84) forderten die Kläger die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 31.07.2007 auf, die Kabelanlagen entsprechend dem Plan vom 08.06.2005 zu verlegen. Das wurde zurückgewiesen (Bl. 88). 56

Strafanzeige: 57

Mit anwaltlichem Schreiben vom 01.12.2008 (Bl. 217) erstattete der Kläger zu 1. gegen die früheren Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten, Q und D, Strafanzeige mit dem Vorwurf, die Beschuldigten hätten über den Beginn der Inbetriebnahme der beiden auf seinen Flurstücken errichteten Anlagen getäuscht. 58

Sie hätten wahrheitswidrig mit Schreiben vom 24.04.2007 (Bl. 36 der Beiakte I) behauptet, dass die Anlagen erst im Januar 2006 in Betrieb genommen worden wären. Tatsächlich seien die Anlagen bereits Ende 2005 in Betrieb genommen worden. Hierdurch habe er erhebliche Nachteile erlitten, weil der Einspeisevergütungstarif (auch für die Folgejahre) bei einer Inbetriebnahme in 2005 höher sei als 2006. Durch die von der Beklagten – unstreitig mit Schreiben vom 11.05.2007 aus „Kulanzgründen“ – zugebilligten Abrechnung des Einspeisetarifs 2005 entfallende allenfalls ein gegenwärtiger Schaden, aber jedenfalls ab dem 10. Betriebsjahr entstehe ihm ein Schaden, weil dann die vereinbarte jährliche Mindestvergütung auf 16.000 € steige. Mit der Darstellung der Beklagten zur Inbetriebnahme der Anlagen verschiebe sich die Erhöhung der Mindestvergütung um ein Kalenderjahr. 59

Die Staatsanwaltschaft Rostock leitete ein Ermittlungsverfahren wegen versuchten Betruges zum Nachteil des Energieanbieters W pp. und zum Nachteil des Klägers zu 1. ein und stellte das Verfahren zum Nachteil des Klägers mit Abschlussverfügung vom 03.06.2011 (Bl. 201) gemäß § 153 Abs. 1 StPO ein. Das Verfahren zum Nachteil von W pp. wurde zunächst nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt und endete nach erneuter Aufnahme mit einem freisprechenden Urteil des AG Bad Doberan vom 9.12.2013; die Akten (431 Js 3053/09 StA Rostock = 7 Ls 118/13 AG Bad Doberan) sind beigezogen. 60

Kündigungs- und Widerrufserklärungen: 61

Mit anwaltlichem Schreiben vom 14.07.2011 (Bl. 203) – also während des seit 2009 laufenden Rechtsstreits – erklärten die Kläger die Kündigung sämtlicher 62

Nutzungsvereinbarungen aus wichtigem Grund und forderten die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 15.10.2011 fruchtlos dazu auf, die Anlagen nebst Infrastruktur zu entfernen. Das von der Staatsanwaltschaft Rostock festgestellte strafbare Verhalten der Geschäftsführer Q und D sei ein Kündigungsgrund.

Unter dem 12.10.2011 (Bl. 262) erklärten die Kläger erneut die Kündigung mit der Begründung, die Beklagte habe zwischenzeitlich versucht, sie (die Kläger) im Rahmen von Vergleichsverhandlungen durch falsche Zahlenangaben in Bezug auf zu erwartende Abschattungsverluste durch eine von den Klägern geplante WEA zu täuschen. 63

Mit Anwaltsschreiben vom 25.02.2014 (Bl. 526) erklärten die Kläger den Widerruf sämtlicher Verträge unter Hinweis darauf, dass sie Verbraucher und vor Abschluss der jeweiligen Verträge nicht über das ihnen zustehende gesetzliche Haustürwiderrufsrecht belehrt worden seien. Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.05.2014 (Bl. 544) erklärten die Kläger erneut den Widerruf bezogen auf das Flurstück G1 (G4). 64

2012 errichtete die Drittwiderbeklagte im Grenzbereich der Flurstücke G4 (G1) und G7 (auch im Eigentum der Kläger stehend) eine WEA, die von der Anlage der Beklagten auf dem Flurstück G4 rund 350 m entfernt ist. Der Kläger zu 1. ist Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer der Komplementärin der Drittwiderbeklagten sowie alleiniger Kommanditist der KG. 65

Mit ihrer 2009 erhobenen **Klage** haben die Kläger zunächst die Entfernung der Kabel-trassen auf dem ehemaligen Flurstück G4 sowie nach Klageerweiterung auch auf den Flurstücken G2 und G3 geltend gemacht und mit weiterer Klageerweiterung den Rückbau sämtlicher Anlagen. Dazu seien die Beklagten verpflichtet, denn die Nutzungsverträge seien durch Kündigung und Widerruf beendet. 66

Die Kündigungen aus wichtigem Grund seien wirksam, weil ihnen eine Fortsetzung der Vertragsverhältnisse nicht mehr zuzumuten sei. Die Geschäftsführer Q und D hätten versucht, sie über den Zeitpunkt der Inbetriebnahme zu täuschen. Die vertraglich vorgesehene Erhöhung der Mindestvergütung ab dem 10. Betriebsjahr verschiebe sich dadurch um ein Jahr. Unter diesem Gesichtspunkt entstehe ihnen trotz Ausgleichszahlungen der Beklagten ein Schaden in Höhe von 4.000 €. 67

Zudem habe die Beklagte die Nutzungsentschädigung nicht pünktlich, sondern erst auf Mahnungen gezahlt. Schließlich habe sie auch versucht, sie, die Kläger, in den Vergleichsverhandlungen zur Zahlung eines „mit falschen Zahlen gefütterten“ Ausgleichsbetrags zu veranlassen. 68

Die Kündigungen seien auch nicht gem. § 314 Abs. 3 BGB verfristet. Eine frühere Kündigung sei ihnen nicht möglich gewesen, da sie zunächst den Ausgang des gegen die Geschäftsführer der Beklagten gerichteten Strafverfahrens hätten abwarten dürfen. 69

Der von ihnen erklärte Widerruf sei wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung wirksam. Hinsichtlich des Nutzungsvertrags zum Flurstück G3 stehe dem Kläger ein eigenes Widerrufsrecht zu. Das Widerrufsrecht der Voreigentümer L/M für das Flurstück G4 (G1) sei von diesen an die Kläger mit dem Kaufvertrag vom 24.05.2004 abgetreten worden. 70

Die Voraussetzungen eines „Haustürgeschäfts“ und eines „Überraschungsmoments“ seien jeweils gegeben. Im Mai 2002 hätten sie bei Ausführung von Bauarbeiten in ihrem Haus in N unangemeldet Besuch eines Herrn E aus R erhalten, der sie im Auftrag der T GmbH & Co. 71

KG über die Planung eines Windparks in unmittelbarer Nähe habe informieren wollen. Dieser habe auch den Voreigentümer L gebeten, an dem Gespräch teilzunehmen, und ihnen die damalige Planung des Windparks sowie die Renditemöglichkeiten einer Nutzung ihrer Grundstücke für die Windenergie präsentiert. Schriftstücke oder Planunterlagen habe er ihnen nicht überlassen. Auf späteres Drängen sei es dann im Juli 2002 zu einem weiteren Gespräch im Haus von M in A gekommen, die sie, die Kläger, zuvor um Teilnahme gebeten habe. Anhand eines Vertragsexemplars der T GmbH & Co. KG sei ihnen dann die Planungs- und beabsichtigte Vertragssituation erläutert worden. Das 45minütige Gespräch habe mit dem Hinweis geendet, dass nunmehr Nutzungsverträge erstellt und übersandt würden. Weitere Gespräche habe es nicht mehr gegeben. Da ihnen anlässlich dieses Gesprächs erneut keine Unterlagen überlassen worden seien, hätten sie keine Gelegenheit gehabt, sich mit dem Vertrag zu befassen und diesen zu überprüfen. Diese „Haustürsituation“ habe bis zur Übersendung und Unterzeichnung der Verträge fortgewirkt.

Im Übrigen müssten die Kabel auch deswegen entfernt werden, weil sie allein aus wirtschaftlichen Gründen abweichend zum Lageplan vom 08.06.2005 verlegt worden seien. Ihnen sei aufgrund ihrer eigenen Planungen auch in besonderer Weise daran gelegen, dass der Lageplan vom 08.06.2005 eingehalten werde. Auch der Bebauungsplan der Gemeinde gebe vor, dass die Leitungen und Kabeltrassen in oder unterhalb der Wegeflächen entlang der jeweiligen Grundstücksgrenzen zu verlegen seien. Maßgeblich seien auch nicht die Nutzungsverträge, sondern allein die Dienstbarkeitsvereinbarung vom 21.09./30.09.2005 nebst Lageplan vom 08.06.2005. 72

Die Kläger haben sinngemäß beantragt, 73

die Beklagte zu verurteilen, 74

1. eine auf dem Grundstück G1 in U in nord-südlicher Richtung verlaufende „externe Kabeltrasse zum UW“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen; 75

2. eine auf dem Grundstück G1 in U von der Westgrenze bis zum Trafo an der Windenergieanlage sowie eine von der Ostgrenze bis zum Trafo an der Windenergieanlage jeweils mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel verlaufende „interne Kabeltrasse“ zu entfernen; 76

3. eine im südlichen Teil des Grundstückes G2 in U von Ost nach West verlaufende „interne Kabeltrasse“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen; 77

4. eine auf dem Grundstück G3 in U von Ost nach West verlaufende „interne Kabeltrasse“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen; 78

5. die auf dem Grundstück G1 und die auf dem Grundstück G3 in U errichteten Windenergieanlagen nebst jeweiliger Zuwegung und Zu- und Ableitungskabeln zu entfernen und die Wege-, Bau-, und Windenergieanlagen-nutzungsflächen fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen; 79

6. die auf dem Grundstück G5 (frühere Katasterbezeichnung G6) in U befindliche Wegefläche fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen; 80

7. den auf dem Grundstück G2 in U gebauten Fahrweg und dort verlegte Stromkabel zu entfernen und die Wegefläche fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen. 81

Die Beklagte hat beantragt,	82
die Klage abzuweisen.	83
Sie hat die Aktivlegitimation der Klägerin in Bezug auf das Flurstück G3 in Abrede gestellt. Ansprüche wegen angeblich vertragswidriger Verlegung der Leitungen seien jedenfalls verjährt. Dem Kläger sei der Leitungsverlauf seit Beginn der Kabelarbeiten Ende 2005 bekannt gewesen. Er habe die Arbeiten Ende 2005 wiederholt beobachtet.	84
Die Verträge seien auch nicht beendet. Ein wichtiger Grund zur Kündigung der Verträge liege nicht vor. Die Einstellungsverfügung der StA Rostock vom 03.06.2011 entfalte keine auch nur indizielle Wirkung. Jedenfalls sei die Kündigung verspätet, da den Klägern der maßgebliche Sachverhalt bereits seit 2007 bekannt gewesen sei.	85
Die Verträge seien auch nicht wirksam widerrufen worden. Ein etwaiges Widerrufsrecht der Voreigentümer sei gem. § 6 des Kaufvertrags vom 24.05.2004 bereits nicht auf die Kläger übergegangen. Jedenfalls lägen aber die Voraussetzungen für einen Widerruf sowie ein Haustürgeschäft nicht vor. Bei den Gesprächen im Mai und Juli 2002 seien noch keine konkreten Verhandlungen geführt worden. Eine Überrumpelungssituation liege weder für die Kläger noch für L/M vor. Sie hätten nach Übersendung der Unterlagen jeweils ausreichend Zeit zur Prüfung gehabt. Da die Verträge bereits vor mehr als 10 Jahren geschlossen und anschließend wiederholt bestätigt und gelebt worden seien, sei ein Widerrufsrecht jedenfalls verwirkt. Sie, die Beklagte, habe schließlich im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Verträge Investitionen in Millionenhöhe erbracht.	86
Die Kläger hätten unabhängig davon auch keinen Anspruch auf Entfernung der Kabel. Der beabsichtigte Lageplan habe nur sicherstellen sollen, dass der Eigentümer den Pächter über die Lage der Kabel informieren könne, aber keine Beschränkungen der Betreiber bezweckt. Es habe Einvernehmen bestanden, dass die Betreiber die örtliche Lage der Anlagen und der Kabeltrassen im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Notwendigkeiten auch im Interesse einer möglichst preisgünstigen Realisierung des Gesamtvorhabens völlig frei hätten planen dürfen. Ob die geänderte Verlegung in vorsätzlicher oder fahrlässiger Verkennung der Gegebenheiten erfolgt sei, sei nicht mehr aufklärbar (Bl. 798; zunächst hatte sie vermeintliche Sachgründe angeführt, Bl. 60).	87
Eine Beschränkung der ihr eingeräumten Nutzungsrechte ergebe sich auch nicht aus den Dienstbarkeiten. Denn Nutzungsvertrag und Grunddienstbarkeit seien unabhängig voneinander zu betrachten. Jedenfalls aber seien die Kläger aufgrund des schuldrechtlichen Nutzungsvertrags verpflichtet, eine Änderung der Dienstbarkeit dahingehend zu bewilligen, dass ein der tatsächlichen Kabelführung entsprechender Lageplan zur Grundlage der Dienstbarkeit gefertigt werde.	88
Da die in 1,20 m Tiefe verlegten Kabel keine praktischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Belastungen oder Beeinträchtigungen für die Grundstücke oder ihre nur möglichen landwirtschaftlichen Nutzung darstellten, sei das Verlangen der Kläger rechtsmissbräuchlich und schikanös.	89
Dem Anspruch auf Verlegung stehe auch § 275 Abs. 2 BGB entgegen; eine Neuverlegung koste ca. 150.000 € (Bl. 61). Auf der anderen Seite sei sie „um des lieben Frieden willen“ auch zu einer Verlegung bereit (Bl. 875).	90

Mit ihrer **Widerklage sowie Drittwiderklage** nimmt die Beklagte die drei Widerbeklagten auf Rückbau der 2012 errichteten WEA der Drittwiderbeklagten sowie auf Unterlassung und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch.

Die Beklagte meint, mit dem Errichten und Betreiben dieser WEA sei die 92
Abstandsverpflichtung gem. § 4 Abs. 3 des Nutzungsvertrags verletzt. Zudem folge ein Unterlassungs- und Rückbauanspruch auch aus §§ 1004, 1090, 1018, 1027 BGB. Gegenüber der Drittwiderbeklagten bestehe außerdem ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, da sie positive Kenntnis von den vertraglichen Vereinbarungen gehabt und somit einen Rechtsbruch durch die Kläger ausgenutzt habe.

Die vertragswidrige WEA verursache bis zum Ende der Vertragslaufzeit 93
„Abschattungsverluste“ durch „Windklau“ in Höhe von 560.000 €. Sie müsse sich auch nicht auf mögliche Ausgleichszahlungen durch die Kläger und etwaige Sekundärrechte verweisen lassen. Auch eine von den Klägern angeführte „Abschattungsunterdrückung“, etwa durch den Abbau lediglich des Rotors und der Gondel, führe zu keiner weiteren realistisch messbaren Verringerung der Abschattungsverluste.

Der Bau von zwei Windenergieanlagen auf dem Flurstück G4 (G1) sei weder mit den 94
Voreigentümern L/M vereinbart worden noch Geschäftsgrundlage geworden. Dies sei zwar in den ursprünglichen Planungen und dem vorläufigen Lageplan vorgesehen gewesen, doch bestehe keine vertragliche Verpflichtung. Da der politische Wille der Gemeinde in der Planungsphase sowie auch noch im Jahr 2004 gegen eine zweite WEA auf diesem Flurstück gerichtet gewesen sei, habe sie auf eine Realisierung einer weiteren WEA verzichtet, um das Gesamtprojekt nicht zu gefährden. Sie habe der Errichtung der WEA der Drittwiderbeklagten auch nicht zugestimmt. Entsprechende Verhandlungen seien zwar zeitweilig geführt, aber nicht erfolgreich abgeschlossen worden.

Die Beklagte hat widerklagend beantragt, 95

1. die Kläger und die Drittwiderbeklagte als Gesamtschuldner zu verurteilen, es zu 96
unterlassen, auf dem Flurstück G4 (zwischenzeitlich: G1) Gemeinde U Windenergieanlagen in einem Abstand von weniger als 500 m zur bestehenden Windenergieanlage Nr. 11 (WEA 11), deren Standort sich aus folgender Zeichnung ergibt, zu errichten oder zu betreiben oder die Errichtung oder Betrieb durch einen Dritten zu gestatten:

Von einer Darstellung des Lageplans wird abgesehen (die Redaktion). 97

2. den Klägern und der Drittwiderbeklagten für jede Zuwiderhandlung gegen das 98
Unterlassungsgebot nach Ziffer 1.) eine Verurteilung zu einem Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, in Bezug auf die Drittwiderbeklagte zu vollziehen an dem Geschäftsführer, anzudrohen;

3. die Kläger und die Drittwiderbeklagte zu verurteilen, die auf dem Flurstück G4 99
(zwischenzeitlich: G1), Gemeinde U errichtete Windenergieanlage (WEA 01 in der Zeichnung zu Ziffer 1) bis auf das Fundament zurückzubauen;

4. festzustellen, dass die Drittwiderbeklagte und die Kläger als Gesamtschuldner ihr jeglichen 100
Schaden zu ersetzen haben, der ihr durch die Errichtung oder den Betrieb einer weiteren Windenergieanlage neben ihrer Windenergieanlage auf dem zu Ziffer 1. genannten Grundstück bis zur Erfüllung der Verpflichtung unter Ziffer 3. entstanden ist oder noch entstehen wird.

Die Kläger und die Drittwiderbeklagte haben beantragt, 101
die Widerklage abzuweisen. 102

Sie haben die Unzulässigkeit der parteierweiternden Widerklage gerügt und sich in der Sache 103
u. a. darauf berufen, dass sie nicht an das vertragliche Abstandsgebot gebunden seien. Die
allein maßgebliche Dienstbarkeitsvereinbarung sehe ein Abstandsgebot nicht vor. Die neue
WEA beeinträchtige und gefährde auch nicht den Bestand und den Betrieb der weiteren
WEA. Der Abschattungsverlust der Beklagten sei gering und belaufe sich auf jährlich 4.347 €. Nach dem vorläufigen Lageplan hätten ohnehin zwei Anlagen gebaut werden sollen. Es sei damit lediglich die Errichtung einer dritten, nicht aber einer zweiten WEA verboten, mit der nur der ursprünglich vorgesehene Zustand hergestellt worden sei. Zudem habe die Beklagte selbst die Abstandsvorgabe durch den Bau weiterer Anlagen verletzt. Die neue WEA sei im Übrigen mit Unterstützung und Zustimmung des damaligen Geschäftsführers der Beklagten D projektiert und errichtet worden. Ein Rückbau sei mit Verlusten in Höhe von 2.183.956,50 € verbunden und daher unverhältnismäßig.

Das **Landgericht** hat Parteien angehört, drei Zeugen vernommen, die Ermittlungsakten 104
verwertet und sodann die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Zur
Begründung hat es ausgeführt:

Die Klage sei unbegründet. In Bezug auf das Flurstück G3 (Anträge zu 4. und 5.) sei – was 105
mit der Berufung nicht angegriffen wird – die Klägerin (zu 2.) bereits nicht aktivlegitimiert.

Ein vertraglicher Anspruch auf Entfernung der WEA der Beklagten nebst Infrastruktur bestehe 106
nicht. Insbesondere seien die Verträge nicht beendet worden. Ein wirksamer Widerruf
scheitere daran, dass die Kläger nicht bewiesen hätten, dass der Kläger (Flurstück G3) und
die Voreigentümer L/M (Flurstück G4 (G1)) gerade aufgrund eines Haustürgeschäfts zum
Vertragsabschluss bestimmt worden seien.

Auch die außerordentliche Kündigung sei nicht wirksam; die Kündigung vom 14.07.2011 sei 107
jedenfalls verfristet, weil entgegen § 314 Abs. 3 BGB nicht innerhalb einer angemessenen
Frist erklärt worden. Die Kündigung werde auf einen Sachverhalt gestützt, von dem die
Kläger bereits seit 2007 objektiv sichere (Tatsachen-)Kenntnis gehabt hätten und hinsichtlich
dessen der Kläger zu 1) unter dem 01.12.2008 bereits Strafanzeige erstattet habe. Darüber
gehe auch die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Rostock vom 03.06.2011 nicht
hinaus. Zudem habe die Beklagte den Klägern aus „Kulanzgründen“ schon 2007, also vor
Erstattung der Strafanzeige, eine Abrechnung nach dem Einspeisetarif auf Basis des Jahres
2005 angeboten, um „*das Verhältnis der Vertragsparteien in eine ordentliche
Zusammenarbeit münden zu lassen*“. Die Beklagte habe tatsächlich eine Nachzahlung
geleistet, die die Kläger auch unstreitig angenommen hätten. Die Kläger hätten damit durch
das lange Zuwarten bis zur Kündigung zum Ausdruck gebracht, dass ihnen ein Festhalten am
Vertrag gerade nicht unzumutbar gewesen sei. Sie hätten die Vertragsverhältnisse in der
Folgezeit im Übrigen auch „gelebt“. Die Kündigungen setzten sich dazu in Widerspruch.

Der Einwand, eine frühere Kündigung sei bis zur Einstellungsmitteilung der StA Rostock 108
mangels positiver Kenntnis vom Vorliegen einer Straftat nicht möglich gewesen, sei nicht
tragfähig. Das Strafverfahren habe nicht dem zusätzlichen Erkenntnisgewinn, sondern allein
der Bewertung und Aufarbeitung der den Klägern bereits bekannten Tatsachen gedient. Das
rechtfertige kein längeres Zuwarten.

Ein von den Klägern angeführter weiterer Schaden in Höhe von 4.000 € wegen der Verschiebung der vertraglichen Erhöhung der Mindestvergütung ab dem 10. Betriebsjahr um ein Kalenderjahr rechtfertigt nicht die Annahme eines wichtigen Kündigungsgrundes.

Hinsichtlich der Kündigung vom 12.10.2011 liege bereits kein wichtiger Grund vor; aus den Vergleichsverhandlungen ergebe sich keine Täuschungshandlung der Beklagten. 110

Unterschiedliche Auffassungen in Bezug auf zu befürchtende Abschätzungsverluste bei der Errichtung einer weiteren WEA begründeten keinen wichtigen Grund. Darüber hinaus sei auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Klägern mit E-Mail vom 11.04.2011 (Bl. 260) vorgeschlagen habe, die entstehenden Abschätzungsverluste durch einen Sachverständigen konkret berechnen zu lassen.

Im Übrigen wäre die Kündigung auch insoweit verfristet, weil die Kläger schon aufgrund der Schreiben vom 15.03.2011 und 11.04.2011 Kenntnis von den als Kündigungsgrund angeführten Tatsachen gehabt hätten. Auch unpünktliche Zahlungen begründeten keinen wichtigen Grund, zumal die Rückstände einschließlich Verzugszinsen ausgeglichen worden seien. 111

In Bezug auf die strafrechtlichen Ermittlungen zum Nachteil des Energieversorgers W/I liege ebenfalls kein Kündigungsgrund vor. Maßgeblich sei allein die Beziehung der Parteien, nicht aber das Verhalten der Beklagten gegenüber einem unbeteiligten Dritten. 112

Die schuldrechtlichen Nutzungsverträge seien auch nicht durch die jeweiligen Vereinbarungen vom 21.09./30.09.2005 zur Bewilligung und Beantragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit abgeändert, ersetzt oder aufgehoben worden; dagegen spreche auch, dass die Übertragungsvereinbarung vom 04.11./16.12.05/20.01.2006 erst nach der Dienstbarkeitsvereinbarung geschlossen worden sei und die Präambel explizit auf den Nutzungsvertrag vom 13.08./15.08./23.08.2002 und die jeweiligen Änderungsvereinbarungen Bezug nehme. Der Bezugnahme hätte es nicht bedurft, wenn die früheren schuldrechtlichen Vereinbarungen tatsächlich durch die Dienstbarkeitsvereinbarung aufgehoben und sämtliche Vereinbarungen ausschließlich dort getroffen worden wären. 113

Die Kläger könnten auch nicht aus sonstigen Gründen die Entfernung der Kabel verlangen. Eine etwaige Leistungspflicht der Beklagten sei jedenfalls gem. § 275 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Zudem stehe einem etwaigen Beseitigungsanspruch der Kläger die v. A. w. zu berücksichtigende sog. dolo-agit-Einrede als Unterfall einer unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegen, weil die Kläger einer vom Lageplan abweichenden Verlegung der Kabeltrassen im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung hätten zustimmen müssen. 114

Die (Dritt-)Widerklage sei zulässig und auch begründet. Der geltend gemachte Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch folge einerseits aus § 4 Abs. 3 des schuldrechtlichen Nutzungsvertrags vom 13.08./15.08./23.08.2002 i. V. m. der Übertragungsvereinbarung vom 04.11.2005/16.12.2005 und unabhängig von der vereinbarten Abstandsregelung von 500 m auch aus der Dienstbarkeit. 115

Der Anspruch sei auch selbst dann nicht nach § 275 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn die drohenden Abschätzungsverluste sich (wie klägerseits vorgetragen) auf jährlich nur 4.347 € beliefen. Denn schon dann errechne sich bis zum Ende der Vertragslaufzeit 2027 – ohne Ausübung der Verlängerungsoption – ein Schaden von ca. 65.205 €. Der Kostenaufwand für den reinen Rückbau der Anlage belaufe sich demgegenüber auf ca. 100.000 € und stehe damit auch unter Berücksichtigung des Verschuldens der Kläger nach § 275 Abs. 2 Satz 2 116

BGB nicht völlig außer Verhältnis zum Gläubigerinteresse.

Das für den (Dritt-)Widerklageantrag zu Ziff. 4. gem. § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liege vor. Der Vorrang der Leistungsklage stehe nicht entgegen, da zwar ein Teil des Anspruchs bereits bezifferbar, die Schadensentwicklung aber insgesamt noch nicht abgeschlossen sei. Der Feststellungsantrag sei deshalb auch begründet. 117

Hiergegen wenden sich die Kläger und die Drittwiderbeklagte mit ihrer **Berufung**, wobei die Klägerin (zu 2) die Klageabweisung in Bezug auf die Flurstücke G6 (G5) und G3 mangels Aktivlegitimation akzeptiert. 118

Sie meinen, alle schuldrechtlichen Nutzungsverträge seien beendet, sowohl durch Widerruf als auch durch Kündigung. Maßgeblich seien zudem allein die Dienstbarkeitsvereinbarungen vom 29.09./30.09.2005, die die schuldrechtlichen Vereinbarungen ersetzt hätten (Bl. 1012). Gleichwohl stützen die Kläger ihre Ansprüche auf § 7 Abs. 1 der Nutzungsverträge. 119

Zum Widerruf (in Bezug auf das Flurstück G3) meinen sie, der – lt. landgerichtlichem Urteil – „unangemeldete“ Besuch des Herrn E im Mai 2002 begründe eine Überraschungs- und Überrumpelungssituation. Fehlerhaft blende das Urteil einerseits die Überrumpelungssituation im Mai 2002 als Auslöser der Haustürsituation aus und nutze diese andererseits, um den Kläger in der Gesprächssituation im Juli 2002 als ausreichend informiert darzustellen. Das sei ein unzulässiges „Rosinenpicken“; es hätte entweder auf Mai 2002 oder auf Juli 2002 als maßgebliche Gesprächssituation abgestellt werden müssen. Im Juli 2002 habe der Kläger zudem keine „*Kenntnisse im Bereich der Windenergiebranche*“ gehabt und damit bis zur Projektierung der eigenen WEA keine Berührungspunkte gehabt. Die Haustürsituation habe bis zum Vertragsschluss fortgewirkt; sie sei *conditio sine qua non*. 120

Beim Flurstück G4 (jetzt G1) der damaligen Eigentümer L/M komme es nicht auf die im Nachgang zu dem Gespräch im Juli 2002 geführten Vertragsverhandlungen an, sondern auf den Erstkontakt, der für den Zeugen L im Mai 2002 und für Frau M im Juli 2002 vorgelegen habe. Auch insoweit habe die Haustürsituation bis zum Vertragsschluss fortgewirkt und sei *conditio sine qua non*. Ein Haustürgeschäft liege auch dann vor, wenn der erste Besuch zwar bereits mehrere Wochen zurückgelegen habe, die Überraschungssituation und die Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit aber dadurch fortwirkten, dass der Vertreter Finanzunterlagen zur Prüfung erhalten und auf deren Grundlage vereinbarungsgemäß ein Anlagenkonzept erarbeitet habe. 121

Die außerordentlichen Kündigungen seien nicht verfristet; das landgerichtliche Urteil vermenge einfache Sinneswahrnehmungen des Klägers mit den daraus zu ziehenden Schlüssen. Sie hätten zwar im Zeitraum vom 27.12.2005 bis zum 30.12.2005 den im Bau befindlichen Windpark in Augenschein genommen und drei errichtete Anlagen gesehen, von denen sich zwei auf ihren Grundstücken G4 (G1) und G3 befunden hätten. Weiterhin hätten sie wahrgenommen, dass sich die Anlagen gedreht hätten, aber nicht beurteilen können, ob dies auf einen bloßen „Trudelbetrieb“ oder eine Inbetriebnahme zurückzuführen gewesen sei. Der Kläger habe nur gedacht, es sei erfreulich, dass der Bau offensichtlich vorangehe. Wahrheitswidrige Angaben der Beklagten habe er doch nicht vorausahnen können. Dies betreffe auch die Verlegung der Kabel, die zudem abgedeckt gewesen seien. Positive Kenntnis, was sich hinter ihrer bloßen Sinneswahrnehmung im Dezember 2005 verborgen habe, hätten sie erst mit der Einstellungsverfügung der StA erhalten. Der Abschlussvermerk sei am 19.06.2011 bei ihnen eingegangen. Die Kündigungserklärung vom 14.07.2011 sei dann auch angesichts der notwendigen Prüfungszeit rechtzeitig gewesen. 122

Die Auffassung des Landgerichts laufe im Übrigen darauf hinaus, dass eine unzulässige Verdachtskündigung hätte ausgesprochen werden müssen, was näher ausgeführt wird.

Ein Kündigungsgrund bestehe auch insoweit, als sich die strafbaren Handlungen gegen einen 124 am Vertragsverhältnis unbeteiligten Dritten (W pp.) gerichtet hätten. Für sie sei ausschlaggebend gewesen, dass die strafbaren Handlungen mit ihren Grundstücken begangen worden seien.

Das alles könne aber auch dahinstehen, denn die Verträge seien jedenfalls durch eine 125 ordentliche Kündigung beendet worden. Die inhaltlich identischen Nutzungsverträge aus 2002 über die Flurstücke G4 (G1) und Flurstück G3 genügten nicht dem Schriftformerfordernis und seien daher jederzeit kündbar (§ 550 BGB i. V. m. § 581 Abs. 2 BGB).

Es liege ein Mietverhältnis vor, und der in § 1 Abs. 2 der Verträge genannte Lageplan sei 126 nicht erstellt und damit auch nicht als Anlage zum Vertrag genommen worden. Damit sei das Schriftformerfordernis gem. § 126 BGB nicht gewahrt, wonach „*das gesamte formbedürftige Rechtsgeschäft in der Urkunde enthalten*“ sein müsse. Die Existenz eines vorläufigen Lageplans stehe dem nicht entgegen; darin seien keine Zuleitungen, Ableitungen oder sonstige Verbindungsleitungen, sondern lediglich die Standorte der Anlagen eingezeichnet. Eine mögliche Durchführung des Vorhabens sei nicht erkennbar. Zur Einhaltung der Schriftform müssten die essentialia negotii in der Vertragsurkunde hinreichend bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein; dazu zähle auch „*der Miet- oder Pachtgegenstand*“. Die vermieteten Flächen müssten hinreichend bestimmbar bezeichnet sein. Daran fehle es. Insoweit sei die Situation auch mit der einer Vermietung „vom Reißbrett“ zu vergleichen, bei der die Beschreibung des Mietgegenstands besonders genau sein müsse.

Für die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung spreche auch, dass der Vertragsbeginn an 127 den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der ersten WEA gekoppelt worden sei und die Parteien eine ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen hätten (LG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019 – 8 O 2832/18; vgl. Seite 15 des Schriftsatzes vom 29.07.2020).

Schließlich seien die Nutzungsverträge durch die „Dienstbarkeitsvereinbarungen vom 128 21.09./30.09.2005“ erneuert worden. Angesichts der Unabhängigkeit zwischen „Dienstbarkeitsvertrag“ und schuldrechtlichem Nutzungsvertrag hätte es auch – entgegen dem landgerichtlichen Urteil – nicht nahe gelegen, eine Erklärung in die Dienstbarkeitsvereinbarung aufzunehmen, dass diese die Nutzungsverträge ersetze; es sei nicht ersichtlich, warum man zwei voneinander unabhängige Vertragstypen habe vermengen wollen.

Es könne aber auch dahinstehen, ob die Dienstbarkeiten eigenständige Vereinbarungen 129 seien. Ohne gültige Nutzungsverträge fehle ihnen die Grundlage (Seite 15 des Schriftsatzes vom 29.07.2020).

Auch bei Fortbestand der Verträge könne sich die Beklagte entgegen dem angefochtenen 130 Urteil nicht auf das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 275 Abs. 2 BGB oder die dolo-agit-Einrede des § 242 BGB berufen. Die Einrede des § 275 Abs. 2 sei zu versagen, wenn die zu erbringende Leistung – hier die Entfernung der Kabel – ihre Ursache in einem grob fahrlässigen bzw. vorsätzlichen Verhalten habe, was hier der Fall sei. Eine Verlegung der Kabel sei daher nicht unverhältnismäßig.

Auch die Voraussetzungen für eine Zustimmung der Kläger zur geänderten Kabelverlegung gem. § 1 Abs. 2 der Nutzungsverträge lägen nicht vor. Die tatsächliche Verlegung begründe eine unzumutbare Belastung. Grund sei die Begründung zu dem maßgeblichen Bebauungsplan, die die Verlegung der Kabeltrassen eindeutig regelt. Zudem widerspreche die Kabelführung den Festlegungen des Bebauungsplans und verstoße demnach gegen öffentliches Baurecht. Eine Änderung der Dienstbarkeit sei demnach schon rechtlich nicht möglich.

Der im Rahmen der Widerklage geltend gemachte Feststellungsantrag sei wegen des Vorrangs der Leistungsklage bereits unzulässig. Sie seien aus § 4 Abs. 3 des Nutzungsvertrags nicht zu einer Abstandshaltung verpflichtet, denn die Nutzungsverträge seien bereits beendet bzw. ersetzt worden. Zudem sei das Tatbestandsmerkmal der „fremden“ WEA nicht erfüllt, denn darunter sei gem. §§ 133, 157 BGB nur eine solche WEA zu verstehen, die weder der Sphäre des Nutzers noch der Sphäre des Grundeigentümers zuzuordnen sei (wird ausgeführt). 132

Die Widerklage verstoße zudem gegen § 242 BGB. Es habe detaillierte mündliche Absprachen zwischen den Parteien gegeben, so dass die Beklagte jederzeit über den Stand des Projektfortschritts informiert gewesen sei. Sie habe keinen Widerspruch gegen die Baugenehmigung (BlmSchG-Genehmigung) eingelegt und damit ihr Einverständnis zur Errichtung der WEA nochmals dokumentiert. Sie habe „ihr Recht zur Gegenwehr“ auch verwirkt. Die Geschäftsgrundlage sei zudem weggefallen, da der vorläufige Lageplan die Errichtung von zwei Anlagen vorgesehen habe. Sie, die Kläger, hätten damit einen Anspruch auf Vertragsanpassung. 133

Es bestehe auch kein Anspruch im Zusammenhang mit der Dienstbarkeit. Daraus könne die Beklagte nur die Unterlassung von Einwirkungen verlangen, die den Bestand oder den Betrieb der Anlage beeinträchtigten oder gefährdeten. Das sei hier nicht der Fall: Die Dienstbarkeitsvereinbarung unterscheide zwischen einer „Windkraftanlage“ und „baulichen Anlagen“. Verboten sei nur die Errichtung von baulichen Anlagen. Zudem gingen von der WEA keine den Bestand oder den Betrieb der Anlage der Beklagten beeinträchtigenden oder gefährdenden Einwirkungen aus. Damit sei entgegen dem angefochtenen Urteil nur „die technische Verfügbarkeit“ gemeint, nicht aber Abschattungsverluste als nur wirtschaftliche Beeinträchtigungen. Im Übrigen normiere die Dienstbarkeit keine Abstandspflichten. 134

Sie könnten die Leistung jedenfalls gem. § 275 Abs. 2 BGB verweigern. Es seien nicht allein die reinen Rückbaukosten zu berücksichtigen, sondern auch die Verluste, die durch den Restwert bzw. die Verbindlichkeiten der Anlage entstünden (zum 01.07.2017 auf 2.083,956,50 €). Die Unverhältnismäßigkeit werde auch durch die Bewertung der auftretenden Abschattungsverluste deutlich (wird ausgeführt und rechnerisch dargestellt). Zudem sei davon auszugehen, dass die Anlagen der Beklagten auf den Flurstücken G4 (G10) und G3 nach einer Restlaufzeit von 6 Jahren außer Betrieb gingen. Die Typenprüfung laufe 2026 aus mit der Folge des Erlöschens der garantierten Statik und der Betriebsgenehmigung. Ein kostenintensiver Sachverständigennachweis zur Verlängerung der Typenprüfung führe in der Regel zur Unwirtschaftlichkeit und damit zur Betriebseinstellung. Ausweislich des 1. Nachtrags der jeweiligen Nutzungsverträge sei hier ein Repowering ausgeschlossen. Zumindest hätte eine mildere Rechtsfolge als ein Rückbau ausgesprochen werden müssen. 135

Die Berufungskläger beantragen (mit der klarstellenden Maßgabe, dass die Klageanträge nur für die Kläger, und hier die Anträge zu 4., 5. (soweit das Flurstück G3 betroffen ist) und 6. nur für den Kläger zu 1. gestellt werden, und für die Drittwiderbeklagte nur der Berufungsantrag 136

zu V. gestellt wird),	
unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils	137
I. die Beklagte zu verurteilen,	138
1. eine auf dem Grundstück G1 in U in nord-südlicher Richtung verlaufende „externe Kabeltrasse zum UW“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen;	139
2. eine auf dem Grundstück G1 in U von der Westgrenze bis zum Trafo an der Windenergieanlage mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel verlaufende „interne Kabeltrasse“ zu entfernen;	140
3. eine im südlichen Teil des Grundstückes G2 in U von Ost nach West verlaufende „interne Kabeltrasse“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen;	141
4. eine auf dem Grundstück G3 in U von der Ostgrenze bis zum Trafo an der Windenergieanlage verlaufende „interne Kabeltrasse“ mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen; sowie eine von der Windenergieanlage in westlicher Richtung verlaufende „externe Kabeltrasse“ zum Umspannwerk mit Telekommunikationskabel und Mittelspannungskabel zu entfernen;	142
5. die auf dem Grundstück G1 und die auf dem Grundstück G3 in U errichteten Windenergieanlagen nebst jeweiliger Zuwegung und Zu- und Ableitungskabeln zu entfernen und die Wege-, Bau-, und Windenergieanlagen nutzungsflächen fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen;	143
6. die auf dem Grundstück G5 (frühere Katasterbezeichnung Flurstück G6) in U befindliche Wegefläche fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen;	144
7. den auf dem Grundstück G2 in U gebauten Fahrweg und dort verlegte Stromkabel zu entfernen und die Wegefläche fachgerecht zur ackerlandwirtschaftlichen Nutzungsaufnahme zurückzubauen;	145
II. die Beklagte für den Fall, dass die Änderung des Klageantrags zu 2. unzulässig sein sollte, hilfsweise wie mit dem ursprünglich gestellten Klageantrag zu 2. beantragt zu verurteilen;	146
III. die Beklagte für den Fall, dass die Änderung des Klageantrags zu 4. unzulässig sein sollte, hilfsweise wie mit dem ursprünglich gestellten Klageantrag zu 4. beantragt zu verurteilen;	147
IV. die Widerklage abzuweisen,	148
V. die Drittwiderklage abzuweisen und	149
VI. die Revision zuzulassen.	150
Die Beklagte beantragt,	151
die Berufung zurückzuweisen.	152
Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis gem. § 550 BGB sei nicht gegeben. Es liege bereits kein Miet- beziehungsweise Pachtvertrag vor. Die Grundstücke würden zudem in ihrem völlig überwiegenden Flächenanteil durch den	153

landwirtschaftlichen Pächter genutzt. Im Übrigen stelle die Anlage nach § 1 Abs. 2 des Nutzungsvertrages keinen wesentlichen Bestandteil des Vertrages dar. Dessen Gegenstand sei durch die grundbuchliche Bezeichnung genau bestimmt; es handele es sich um das gesamte Grundstück. Die tatsächliche Lage der Anlagen und Leitungen sei für alle Beteiligten nur von informatorischem Interesse; Rechte und Pflichten des Nutzungsvertrages würden dadurch nicht berührt. Spätestens mit der Errichtung der WEA habe deren Lage erkennbar festgelegt. Die Anlage habe daher nur Informationszwecken gedient und keine essentialia negotii betroffen. Zudem sei die Anlage später – im Rahmen der Eintragung der Dienstbarkeiten – erstellt und beigelegt worden. Mit der Vereinbarung der Dienstbarkeiten hätten die Parteien den Nutzungsvertrag nochmals bestätigt und die dort genannte Anlage erstellt. Die Schriftform sei dadurch jedenfalls nachträglich gewahrt worden.	
Der schuldrechtliche Nutzungsvertrag und der Dienstbarkeitsvertrag bestünden unabhängig voneinander; ihre Rechte könnten somit aus beiden Rechtsverhältnissen hergeleitet werden.	154
Die konkrete Verlegung der Leitungen verstoße auch nicht gegen „öffentliches Baurecht“. Insoweit handele es sich bereits um neues und daher unbeachtliches Vorbringen. In den Erwägungen zum Bebauungsplan sei lediglich vorgesehen, die Kabel „weitgehend“ orientiert an den vorhandenen oder zu errichtenden Wegen zu verlegen. Dabei gehe es um den Schutz von Biotopen, die hier nicht beeinträchtigt seien.	155
Die Beklagte hat mit nachgelassenem Schriftsatz vom 29.10.2020 ergänzend Stellung genommen und eine Änderung des (Dritt-)Widerklageantrags zu 4. angekündigt.	156
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.	157
B.	158
Die zulässige Berufung hat überwiegend Erfolg. Während die Klage – soweit über sie noch zu entscheiden war – weitgehend begründet ist, ist die (Dritt-)Widerklage teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet.	159
I.	160
Die zulässige Klage ist überwiegend begründet.	161
1. Berufungsantrag zu 1. (Entfernung einer externen Kabeltrasse auf dem Flurstück G1 (G4))	162
Die Kläger haben einen Anspruch auf Entfernung der Trasse aus § 7 Abs. 1 Satz 2 des Nutzungsvertrages.	163
Danach ist die Beklagte bei Beendigung des Vertrags verpflichtet, die WEA, Anschlussleitungen und die übrigen im Boden vorgenommenen Installationen inkl. Fundament sowie feste Zuwegungen zu entfernen. Dazu gehört auch die Kabeltrasse. Auch wenn sie schon vor Vertragsschluss vorhanden war, ist sie doch – was die Parteien im Senatstermin vom 20.08.2020 klargestellt haben – nur für den Windpark errichtet worden, und die Beklagte hat sie übernommen und genutzt.	164
Der Nutzungsvertrag ist durch ordentliche Kündigung beendet worden.	165
	166

a)		
Die Widerrufserklärungen der Kläger stehen dem vertraglichen Anspruch nicht entgegen.		167
Die Kläger haben den Nutzungsvertrag betreffend das Flurstück G1 (G4) nicht selbst abgeschlossen und konnten deshalb ein Widerrufsrecht nur dann wirksam ausüben, wenn den Rechtsvorgängern L/M ein solches Recht zustand und sie dieses an die Kläger übertragen haben. Das ist nicht der Fall.		168
Es ist schon umstritten, ob das Widerrufsrecht überhaupt abgetreten werden kann, was vom BGH bei Verbraucherdarlehensverträgen bejaht wird, wenn zugleich ein aufschiebend bedingter Anspruch aus dem Rückgewährschuldverhältnis übertragen wird (vgl. – auch zum Meinungsstand – BGH, Urteil vom 11.09.2018 – XI ZR 125/17, BeckRS 2018, 27086 Rn. 26).		169
Unabhängig davon ergibt hier aber bereits die Auslegung des Kaufvertrags vom 24.05.2004 (Bl. 584), dass die Abtretung eines etwaigen Widerrufsrechts nicht vereinbart war. Der Wortlaut des § 6 bezieht sich nur auf Rechte und Pflichten „des Vertrages“. Ein vertragliches Widerrufsrecht besteht indes unstreitig nicht.		170
Der Einbezug gesetzlicher Widerrufsrechte widerspräche zudem Sinn und Zweck des Kaufvertrags, denn die Verkäufer sollten (jedenfalls im Innenverhältnis) weiterhin die Nutzungsentschädigung beanspruchen können. Die Ausübung eines Widerrufsrechts durch die Kläger würde dieses wirtschaftliche Interesse gefährden.		171
Auch § 566 BGB führt zu keiner anderen Bewertung.		172
b)		173
Der Vertrag ist durch die Kündigungserklärung vom 14.07.2011 beendet worden.		174
aa)		175
Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung gem. § 543 BGB liegen aus den im landgerichtlichen Urteil ausgeführten Gründen allerdings ersichtlich nicht vor.		176
(1)		177
§ 543 BGB ist anwendbar, da es sich bei dem Nutzungsvertrag um einen Mietvertrag handelt; er berechtigt zur entgeltlichen Nutzung des Grundstücks (vgl. auch BGH, Urteil vom 20.02.1992 – III ZR 193/90, NJW-RR 1992, 780; Urteil vom 24.02.2016 – XII ZR 5/15, NJW 2016, 1441; Urteil vom 07.03.2018 – XII ZR 129/16, juris Rn. 12; Senat, Urteil vom 02.07.2020 – 5 U 81/19; OLG Karlsruhe vom 25.04.2018 – 14 U 217/17, BeckRS 2018, 25319; OLG Brandenburg, Urteil vom 30.03.2011 – 3 U 113/10, BeckRS 2011, 8106; Gaßmann, EnWZ 2018, 106; vgl. auch ausführlich Roth, ZfIR 2015, 635, 638 f. mit umfassenden Nachweisen).		178
Ein Pachtvertrag liegt demgegenüber nicht vor, weil kein Fruchtziehungsrecht eingeräumt wurde; die gewonnene Elektrizität ist keine Sachfrucht des Grundstücks (vgl. zum vergleichbaren Fall der Solarstromproduktion BGH, Urteil vom 07.03.2018 – XII ZR 129/16, juris Rn. 14).		179
Unerheblich ist auch, dass das OLG Schleswig mit Urteil vom 17.06.2016 – 4 U 96/15 in einem Einzelfall einen bloßen „Vertrag über die Bestellung einer Dienstbarkeit nach § 1090		180

Abs. 1 Fall 1 BGB“ angenommen hat. Einer solchen Bewertung steht im Streitfall schon entgegen, dass die Dienstbarkeit hier gem. § 1 Abs. 4 lediglich die dem Nutzer im Rahmen des Vertrages eingeräumten Errichtungs- und Nutzungsrechte „sichern“ sollte (Bl. 8). Das setzt ein von der Dienstbarkeit unabhängiges Nutzungsrecht voraus.

(2) 181

Mietverträge sind gemäß § 543 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund kündbar, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. 182

(a) 183

Davon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden, da die außerordentliche Kündigung jedenfalls innerhalb einer angemessenen Frist hätte erklärt werden müssen, woran es hier fehlt. 184

(aa) 185

Zwar besteht Streit darüber, ob sich das Fristerfordernis aus einer ergänzenden Anwendbarkeit von § 314 Abs. 3 BGB ergibt. Der 8. Senat des BGH hat sich mit Blick auf Wohnraummietverhältnisse dagegen ausgesprochen, da eine abschließende Regelung vorliege (BGH, Versäumnisurteil vom 13.07.2016 – VIII ZR 296/15, BeckRS 2016, 15271 Rn. 14). Andere Senate wenden demgegenüber § 314 Abs. 3 BGB an (BGH, Urteil vom 21.03.2007 – XII ZR 36/05, BeckRS 2007, 7095 Rn. 21) bzw. schließen eine Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 jedenfalls nicht aus. Dies kann aber letztlich dahinstehen, da der Landwirtschaftssenat mit Urteil vom 23.04.2010 – LwZR 20/09 überzeugend ausgeführt hat, dass § 314 Abs. 3 BGB ohnehin nur der Ausfluss eines für Dauerschuldverhältnisse auch schon vor Inkrafttreten des § 314 Abs. 3 BGB geltenden Grundsatzes ist (BeckRS 2010, 12950 Rn. 14). 186

(bb) 187

Die Kläger stützen die außerordentliche Kündigung letztlich nur noch auf das Strafverfahren. Dass sich daraus kein Kündigungsgrund ergibt, hat das Landgericht plausibel begründet. Auf die diesbezüglichen Ausführungen, denen sich der Senat anschließt, kann zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden. Und auch die Ermittlungsakte dokumentiert, dass dem Kläger alle maßgeblichen Fakten bekannt waren und er nicht auf Ermittlungen der Staatsanwaltschaft angewiesen war. Schon in der Strafanzeige vom 01.12.2008 (Bl. 217) teilt er mit, dass für ihn nach den Feststellungen Ende Dezember 2005 festgestanden habe, dass sich die Nutzungsentschädigungen nach der Einspeisevergütung 2005 richte; die Erklärung der Beklagten zur Inbetriebnahme erst Anfang 2006 sei „falsch“. Er verweist darauf, dass seine Feststellungen durch seine Internetrecherchen bestätigt worden seien, und er hat das weitere Ermittlungsverfahren aktiv und „korrigierend“ begleitet. Seine Aktivitäten belegen, dass er keineswegs nur einen Verdacht hatte, sondern aus seiner Sicht Straftaten zu seinen Lasten und zu Lasten von W pp. vorlagen. Und die aus seiner Sicht bestehende Faktenlage hatte er schon mit Anwaltsschreiben vom 02.05.2007 (Bl. 84) der Beklagten mitgeteilt. 188

Es ist daher weder nachvollziehbar, welche zusätzlichen Erkenntnisse er noch benötigte, noch, welche Erkenntnisse die Einstellungsentscheidung der Staatsanwaltschaft nebst 189

Abschlussbericht gebracht haben. Mit einer Einstellung nach § 153 StPO sind naturgemäß – wie schon dem Gesetzestext zu entnehmen ist – keine wie auch immer bindenden Feststellungen eines strafrechtlichen Verschuldens verbunden; Voraussetzung ist vielmehr, dass die Schuld des Beschuldigten „als gering anzusehen wäre“.

(b) 190

Im Übrigen könnten etwaige Falschangaben der Beklagten zur Inbetriebnahme der beiden Anlagen auf den Klägergrundstücken zum Kündigungszeitpunkt – schon wegen der gravierenden Auswirkungen – auch keinen Kündigungsgrund mehr darstellen, nachdem die Beklagte sich bereit erklärt hatte, auf der Basis „2005“ abzurechnen. Denn wenn sich die Beklagte – und sei es auch nur aus Kulanz – schon 2007 bereit erklärt, auf der Basis einer Inbetriebnahme 2005 abzurechnen, ist dieses Jahr auch für die 10-Jahres-Frist maßgeblich. Zwar scheint die Beklagte 2015/16 einen (untauglichen) Versuch unternommen zu haben, sich davon abzusetzen, aber das ändert nichts daran, dass 2011 ein Kündigungsgrund gefehlt hat. 191

(c) 192

Soweit der Kläger auf Straftaten zum Nachteil des Energieanbieters abstellt, liegt ebenfalls aus den im angefochtenen Urteil genannten Gründen keine wirksame Kündigung vor. Kündigungsgünde sind jedenfalls schon infolge des Freispruchs nicht feststellbar; abgesehen davon haben sich die behaupteten Straftaten weder gegen die Kläger gerichtet noch wurden sie mit „seinen“ bzw. „ihren“ Sachen verübt. Die Anlagen waren nach § 95 BGB nur Scheinbestandteile der Grundstücke (vgl. auch § 1 Abs. 7 des Vertrags). 193

bb) 194

Der Vertrag ist aber durch eine ordentliche Kündigung beendet worden. 195

(1) 196

Die Kündigungserklärung vom 14.07.2011 kann in eine ordentliche Kündigungserklärung umgedeutet werden, denn aus der Kündigungserklärung und den sonstigen Umständen ergibt sich, dass nach dem Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis zweifelsfrei zum nächstmöglichen Termin beendet werden sollte (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2017 – I-24 U 150/16, BeckRS 2017, 108304 Rn. 51). 197

(2) 198

Ein Kündigungsrecht ergibt sich aus §§ 542 Abs. 1, 580a BGB. 199

Zwar ist gem. § 543 Abs. 2 BGB ein ordentliches Kündigungsrecht nicht vorgesehen, wenn ein Mietverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen ist. 200

Hier sieht der Nutzungsvertrag in § 2 Abs. 2 eine Laufzeit von jedenfalls 25 Jahren vor, gerechnet vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme der ersten WEA an. Von der Konzeption her sollte der Vertrag damit jedenfalls ab diesem Zeitpunkt für eine bestimmte Zeit eingegangen sein. Da hier die WEA bereits in Betrieb genommen ist, kann dahinstehen, ob in der „Wartezeit“ von einem Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit auszugehen ist (vgl. dazu Senat, Urteil vom 02.07.2020 – 5 U 81/19 – Strom aus Windenergie). 201

202

Wenn allerdings ein Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen wird, so gilt er (bei Grundstücken über § 578 BGB) für unbestimmte Zeit (§ 550 Satz 1 BGB) und kann damit ordentlich gekündigt werden. Das ist hier der Fall.

(a) 203

§ 550 BGB ist von Amts wegen zu berücksichtigen ohne Rücksicht darauf, ob die Kündigung auf den Formmangel gestützt war, die Parteien sich auf den Formmangel berufen haben oder sich dessen überhaupt bewusst waren (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2017 – I-24 U 150/16, BeckRS 2017, 108304 Rn. 54). 204

Die Schriftform des § 550 BGB ist nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses – aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt (BGH, Urteil vom 29.04.2009 – XII ZR 142/07, BeckRS 2009, 15524 Rn. 22), wobei es nach neuerer Rechtsprechung abweichend von § 126 BGB ausreichen soll, wenn die Vertragsparteien gleichlautende Vertragsurkunden unterzeichnen, ohne dass es eines Zugangs dieser Urkunden beim jeweiligen Vertragspartner bedarf (so jedenfalls BGH, Urteil vom 07.03.2018 – XII ZR 129/16, juris Rn. 22). 205

Bei nachträglichen Änderungen oder Ergänzungen ist die Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich genauso einzuhalten wie beim ursprünglichen Vertragsabschluss (BGH, Urteil vom 09.04.2008 – XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181, 2182). Dementsprechend sind Nachträge, sofern diese für die Vertragsparteien wesentliche Punkte betreffen, im Regelfall schriftlich i. S. d. § 126 BGB niederzulegen und von beiden Seiten zu unterschreiben. Einer körperlichen Verbindung zwischen dem ursprünglichen Pachtvertrag und der Nachtragsvereinbarung bedarf es nicht (BGH, Urteil vom 18.12.2002 – XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248; Urteil vom 09.04.2008 – XII ZR 89/06, a. a. O.). Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss (BGH, a. a. O.). Bei einer Nichtbeachtung der Schriftform gilt der Vertrag – ungeachtet der von den Vertragsparteien bestimmten Dauer – als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 550 Satz 1 BGB) und kann daher grundsätzlich (ordentlich) gekündigt werden (Senat, Urteil vom 30.08.2018 – 5 U 55/17 – Strom aus Wasserkraft). 206

(b) 207

Danach liegen hier mehrere Formverstöße vor. 208

(aa) 209

Der Nutzungsvertrag nimmt in § 1 Abs. 2 auf einen vorläufigen und einen finalen Lageplan Bezug. Entsprechende Pläne sind aber nicht in den Vertrag einbezogen worden, obwohl sie für den Vertragsinhalt wesentlich sind; einen finalen Lageplan gibt es noch nicht einmal. 210

(aaa) 211

Besonders genau muss die Beschreibung des Mietobjekts bei einer „Vermietung vom Reißbrett“ sein (BGH, Urteil vom 02.11.2005 – XII ZR 233/03, BeckRS 2005, 13988 Rn. 21), denn dann können die tatsächlichen Verhältnisse bei Vertragsschluss nicht zur Auslegung herangezogen werden. 212

213

Wenn etwa nach dem Vertragsinhalt die Lage der Mietsache später von den Parteien noch festgelegt werden soll, ist die Schriftform nicht gewahrt. Die spätere Einigung über die Lage der Mietsache stellt der Sache nach einen schriftformbedürftigen Nachtrag dar (Leo, in: BeckOK, MietR, 20. Edition, Stand: 01.03.2020, § 550 BGB Rn. 61 m. w. N.).

Entsprechendes gilt, wenn die Parteien im Mietvertrag vereinbaren, die Mietfläche später festzulegen und in einem Plan zu kennzeichnen, der Anlage zum Vertrag werden soll. Die spätere Festlegung in einem Plan ist ein der Schriftform bedürftiger Nachtrag zum Mietvertrag (Leo, aaO. Rn. 62).

(bbb) 214

Eine Ausnahme gilt lt. BGH, wenn nicht nur ein Teilbereich, sondern das gesamte noch zu errichtende Objekt angemietet wird: Zwar gehöre der Mietgegenstand zu den wesentlichen und damit formbedürftigen Elementen eines langfristigen Mietvertrages. Danach müsse der Mietgegenstand im Vertrag so ausreichend individualisiert sein, dass er für einen Rechtsnachfolger, den das Schriftformerfordernis in erster Linie schützen will, ausreichend bestimmbar sei. Das sei aber der Fall, wenn das gesamte noch zu errichtende Gebäude vermietet werde, unabhängig davon, welche Größe und Ausstattung es im Einzelnen aufweisen und wo genau es auf dem Grundstück entstehen würde. Ein Lageplan sei dann nur eine Orientierungshilfe (BGH, Urteil vom 07.03.2007 – XII ZR 40/05, BeckRS 2007, 07096 Rn. 11).

Diese Ausnahme ist hier aber nicht einschlägig. Der **vorläufige Lageplan** hat nicht nur Orientierungsfunktion, sondern er ist für den Vertragsinhalt erheblich und damit formpflichtig. 216

Dem steht § 1 Abs. 1 des Vertrags nicht entgegen. Zwar wird darin keine Ausübungsfläche festgelegt. Aber nach der Vertragsgestaltung sollte der Betreiber die Örtlichkeiten gerade nicht frei wählen können, sondern schon der vorläufige Lageplan sollte erkennbar eine begrenzende Funktion haben und gem. § 1 Abs. 2 zu erheblichen Einschränkungen bei der Nutzbarkeit führen. Denn eine Zustimmung zu einer Abweichung von den Festlegungen des vorläufigen Lageplans konnte nur für eine notwendige Verschiebung und nur dann verlangt werden, wenn dadurch keine unzumutbaren Belastungen entstehen würden. 217

Das vereinbarte Nutzungsrecht war damit von vornherein begrenzt und an bestimmte Ausübungsflächen gebunden. Der Nutzer war insbesondere nicht berechtigt, die Lage der (bereits im vorläufigen Lageplan eingezeichneten) Anlagen nach billigem Ermessen selbst zu bestimmen, sondern war – über das Zustimmungserfordernis – auf eine Vertragsänderung angewiesen (vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 05.02.2014 – XII ZR 65/13, NZM 2014, 308 Rn. 25). 218

Eine davon abweichende Vereinbarung, dass „völlig frei“ hätte geplant werden dürfen, stünde außerhalb des schriftlichen Vertrags und würde ebenfalls zu einer Formunwirksamkeit führen. 219

Der (vorläufige) Lageplan ist auch weitergehend für die Bestimmung des Vertragsinhalts wesentlich. Nur mit seiner Hilfe kann die für die Nutzbarkeit des Grundstücks und die Vergütungsstruktur wichtige Anzahl der Anlagen ermittelt werden, denn der eigentliche Text gibt insoweit nichts her. Auch das Abstandsgebot gem. § 4 Abs. 3 knüpft an den „jeweiligen Standort“ an. Da der Windpark bei Vertragsschluss noch nicht stand, können auch die tatsächlichen Verhältnisse bei der Auslegung nicht berücksichtigt werden. 220

(ccc) 221

222

Das Formerfordernis ist mit Blick auf den vorläufigen Lageplan nicht gewahrt.

Allerdings reicht es für die Wahrung der Schriftform grundsätzlich aus, wenn in dem Vertrag eindeutig auf bestimmte, klar bezeichnete Anlagen Bezug genommen wird oder wenn sich die Einheitlichkeit von Vertrag und Anlage aus anderen Umständen zweifelsfrei ergibt, wobei vor allem an eine durchlaufende Paginierung der Seiten oder an eine fortlaufende Nummerierung des Textes zu denken ist; gleich steht der Fall, dass die im Vertrag in Bezug genommenen Anlagen zusätzlich von den Parteien unterschrieben oder doch paraphiert werden (V. Emmerich, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 550 BGB Rn. 23 m. w. N; BGH, Urteil vom 29.04.2009 – XII ZR 142/07, BeckRS 2009, 15524 Rn. 22; Urteil vom 26.02.2020 – XII ZR 51/19, BeckRS 2020, 4027 Rn. 19; OLG Hamm, Urteil vom 05.06.2020 – I-30 U 163/19, BeckRS 2020, 12593 Rn. 37).

Unabhängig von den einzelnen Voraussetzungen einer wirksamen Bezugnahme war hier dem Vertrag schon kein vorläufiger Lageplan beigelegt, weshalb bei Vertragsschluss keine vollständige, den §§ 126 und 550 BGB entsprechende Urkunde vorlag (vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 92/04, juris Rn. 24; vgl. dazu die Klageerwiderung Bl. 51 und Bl. 61, ausdrücklich auch seitens der Beklagten vorgetragen).

Im Übrigen ist die Bezeichnung „vorläufiger Lageplan“ nicht bestimmt, so dass eine zweifelsfreie Zuordnung des hier vorgelegten Lageplans, der auf den 14.03.2002 datieren soll (Bl. 312), zum Vertrag nicht möglich ist.

(ddd)

Es liegt auch keine „Heilung“ des Formmangels vor:

Dem 1. Nachtrag, der inhaltlich wohl der Anlage K56 (Bl. 636) entspricht, ist keine Änderung oder Klarstellung zu entnehmen, dass lediglich eine Windenergieanlage gebaut werden sollte. So heißt es weiterhin, dass ein bestimmter Prozentsatz „pro Jahr und WEA“ zu zahlen ist. Der entsprechende Passus ändert zudem auch ausdrücklich nur § 3 Abs. 1 ab. Im Übrigen soll es demnach bei den Regelungen aus dem Nutzungsvertrag bleiben, wovon auch der vorläufige (aber fehlende) Lageplan erfasst wird.

Der 2. Nachtrag vom 21.01.2005/16.12.2004 (Bl. 14) nimmt zwar unter § 3 auf eine Anlage 2 Bezug, die eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für „1 Windkraftanlage“ vorsieht (Bl. 18) und die bisherige Anlage 1 zu dem ursprünglichen Nutzungsvertrag abändern soll.

Da aber die übrigen Regelungen des Nutzungsvertrages unverändert gültig bleiben sollen (§ 4), gilt auch weiterhin der vorläufige Lageplan. Die (neue) Anlage 2 bestimmt im Übrigen auch nicht, wo die „1 Windkraftanlage“ liegen soll. Zudem war – wie die Beklagte selbst meint – die Eintragung der Grunddienstbarkeit von dem abgeschlossenen Gestattungsvertrag unabhängig und diente nur der Absicherung der Ansprüche aus der Nutzungsvereinbarung.

Eine Heilung ist auch nicht im Zusammenhang mit der Dienstbarkeitsbestellung vom 30.09.2005 (Bl. 25) eingetreten. Zwar wird insoweit auf einen Lageplan Bezug genommen, der aber nicht Bestandteil des Nutzungsvertrags geworden ist. Er ist bereits – entgegen dem vertraglichen Schriftformgebot (vgl. § 13) – nicht von allen Vertragsparteien unterzeichnet worden. Ihm ist auch nicht zu entnehmen, dass er dazu diente, den Nutzungsvertrag zu konkretisieren; darauf geht die Dienstbarkeit nicht ein. Auch die spätere Übertragungsvereinbarung vom 04.11./16.12.05/20.01.06 (Bl. 22) nimmt im Übrigen nicht auf die Dienstbarkeitsbestellung als einen weiteren Nachtrag Bezug.

Wenn die Dienstbarkeitsbestellung dagegen ein Nachtrag zum Nutzungsvertrag sein sollte, läge erst recht ein Verstoß gegen § 550 BGB vor, weil dann die Änderungsvereinbarung zur Einhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen muss, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll (BGH, Urteil vom 26.02.2020 – XII ZR 51/19, juris Rn. 19). Das ist hier nicht geschehen.	232
(eee)	233
Aus der Vertragshierarchie folgt, dass grundsätzlich der vorläufige Lageplan für die Bestimmung des Vertragszolls maßgeblich ist. Der finale Lageplan kann dann eine eigenständige und damit formrelevante Bedeutung haben, wenn die Parteien die vorläufigen Festlegungen einvernehmlich geändert haben. Dann lägen formpflichtige <u>Nachträge</u> vor.	234
Ein Vergleich zwischen dem vorläufigen Lageplan (Bl. 312) und den tatsächlichen Verhältnissen (vgl. z. B. den Plan Bl. 347, aber auch 31) ergibt, dass etwa der Standort der WEA 11 von der ursprünglichen Planung abweicht, nämlich nach Osten verschoben worden ist. Damit kann auch eine formerhebliche Änderungsvereinbarung nicht ausgeschlossen werden.	235
Eine weitere (ggf. formpflichtige) Änderungsvereinbarung soll es nach dem Vortrag der Beklagten zudem auch insoweit gegeben haben, als nur noch eine WEA errichtet werden sollte (vgl. Bl. 617: es sei „nachverhandelt“ worden).	236
Hier wurde ein finaler Lageplan aber schon nicht in den Vertrag einbezogen; die Frage der Einhaltung der Form ist obsolet. Und der Lageplan aus Juni 2005 kann schon deshalb kein finaler Lageplan sein, weil er den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht. Etwaige vom ursprünglichen Vertragszoll abweichende Vereinbarungen wären ihrerseits formbedürftig (siehe oben) und die Formverstöße mangels finalen Lageplans nicht geheilt.	237
(bb)	238
Die Schriftform wird im Übrigen auch dann nicht eingehalten, wenn der Vertrag (durch Auslegung nicht zu beseitigende) widersprüchliche Regelungen zu wesentlichen Punkten wie der Vertragslaufzeit bzw. dem Vertragsbeginn enthält (BGH, Urteil vom 02.11.2005 – XII ZR 212/03, BeckRS 2005, 13987; KG, Urteil vom 21.01.2016 – 8 U 164/15, BeckRS 2016, 5783 Rn. 16; OLG Köln, Urteil vom 20.05.1999 – 1 U 123/98, BeckRS 1999, 30060409; OLG Naumburg, Urteil vom 07.06.2011 – 9 U 213/10, BeckRS 2012, 11597; Leo, in: BeckOK, MietR, 20. Edition, Stand: 01.03.2020, § 550 BGB Rn. 102).	239
Solche Widersprüche liegen hier vor: Nach § 10 soll der Vertrag nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam werden. Nach § 2 dagegen sollte er mit dem Datum der Unterzeichnung beginnen. Nach § 1 Abs. 4 bestand die Verpflichtung zur Eintragung einer Dienstbarkeit, aber gleichzeitig soll der Vertrag erst nach Eintragung der Dienstbarkeit wirksam sein.	240
(3)	241
Die Kläger waren auch entgegen der von der Beklagten in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 29.10.2020 vertretenen Ansicht die Inhaber des Kündigungsrechts. Das Argument, dass das Kündigungsrecht im notariellen Kaufvertrag vom 24.05.2004 nicht übertragen werden sollte und weiterhin den vormaligen Eigentümern L/M zustehe, ist nicht stichhaltig. Der	242

Wortlaut des Vertrages ist insoweit – anders als in Bezug auf ein etwaiges gesetzliches Widerrufsrecht (siehe oben) – eindeutig, da alle Rechte und Pflichten des Vertrages mit Ausnahme der Nutzungsentschädigung übergehen sollten. Der Text entspricht § 566 BGB, für den anerkannt ist, dass davon auch das Recht zur ordentlichen Kündigung umfasst ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 22.01.2014 – XII ZR 68/10, BeckRS 2014, 3820 Rn. 24). Ein gegenteiliges Verständnis ist in der notariellen Urkunde in Anbetracht des klaren Wortlauts auch nicht angedeutet, zumal der Mietvertrag keine ordentliche Kündigung vorsieht.

Das Kündigungsrecht wäre im Übrigen auch spätestens mit Grundstückserwerb gem. § 566 BGB gesetzlich auf die Kläger übergegangen. § 566 BGB ist zwar dispositiv. Vereinbaren aber Veräußerer und Erwerber Abweichungen von der Gesetzeslage mit Wirkung für und gegen den Mieter, ist dessen Zustimmung erforderlich (vgl. nur Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 566 BGB Rn. 57). Eine Individualvereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber reicht für eine Abbedingung nicht, da beide hierdurch in unzulässiger Weise in die schon bestehende Vertragsbeziehung mit dem Mieter eingreifen würden (Streyl, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Auflage 2019, § 566 BGB Rn. 151).

(4) 244

Das Kündigungsrecht ist auch nicht wegen § 242 BGB ausgeschlossen, denn keiner Partei ist es verwehrt, sich auf die fehlende Schriftform zu berufen, auch nicht nach jahrelang problemlosem Mietverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 05.11.2003 – XII ZR 134/02, BeckRS 2003, 10551). Die Berufung auf den Formmangel kann deshalb nur in ganz besonderen Fällen, wenn sie zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, treuwidrig und damit unzulässige Rechtsausübung sein (vgl. Bieber, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 550 BGB Rn. 21); dafür ist hier nichts ersichtlich.

(a) 246

Der Rechtsstreit zeigt in aller Deutlichkeit auf, dass letztlich kaum noch nachvollzogen werden kann, warum es hier zu den Abweichungen gekommen ist, insbesondere warum der Standort der WEA verändert und nur eine WEA durch die Beklagte gebaut worden ist. Die Beklagte konnte zudem nicht mehr angeben, warum sie etwa die Kabel wie geschehen – und damit abweichend vom Lageplan aus Juni 2005 – verlegt hat. Selbst wenn sie insoweit berechtigt war, die Lage „nach den technischen und wirtschaftlichen Erfordernissen“ nach billigem Ermessen zu bestimmen, hätte sie dieses Recht doch durch die Planungen im Zusammenhang mit dem Lageplan aus Juni 2005 ausgeübt. Es erscheint im Übrigen auch mit Blick auf Wartungs- und Reparaturarbeiten etc. (vgl. § 4 Abs. 1 des Vertrags) wenig sinnvoll, die Kabel mitten durch das Feld zu verlegen, zumal es dort – anders als an der Nordgrenze – keinen Weg gibt. Im Übrigen ist im Zusammenhang mit dem Vertrag zu dem Flurstück G2 auch ausdrücklich festgelegt, dass die Kabel „an dem Wartungsweg“ zu verlegen sind (Bl. 142). Gerade die nicht mehr nachvollziehbaren Abweichungen verdeutlichen die – auch im Interesse eines potentiellen Erwerbers bestehende – Notwendigkeit einer klaren schriftlichen Festlegung der Rechte und Pflichten aus dem Nutzungsvertrag, zumal – bezeichnenderweise – das Landgericht letztlich wegen eines unzureichend fixierten Vertragsinhalts Beweis erhoben hat (vgl. Bl. 641, 669 ff.).

(b) 248

Soweit die Beklagte mit nachgelassenem Schriftsatz vom 29.10.2020 geltend macht, die Treuwidrigkeit ergebe sich unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtung, zeigt sie keine Umstände auf, die in außergewöhnlichem Maße über die mit der Kündigung eines

gewerblichen Mietverhältnisses, auf dessen Grundlage das eigene Einkommen erwirtschaftet wird, typischerweise einhergehenden wirtschaftlichen Folgen hinausgehen und damit ausnahmsweise zur Unbeachtlichkeit des Schriftformverstößes führen würden (vgl. OLG Köln, Urteil vom 02.10.2019 – 22 U 102/18, BeckRS 2019, 23801 Rn. 71). Dass eine Existenzbedrohung allein ausreicht, kann auch nicht der Rechtsprechung des BGH entnommen werden (vgl. im Einzelnen OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.04.2018 – 2 U 7/18, BeckRS 2018, 42652 Rn. 49 ff.). In dem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass derjenige, der Investitionen im Hinblick auf eine lediglich gemietete Sache tätigt, grundsätzlich das Risiko trägt, dass sich seine Aufwendungen im Falle einer berechtigten Kündigung durch den Vermieter ganz oder teilweise als wirtschaftlich sinnlos erweisen (OLG München, Endurteil vom 07.04.2016 – 23 U 3162/15, BeckRS 2016, 6798 Rn. 40). Dies gilt im Besonderen für ein Unternehmen, das laut dem nachgelassenen Schriftsatz *„wirtschaftlich nur existenzfähig (ist), solange der Windpark betrieben wird“* und dessen Geschäftszweck *„ausschließlich der Betrieb der Windenergieanlagen im Windpark ist“*. Dieser Zweck hätte sich auch bei einer ordentlichen Beendigung der Verträge erledigt. Zwar hätten sich die Investitionen und die eingegangenen Rückbauverpflichtungen nach Darstellung der Beklagten dann amortisiert, wobei dies offenbar auch nicht gesichert ist, wenn es heißt, dass es *„allenfalls in den letzten Betriebsjahren (2. Optionszeitraum) (...) zu einer Situation“* komme, *„in der die Kredite der Beklagten zurückgeführt sind und eine eigenständige wirtschaftliche Existenz der Beklagten möglich ist“*. Dieses Risiko kann aber nicht über § 242 BGB einseitig dem Vermieter zugewiesen werden, der hier zudem Verbraucher und für den vorformulierten Vertragstext nicht verantwortlich ist. Gerade in Anbetracht der erheblichen Investitionen wäre zu erwarten gewesen, dass sich die Beklagte um rechtlich belastbare Vertragsbedingungen kümmert, zumal das Risiko von Formverstößen bei Windenergieverträgen gerade auch im Zusammenhang mit Vertragsanlagen bekannt ist (vgl. nur die anwaltliche Beratungsperspektive bei Gaßmann, EnWZ 2018, 106). Hier hätte auch mehrfach Gelegenheit bestanden, die Formverstöße zu heilen, etwa durch einen geeigneten finalen Lageplan (siehe oben). Dies aber hätte vorausgesetzt, dass das vertragliche Pflichtenprogramm auch umgesetzt wird. Stattdessen fühlten sich die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin nach eigenem Vortrag „völlig frei“ in ihren Planungen (Bl. 59). Dieses Vertragsverständnis kann nicht durch § 242 BGB in Bestandskraft erwachsen.

dd) 250

Unter Berücksichtigung der maßgeblichen Kündigungsfrist (§§ 578 Abs. 1, 550 Satz 2, 580a Abs. 1 Nr. 3 BGB) war das Mietverhältnis zum Ablauf des 31.03.2012 beendet 251

d) 252

Der damit bestehende vertragliche Beseitigungsanspruch ist auch nicht dadurch 253
ausgeschlossen, dass zugunsten der Beklagten weiterhin die Dienstbarkeit bestellt ist. Denn diese ist lt. Vertrag (§ 1 Abs. 4) lediglich zur Sicherung des schuldrechtlichen Nutzungsrechts vereinbart worden und im Falle wirksamer Kündigung der Nutzungsvereinbarung ist der Sicherungszweck entfallen.

2. Berufungsantrag zu 2. (Entfernung einer internen Kabeltrasse auf dem Flurstück G1 (G4)) 254

Der Berufungsantrag ist zulässig, da er den erstinstanzlichen Antrag lediglich einschränkt 255
(§ 264 Nr. 2 ZPO), und auch begründet, da aus den unter 1. genannten Gründen ein Anspruch auf Entfernung auch der internen Kabeltrasse aus § 7 Abs. 1 Satz 2 des Nutzungsvertrages besteht.

3. Berufungsantrag zu 3. (Entfernung einer internen Kabeltrasse auf dem Flurstück G2) 256

Der Antrag ist begründet. Die Kläger haben einen entsprechenden Rückbauanspruch aus § 6 Abs. 2 des Vertrags gegen die Beklagte. Die Parteien haben im Senatstermin vom 20.08.2020 klargestellt, dass auch der mit der V GmbH und Co. KG geschlossene Nutzungsvertrag (Bl. 142 ff.) auf die Beklagte übertragen worden ist. 257

Gem. § 6 Abs. 2 ist die Beklagte bei Beendigung des Vertrags und Rückbau der Windenergieanlagen im Windpark U verpflichtet, „die Wege einschließlich Unterbau sowie die Leitungen/Kabeltrassen vollständig zu entfernen und die Hohlräume aufzufüllen“. 258

a) 259

Der Vertrag ist durch ordentliche Kündigung beendet worden. Das Kündigungsschreiben vom 14.07.2011 war in eine ordentliche Kündigungserklärung umzudeuten (vgl. oben). Das Vertragsverhältnis konnte ordentlich gem. §§ 542 Abs. 1, 580a BGB gekündigt werden, da auch der sich auf das Flurstück G2 beziehende Vertrag gegen das Schriftformgebot gem. §§ 578, 550 Satz 1 BGB verstößt. 260

Zwar bezieht sich dieser Vertrag nur auf das Anlegen eines Wartungsweges und das Verlegen von Leitungen, ohne dass ein vorläufiger Lageplan in Bezug genommen wird. 261

Bei Vertragsschluss war allerdings nicht bekannt, in welchem Umfang Leitungen und Wegfläche verlegt werden. Dies mag zwar der Bestimmungsmacht des Betreibers vorbehalten gewesen sein, aber der Umfang hat erhebliche Bedeutung für die Vergütung, die sich nach der Länge der Kabeltrasse und der Fläche des Wartungswegs ergeben sollte. Vor dem Hintergrund hat der nach § 1 Abs. 2 vorgesehene finale Lageplan eine wesentliche Bedeutung für den Vertragsinhalt, da die final vermietete Fläche bei Vertragsschluss noch nicht feststand. Auch hier ist ein finaler Lageplan allerdings nie erstellt worden. 262

Im Übrigen trifft auch dieser Vertrag keine verständliche Laufzeitbestimmung. Die Laufzeit soll vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme an gerechnet 25 Jahre betragen (§ 2 Abs. 2). Worauf sich das bezieht – den Weg, die Leitungen, eine einzelne Anlage oder den Windpark –, ergibt sich nicht. 263

b) 264

Soweit der Anspruch aus § 6 Abs. 2 neben der Beendigung des Vertrags den vollständigen Rückbau „der“ Windenergieanlagen im Windpark voraussetzt, ist die Klausel nicht wirksam. Es liegt eine erhebliche Abweichung von den Wertungen des § 546 Abs. 1 BGB und damit ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB vor. Denn gem. § 546 Abs. 1 BGB ist eine Rückgabe nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vorgesehen. Müsste hier aber gewartet werden, bis alle Anlagen abgebaut sind, wäre die Zeitdauer ex ante nicht eingrenzbar. 265

4. Berufungsantrag zu 4. (Entfernung einer internen Kabeltrasse auf dem Flurstück G3) 266

a) 267

Der Berufungsantrag ist zulässig, da er sich lediglich im Wortlaut vom erstinstanzlichen Antrag unterscheidet, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung verbunden ist. Denn beide Anträge beziehen sich auf die zwischen Ostgrenze und Westgrenze verlaufende Kabeltrasse. 268

269

b)	
Der Antrag ist begründet, da dem Kläger entsprechend der Prüfung des Berufungsantrags zu	270
1. ein Rückbauanspruch aus § 7 Abs. 1 Satz 2 des Nutzungsvertrages zusteht.	
c)	271
Dem steht auch nicht der erklärte Widerruf des Vertrags entgegen, da die behauptete	272
Haustürsituation für den Vertragsschluss jedenfalls nicht kausal geworden ist.	
aa)	273
Zwar kommt grundsätzlich ein Haustürwiderrufsrecht gem. § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. bei	274
WEA-Nutzungsverträgen in Betracht, auch wenn der Vermieter der Verbraucher ist (vgl. etwa	
den Rückblick auf die alte Rechtslage bei Steinke, EnWZ 2015, 65; Roth, ZfIR 2015, 635,	
643). Bei fehlender Belehrung war die Ausübung des Rechts gem. § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB	
auch nicht fristgebunden.	
bb)	275
Die behauptete Haustürsituation war aber für den Vertragsschluss aus den im angefochtenen	276
Urteil genannten Gründen nicht kausal (vgl. zu dem Aspekt der Ursächlichkeit in Abgrenzung	
zu der Haustürsituation OLG Stuttgart, Urteil vom 23.11.2004 – 6 U 82/03, BeckRS 2004,	
11730 Rn. 43).	
Mit zunehmendem zeitlichen Abstand nimmt die Indizwirkung für die Kausalität ab und kann	277
nach einer gewissen Zeit ganz entfallen. Ob sich der Verbraucher auch bei einem größeren	
zeitlichen Abstand zwischen der Haustürsituation und dem Vertragsschluss in einer Lage	
befindet, in der er in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt ist, ist eine Frage der	
Würdigung des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 17.06.2008 – XI ZR 79/07, BeckRS 2008,	
13091). Ein zeitlicher Abstand von drei Wochen kann gegen eine Ursächlichkeit sprechen	
(BGH, Urteil vom 09.05.2006 – XI ZR 119/05, BeckRS 2006, 06858 Rn. 14).	
Hier lag ein Zeitraum von mehreren Monaten zwischen dem Gespräch im Mai und dem	278
Vertragsschluss im August 2002. Das Gespräch im Mai mag überraschend gewesen sein. Mit	
Blick auf das weitere Gespräch im Juli 2002 wusste der Kläger dagegen, was ihn erwartet.	
Eine typische situative Überrumpelung liegt aber nicht vor, wenn vorhersehbar ist, dass	
geschäftliche Angelegenheiten erörtert werden sollten (BGH, Urteil vom 10.01.2006 – XI ZR	
169/05, juris Rn. 19). Dass er sich bewusst auf eine erneute Teilnahme eingelassen hat,	
spricht vielmehr dafür, dass dafür nicht die „Überrumpelungssituation“, sondern ein	
sachbezogenes Interesse ursächlich war.	
5. Berufungsantrag zu 5. (Rückbau der Windenergieanlagen auf den Flurstücken G1	279
(G4) und G3)	
Auch insoweit hat die Klage gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 des Nutzungsvertrages aus den	280
genannten Gründen Erfolg.	
6. Berufungsantrag zu 6. (Rückbau Wegefläche auf dem Flurstück G6 (G5))	281
Der Antrag ist mangels ausreichenden Vortrags unbegründet.	282
	283

Ein schriftsätzlicher Vortrag zum Flurstück G6 (G5) fehlt zur Gänze. Zwar haben die Parteien im Senatstermin vom 20.08.2020 klargestellt, dass der Kläger Eigentümer des Grundstücks und auch insoweit ein vertragliches Wegerecht eingeräumt sei. Auf dem Grundstück verlaufe ein in Umsetzung des Vertrags angelegter Weg im nördlichen Bereich.

Da jedoch die vertraglichen Details nicht bekannt sind, kann nicht geprüft werden, ob auch insoweit eine ordentliche Kündigung möglich ist. Eine außerordentliche Kündigung ist aus den im Rahmen der Prüfung des Antrags zu 1. dargestellten Gründen unwirksam. 284

7. Berufungsantrag zu 7. (Rückbau Fahrweg nebst Stromkabel auf dem Flurstück G2) 285

Der Anspruch ist aus den genannten Gründen gem. § 6 Abs. 2 des Vertrags zu bejahen. 286

II. 287

Die Widerklage bzw. Drittwiderklage ist in Bezug auf den Feststellungsantrag unzulässig und im Übrigen unbegründet. 288

1. Widerklageanträge zu 1. und 2. (Unterlassung) 289

Da der betreffende Vertrag durch ordentliche Kündigung beendet ist, hat die Beklagte keinen Anspruch mehr auf Unterlassung des Betriebs einer vertragsfremden WEA gem. § 4 Abs. 3 des Vertrags. Gegenüber einem Unterlassungsanspruch aus der Dienstbarkeit gem. §§ 1090 Abs. 2, 1027 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB können sich die Widerbeklagten jedenfalls auf den Wegfall des Sicherungszwecks berufen. 290

2. Widerklageantrag zu 3. (Abriss) 291

Die Beklagte hat aus den genannten Gründen auch keinen Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB i. V. m. § 4 Abs. 3 des Nutzungsvertrages auf einen Rückbau der Anlage gegen die Widerbeklagten. Die Beklagte kann nur verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne die Pflichtverletzung stünde, und die WEA der Drittwiderbeklagten hätte ab April 2012 gebaut werden dürfen. 292

3. Widerklageantrag zu 4. (Feststellung) 293

Der Antrag ist mangels Feststellungsinteresses gem. § 256 Abs. 1 ZPO unzulässig. 294

Auch wenn – wofür keine Anhaltspunkte bestehen – unterstellt wird, dass die WEA noch vor Ablauf der Vertragszeit gebaut wurde und der Beklagten insoweit ein materieller Schaden entstanden ist, ist der Feststellungsantrag darauf nicht zugeschnitten, da er die Begründetheit des Widerklageantrags zu 3. voraussetzt. Nur so lässt sich entsprechend dem landgerichtlichen Urteil das Feststellungsinteresse begründen. Für einen in der Zeit zwischen der Errichtung der WEA bis April 2012 entstandenen möglichen Schaden durch Abschattungsverlust besteht hingegen kein Feststellungsinteresse, weil die Beklagte diesen Schaden beziffern könnte und müsste (vgl. BGH, Urteil vom 21.09.1987 – II ZR 20/87, juris Rn. 7). 295

C. 296

Der nachgelassene Schriftsatz vom 29.10.2020 gab keinen Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. § 156 ZPO. 297

298

I.		
Soweit sich die Beklagte gegen die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung wendet (fehlende Aktivlegitimation und Existenzbedrohung), dringt sie damit aus den oben dargestellten Rechtsgründen nicht durch.		299
II.		300
Soweit die Beklagte für den Fall der Unzulässigkeit ihres Feststellungsantrags (Widerklageantrags zu 4.) hilfsweise zwei – zueinander gleichfalls im Eventualverhältnis stehende – Leistungsanträge angekündigt hat, war dies nicht mehr zu berücksichtigen.		301
1.		302
Der Übergang von einem Feststellungsantrag zu einem Leistungsantrag wäre als Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2001 – XII ZR 199/98) nur mit einer Anschlussberufung möglich gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2009 – VII ZR 26/06, NJW 2009, 1870, 1871 Rn. 22), die auch konkludent eingelegt werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2019 – VIII ZR 377/18, juris Rn. 22). Eine Anschlussberufung wäre aber gem. § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur bis zum Ablauf der der Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwiderung zulässig gewesen, da die Beklagte mit beglaubigter Abschrift der Verfügung vom 05.12.2019 formal (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2018 – XI ZR 572/16, juris Rn. 19) und inhaltlich ordnungsgemäß belehrt worden ist. Der Wirksamkeit der Belehrung steht nicht entgegen, dass sie nicht auf den Anwaltszwang Bezug nimmt. Zwar ergibt sich aus § 521 Abs. 2 Satz 2 und § 277 Abs. 2 ZPO grundsätzlich die Pflicht, auf den für die Berufungserwiderung geltenden Anwaltszwang und die Folgen einer Versäumung der gesetzten Frist hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2017 – X ZR 120/15, juris Rn. 41). Eines gesonderten Hinweises auf den Anwaltszwang bedurfte es hier jedoch nicht, da sich die Prozessbevollmächtigten der Beklagten schon zuvor mit Schriftsatz vom 18.10.2019 (Bl. 1005) für die Berufungsinstanz bestellt hatten. Dass in einem solchen Fall auf die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung nicht gesondert hinzuweisen ist, folgt unmittelbar aus § 277 Abs. 2 ZPO, der auf „den <u>zu bestellenden</u> Rechtsanwalt“ Bezug nimmt. Dies bestätigt letztlich auch das Urteil des BGH vom 14.07.1983 – VII ZR 328/82. Danach ist die Partei zwar auch dann zu belehren, wenn sie bei Zustellung der Fristbestimmung bereits durch einen Rechtsanwalt vertreten war, aber (nur) über die <u>Folgen einer Fristversäumung</u> . Das ist hier geschehen.		303
2.		304
Im Übrigen hätte die Anschlussberufung auch bei einer unwirksamen Belehrung in jedem Fall bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eingelegt werden müssen (Heßler, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage 2020, § 524 ZPO Rn. 10). Daran ändert auch der Schriftsatznachlass nichts, da dieser nur im Rahmen des § 296a Satz 2 ZPO für Angriffs- und Verteidigungsmittel beachtlich ist (BGH, Beschluss vom 07.11.2017 – XI ZR 529/17, BeckRS 2017, 133092 Rn. 6).		305
3.		306
Die Frist war auch nicht in Ansehung des Art. 103 Abs. 1 GG unerheblich.		307
Allerdings könnte – was nicht unumstritten ist – die Zulassung einer verspäteten Anschlussberufung zur Wahrung des Verfahrensgrundrechts nach Art. 103 Abs. 1 GG dann		308

geboten sein, wenn nach dem Prozessverlauf bis zum Ablauf der Frist für die Berufungserwiderung auch ein kundiger und gewissenhafter Berufungsbeklagter nicht damit rechnen konnte, dass das ihm günstige erstinstanzliche Urteil keinen Bestand haben wird und er den Verlust des Rechtsstreits nur durch eine Anschlussberufung vermeiden kann (vgl. BGH, Urteil vom 07.12.2007 – V ZR 210/06, juris Rn. 27; Urteil vom 07.05.2015 – VII ZR 145/12, juris Rn. 37; Beschluss vom 10.12.2019 – VIII ZR 377/18, juris Rn. 23).

Ein solcher Sachverhalt liegt hier aber nicht vor. Die Nachteile der Fristversäumung wären bei 309 einer sorgfältigen Prozessführung vermeidbar gewesen. Für die Beklagte hätte hier auch schon vor der rechtlichen Erörterung im Senatstermin vom 20.08.2020 Anlass bestanden, sich prozessual auf die mögliche Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung einzustellen. Die Klägerin hatte nämlich schon ausdrücklich in der Berufungsbegründung darauf hingewiesen, dass die Verträge wegen Verstoßes gegen die Formpflicht gem. § 550 BGB ordentlich gekündigt worden seien (vgl. Bl. 1016, 1022 ff.), und im Übrigen auch die Zulässigkeit der Feststellungsklage gerügt. Das Feststellungsinteresse hatte auch das Landgericht nur damit begründet, dass die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen sei. Bei einer wirksamen Kündigung wäre dies aber offensichtlich der Fall, zumal der Antrag selbst an den Fortbestand vertraglicher Pflichten anknüpft. Die Beklagte hat den neuen Vortrag auch nicht etwa übersehen, sondern ist darauf in ihrer Berufungserwiderung eingegangen. Dann aber konnte sie sich auch mit der Möglichkeit befassen, dass der Vortrag Erfolg hat.

Die Versäumung der Frist kann auch nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil ein 310 Berufungsgericht seiner Hinweispflicht nach §§ G1, 278 Abs. 3 ZPO nur dann genügt, wenn es den Parteien vor seiner Entscheidung mitteilt, dass es der rechtlichen Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will und der davon betroffenen Partei auch die Möglichkeit eröffnet, ihren Sachvortrag sachdienlich zu ergänzen (vgl. BGH, Beschluss vom 28.09.2006 – VII ZR 103/05, BeckRS 2006, 12639 Rn. 4). Diese allgemeinen Grundsätze können auf die gesetzliche Ausschlussfrist in § 524 Abs. 2 ZPO keine Anwendung finden. Die Folge ihrer Versäumung ist die Unzulässigkeit der Anschlussberufung. Diese kann nicht mehr durch prozessleitende Maßnahmen, wie durch die Gewährung einer Schriftsatzfrist oder die Anberaumung eines weiteren Verhandlungstermins, behoben werden (BGH, Urteil vom 07.12.2007 – V ZR 210/06, juris Rn. 27 f.).

4. 311

Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass der Beklagten überhaupt bis zum 31.3.2012 ein 312 Schaden infolge von Abschattungsverlusten entstanden sein kann, da eine Errichtung der WEA der Drittwiderbeklagten vor Spätsommer bzw. Herbst 2012 weder mit Substanz behauptet worden noch nach Aktenlage feststellbar ist. Gleiches gilt für den „Beginn der Bauarbeiten“, an den sich nach dem vorrangigen Hilfsantrag der Beginn der Zahlungspflicht von monatlich 4.100 € knüpfen soll. Ob dieser Antrag (auch) wegen nicht hinreichender Bestimmtheit unzulässig wäre, kann offen bleiben.

III. 313

Auch eine – gleichfalls mit Schriftsatz der Beklagten vom 29.10.2020 beantragte – weitere 314 Schriftsatzfrist war der Beklagten nicht zu bewilligen, denn die insoweit in Bezug genommenen Schriftsätze der Klägerseite vom 8.10.2020 und 20.10.2020 enthalten keinen entscheidungserheblichen neuen Sachvortrag und sind vom Senat nicht berücksichtigt worden. Das gilt auch für die Schriftsätze der Klägerseite vom 10.11.2020 und 24.11.2020.

D. 315

Die Kostenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Voraussetzungen des § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegen vor, da sich der Antrag betreffend das Flurstück G5 nur auf eine untergeordnete Wegefläche bezieht und die Klägerin in Bezug auf das Flurstück G3 letztlich kein eigenes Leistungsinteresse hat.	316
Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	317
E.	318
Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Abs. 2 ZPO.	319
F.	320
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis 2.350.000 € festgesetzt.	321
