

„Erneuerbare Energien in der notariellen Praxis“

Tagungsbericht der Diskussionsveranstaltung vom 05. Juni 2013

Anlässlich ihres zehnjährigen Bestehens wurde die im Jahr 2002 eingerichtete Forschungsstelle für Anwaltsrecht um das Notarrecht erweitert und in „Forschungsstelle für Anwalts- und Notarrecht“ umbenannt. Aus diesem Anlass fand erstmals in Kooperation mit der Westfälischen Notarkammer eine Diskussionsveranstaltung statt, die das aktuelle Thema von regenerativer Energiegewinnung aufgriff und dessen Berührungspunkte zu notariellen Aufgaben betrachtete. Insbesondere zwei Ziele nahm sich die Forschungsstelle vor dabei zu verfolgen: auf das Thema aus unterschiedlichen Perspektiven zu blicken und zugleich fundiert praxisnahe Erörterungen vorzunehmen.

Die Atomkatastrophe von Fukushima bedingte eine öffentliche Debatte, infolge derer die Bundesregierung innerhalb weniger Monate den Atomausstieg beschlossen hat. Mit dem am 6. August 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes (AtG) wurde der vollständige Ausstieg der Bundesrepublik aus der Kernenergie abschließend geregelt. § 7 Abs. 1a Nr. 6 AtG bestimmt, dass bis zum 31. Dezember 2022 das letzte deutsche Atomkraftwerk vom Netz zu gehen hat. Von diesem Zeitpunkt an haben andere Energieformen den gesamten Bedarf der Versorgung zu decken. Neben fossilen Energieformen wie Gas, Braun- und Steinkohle, der Verbrennung von Öl kommen vor allem erneuerbare Energieformen in Betracht. Darunter sind zu fassen Photovoltaik, Windkraft – Onshore / Offshore –, Geothermie und Biogas.

Auf Einladung der Forschungsstelle stellte Notarassessor

Dr. Leif Böttcher, LL.M.,

derzeit abgeordnet an das Bundesministerium der Justiz, in einem

Eingangsreferat die verschiedenen Arten erneuerbarer Energien vor und erläuterte die Schnitt-



stellen zu notarieller Tätigkeit. Darauf gründend beleuchteten die Teilnehmer der anschließenden Podiumsdiskussion die Thematik vor ihrem jeweiligen beruflichen Hintergrund. Als Diskussions- teilnehmer wirkten mit *Dr. Thomas Forstreuter* aus der Abteilung Agrar-, Wirtschaftspolitik sowie Erneuerbare Energien des Westfälisch-Lippischen Landwirtschaftsverbandes, Rechtsanwalt und Notar *Andreas Schäfermeier* aus Lippstadt, Rechtsanwalt *Dr. Jörg Ritter* aus München, Partner der Kanzlei Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP sowie Rechtsanwalt *Ingmar Helmke*, Fondsmana- ger der Aquila Capital Structured GmbH aus Hamburg. *Prof. Dr. Ingo Saenger*, Leiter der For- schungsstelle, moderierte das Gespräch.

Der Anteil von regenerativen Energien an der Gesamtstromerzeugung hat sich in Deutschland von rund 10 % im Jahr 2005 auf rund 20 % im Jahr 2010 verdoppelt. Maßgebliche Rechtsgrund- lage für die Regelung des Rechts der regenerativen Energien ist das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG). Das EEG behandelt vordringlich die bevorzugte Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das Stromnetz und fixe Einspeisevergütungen. Der Anteil von erneuerbaren Energien an der Stromversorgung soll sich nach den Zielvorstellungen des EEG auf Mindestwerte von 35 % bis zum Jahr 2020, 50 % bis zum Jahr 2030, 65 % bis zum Jahr 2040 und 80 % bis zum Jahr 2050 erhöhen. Zweck des Gesetzes ist nach § 1 Abs. 1 EEG im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Energieversorgung zu ermöglichen, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung zu verringern, fossile Ressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus regenerati- ven Energien zu fördern. Zu den einzelnen Energieformen: Die Photovoltaikanlage wandelt – zumeist in Gestalt eines „Inselsystems“ – Licht mit Hilfe von Halbleitern in elektrische Energie um. Sie existiert in drei gängigen Typen, der Freiland, Aufdach- und Dachintegrierten Photovoltaikan- lage. Im Verhältnis zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Grundstückseigentümer besteht auf schuldrechtlicher Ebene grundsätzlich ein Miet- oder Pachtvertrag. Unter sachenrechtlicher Be- trachtung ist vom Einzelfall abhängig, ob die Photovoltaikanlage als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks im Sinne des § 946 BGB oder als Scheinbestandteil im Sinne des § 95 Abs. 1 BGB einzuordnen ist. Indizien, die für das Vorliegen eines Scheinbestandteils sprechen, sind die Möglichkeit der De- bzw. Remontage, eine Integration in die Gebäudestruktur, eine Laufzeit von Nutzungsvereinbarung und Lebenserwartung der Anlage, eine Eigentumsübertragung zum Ende der Laufzeit sowie die Option zum Erwerb des Eigentums zum Ende der Laufzeit. Auf die rechtli- che Bewertung kann gestaltend eingewirkt werden, indem eine beschränkte persönliche Dienst- barkeit nach § 1090 Abs. 1 BGB bestellt wird. Mit dieser dinglichen Sicherung der schuldrechtli- chen Nutzungsvereinbarung wird das Recht abgesichert, die Anlage auf einem fremden Grund- stück zu betreiben. Das Eigentum an der Anlage geht damit nicht durch eine Verbindung mit dem Grundstück nach § 946 BGB über, was sich auch aus § 95 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt. Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob die Dienstbarkeit auch nachträglich bestellt werden und Wirkung für die rechtliche Einordnung entfalten kann. Alternativ zu einer Dienstbarkeit bietet sich ein privat- rechtlicher Sicherungsvertrag an, der zu Aspekten des Eigentums an der Anlage Regelungen

trifft. Ein Problem tritt bei der Rechtsnachfolge auf: Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit ist nach §§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB weder vererb- noch übertragbar. Zur Sicherung der Erben kann daher über die Zwischenschaltung einer Gesellschaft, eine Nutzungsüberlassung und womöglich gar über eine Vormerkung / Sukzessivberechtigung nachgedacht werden. Für die Bestellung eines Nießbrauchs am eigenen Grundstück gelten sogar seit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2011 vereinfachte Eintragungsvoraussetzungen: war bis dato ein berechtigtes Interesse des Eigentümers erforderlich, ist nunmehr kein Nachweis desselben erforderlich (BGH, NJW 2011, 3517). Im Verhältnis zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Finanzierungsgläubiger gelten in der Regel die grundsätzlichen Rechtsverhältnisse, nach denen zur Sicherung des Darlehensvertrags die Anlage nach §§ 929 S. 1, 930 BGB sicherungsübereignet wird. Ferner bietet es sich an, dass der Eigentümer eine Dienstbarkeit zugunsten des Finanzierungsgläubigers unmittelbar nach einer Dienstbarkeit zugunsten des Anlagenbetreibers bestellt. Ein Sonderfall findet sich unter anderem im Wohnungseigentumsrecht (WEG), wonach § 5 Abs. 2 WEG bestimmt, dass die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienende Anlagen nicht Gegenstand des Sondereigentums darstellen.



Besteht wie von *Böttcher* prägnant und strukturiert aufgezeigt eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit in eigentumsrechtlichen Fragen bei Photovoltaikanlagen, so liegt dies bei Windkraftanlagen in ähnlicher Form vor, wobei deren tatsächliche Besonderheiten berücksichtigt werden müssen. Ein Windkraftrad erstreckt sich

bis zu 200 Meter in die Höhe, der Rotor kann einen Durchmesser von bis zu 150 Metern aufweisen. Entsprechend dieser Größenmerkmale hat eine Tiefe und Breite des die Anlage tragenden Fundaments auszufallen. Im Allgemeinen lässt sich die wachsende Bedeutung auch dieser regenerativen Energieform an der zunehmenden Dichte („Verspargelung“) auf dem Land und der See in sogenannten „Windenergieparks“ ablesen. Bei Windkraftanlagen auf dem Land auf einem eigenen Grundstück verneint die herrschende Meinung die Möglichkeit einer Sicherungsübereignung, da sie die Anlagen ob deren Größe und Standfestigkeit insgesamt als wesentlichen Bestandteil des Grundstücks ansieht. Lediglich eine Mindermeinung unterscheidet zwischen dem Fundament und dem Turm als wesentliche Bestandteile gegenüber der Gondel und dem Rotor als „aufgeständerte Maschine“. Befindet sich die Windkraftanlage auf einem fremden Grundstück tritt zu den vorgenannten Ansichten eine weitere hinzu. Dann soll ein Scheinbestandteil nach

§ 95 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen, wenn die Laufzeit der schuldrechtlichen Nutzungsvereinbarung geringer oder gleich der voraussichtlichen Lebensdauer der Anlage ist. Unabhängig von der Unterscheidung des Standortes der Anlage auf einem eigenen oder fremden Grundstück wird entsprechend der Photovoltaikanlage angeraten, durch Bestellung einer Dienstbarkeit die Wirkung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB hervorzurufen und eine Scheinbestandteilseigenschaft zu begründen.

Diffiziler verhält es sich bei Offshore-Windkraftanlagen. Hierfür besteht eine Vielzahl von offenen Rechtsfragen. Diese betreffen unter anderem etwaige öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Sicherheitsanforderungen, den Netzausbau durch Kabel und die Projektfinanzierung. Aufgrund dieser unklaren Rechtslage haben große deutsche Energieunternehmen einen weitergehenden Offshore-Ausbau bisher überwiegend verschoben. Zwar wurde Ende des Jahres 2012 § 17e Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) eingeführt, der Regelungen zur Entschädigung bei Störungen oder Verzögerung der Anbindung von Offshore-Anlagen enthält, doch erfolgten zivilrechtlich keine anpassenden Änderungen, sodass die fundamentale Voraussetzung für eine Investition, die Rechtssicherheit, nach wie vor nicht besteht.

Von wesentlicher rechtlicher Bedeutung für Vorhaben von Offshoreanlagen ist unabhängig davon das sog. Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea). Als „Verfassung der Meere“ trat es mit Wirkung vom 16. November 1994 für die Bundesrepublik in Kraft. Darin geregelt ist



eine 12-Seemeilen-Grenze des Küstenmeeres, in der dem Staat eine aquitoriale Souveränität zugesprochen wird. Ferner sind die Breite des Festlandssockels und eine sog. „Ausschließliche Wirtschaftszone“ normiert. Proklamiert ein Mitgliedsstaat des Abkommens eine Ausschließliche Wirtschaftszone darf – über die 12-Seemeilen-Grenze des Küstenmeeres hinaus – auf einer Breite von 200 Seemeilen mit beschränkter Souveränität eine wirtschaftliche Erforschung und Ausbeutung erfolgen. Dies schließt eine Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind mit ein. Zugleich werden Hohheitsbefugnisse in Bezug auf die Errichtung und Nutzung von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken eingeräumt. Schuldrechtlich gelten nach § 2 Nr. 1 EEG alle Vorschriften des EEG auch in der Ausschließlichen Wirtschaftszone. Sachenrechtlich bedarf es einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 43 EGBGB, um die der Bundesrepublik Deutschland

zugewiesenen Hoheitsrechte für die Ausschließliche Wirtschaftszone weit zu verstehen und damit Anlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone als in dem angrenzenden Küstenstaat belegen anzusehen.

Meeresgrundstücke im Bereich des Küstenmeeres stellen ein vollwertiges Grundeigentum dar und sind katastermäßig erfasst. Das Eigentum des Bundes erstreckt sich auf das gesamte Küstenmeer. Obgleich dafür kein Grundbuch angelegt ist, kommt nach § 189 EGBGB auch für buchungsfreie Grundstücke das materielle Immobiliarsachenrecht des BGB, mithin §§ 873, 925 BGB, zur Anwendung. Somit kann grundsätzlich auch ein Erbbaurecht bestellt werden.

Anders verhält sich die Kreditsicherung am Meeresgrundstück im Bereich der Ausschließlichen Wirtschaftszone. Gebietsrechtlich handelt es sich dabei um „Niemandland“. Möglich erscheint demnach lediglich eine Sicherungsübereignung der Anlage oder die Gründung einer Projektgesellschaft – einer GmbH –, in die die Anlage eingebracht wird und die Anteile verpfändet werden. Abschließend gab *Böttcher* einen Ausblick in den Möglichkeiten der Besicherung von Offshore-Windkraftanlagen: so könnte das Schiffsregister als Verzeichnis auch für Windanlagen geöffnet werden, die Einführung einer Erstreckungsklausel könnte nationales Zivilrecht in der deutschen Ausschließlichen Wirtschaftszone für anwendbar erklären – was eine Änderung von § 95 Abs. 1 BGB nahe legen würde – und letztlich könnte ein Registerpfandrecht durch Verlautbarung in einem Register mit öffentlichem Glauben eingeführt werden.

Die sich an das Referat anschließende Diskussionsrunde wurde durch jeweils ein Eingangsstatement der Panelisten eröffnet. *Forstreuter* wies darin insbesondere auf den hohen Flächenverbrauch der alternativen Energieerzeugung hin. Die Notwendigkeit einer Wende in der Versorgung hin zu erneuerbaren Energien werde von der Landwirtschaft uneingeschränkt geteilt. Doch dürfe das Flächenerfordernis sich nicht zum Nachteil der Landwirte auswirken. Etwaige finanzielle Entschädigungen fielen meist zu gering aus und ein Verlust der landwirtschaftlichen Produktion werde kaum berücksichtigt. Zumal ein solcher Verlust über die Nachteile für den einzelnen Landwirt hinaus eine Verringerung von landwirtschaftlichen Erträgen zu Nahrungs- und Futterzwecken verursache. Hinsichtlich des Flächenverbrauchs schlage er vor, den Landwirten anstatt einer einmaligen Entschädigung eine Art Nutzungsgebühr für die von ihnen eingeräumte Fläche zu leisten. Notare könnten gleichwie für eine ausgewogene Vertragsgestaltung im Einzelnen sorgen, die den Landwirt nicht übervorteile.

Ritter berichtete von der Betreuung einiger umfangreicher Projekte von Unternehmungen der Wind- und Solarenergie durch seine Kanzlei. Dabei sei das Geschäft in der Photovoltaikbranche im vergangenen Jahr aufgrund der vom vormaligen Umweltminister *Röttgen* veranlassten massiven und kurzfristigen Kürzung der Einspeisevergütung „quasi über Nacht“ eingebrochen. Seiner Ansicht nach sei diese Änderung des EEG verfassungswidrig und könne mit einer Situation verglichen werden, in der Automobilherstellern aufgegeben werde, ab einem Zeitpunkt in vier Wochen nur noch Fahrzeuge mit einer Leistung von 30 PS zu bauen.

Über die Strukturierung von Fonds, die ausschließlich in Projekte regenerativer Energien investieren, berichtete *Helmke*. Das gesamte Investitionsvolumen seiner Gesellschaft betrage rund vier Milliarden Euro, einzelne Projekte wiesen eine Größenordnung von mehreren hundert Millionen auf. Solche Dimensionen würden in Deutschland mitunter bei Vorhaben auf Konversionsflächen erzielt, die nach ihrer militärischen Nutzung insbesondere für Photovoltaikprojekte genutzt werden würden. Hierbei sei notarielle Mitwirkung über die gesamte Projektentwicklung erforderlich. Diese reiche von grundstücksrelevanten Vorgängen über eine gesellschaftsrechtliche Strukturierung der einzelnen Fonds bis hin zur Kreditsicherung der Kapitalgeber.

Schäfermeier informierte über seinen Beratungsschwerpunkt in Vorhaben der erneuerbaren Energien. Eine nicht selten auftretende Konstellation sei dabei, dass im Hinblick auf die zeitlich lange Ausgestaltung vieler Projekte eine notarielle Beurkundung des Gewerbemietvertrages erfolge. Dabei sei sorgfältig darauf zu achten, etwaige nachträgliche Änderungen auch dem gewählten Beurkundungsvorbehalt zu unterstellen, um nicht ein



Sonderkündigungsrecht durch einen Formfehler zu begründen. Zu jüngsten kurzfristigen Änderungen des EEG bemerkte *Schäfermeier* abschließend, dass die Förderung von Energieformen seit jeher maßgeblich politisch motiviert sei.

Nach aufschlussreichen drei Stunden aus profundem Vortrag und reger Diskussion zeigten sich sowohl die Podiumsgäste als auch das Auditorium äußerst zufrieden mit der Erörterung des Themas. Bei dem anschließenden Empfang konnte der Nachmittag in einem angenehmen Rahmen ausklingen. Der Notarkammer haben teilnehmende Mitglieder nochmals gesondert ein Gelingen der Veranstaltung attestiert, wobei insbesondere die unterschiedliche und praxisnahe Betrachtung des Themas – gerade auch unter einer Einbindung eines „nichtjuristischen“ Experten – gelobt wurde. Aus dem Kreis der Referenten wurden mitunter thematische Vorschläge für eine Folgeveranstaltung übermittelt. Sie setzen sich damit „der Gefahr“ einer weiteren Einladung der Forschungsstelle aus. Die Auftaktveranstaltung der erweiterten Forschungsstelle darf daher als sehr gelungen bezeichnet werden.