

Neue Impulse für das Energie-Contracting

Das Energie-Contracting hat in den vergangenen Jahren eine immer größere Bedeutung erlangt und gilt heute als primäres Instrument zur Finanzierung und Optimierung von Energieerzeugungsanlagen und Energieeffizienzmaßnahmen. Einfach ist die Materie aber nicht! Insbesondere im rechtlichen Bereich gibt es für die Marktakteure zahlreiche Klippen zu umschiffen. Die Jahrestagung des Forum Contracting e. V. am 25.2.2010 in Frankfurt/Main schaffte hier Orientierung. Sie informierte über die aktuellen Rechtsentwicklungen in den Bereichen Energie-Contracting und Energieeffizienz und diente dem Meinungs- und Erfahrungsaustausch zwischen Vertretern aus Justiz, Anwaltschaft, Universitäten und Unternehmen.

Die Jahrestagung stieß auch in diesem Jahr wieder auf eine beachtliche Resonanz. Das Forum Contracting e. V. konnte in Frankfurt über 100 Teilnehmer begrüßen. Im Folgenden werden drei der zahlreichen Vorträge mit ihren Kernaussagen vorgestellt.

Eigentumserwerb an Bestandsanlagen möglich

Prof. Dr. Dr. Horst Hagen, früherer Vizepräsident und Vorsitzender des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, referierte zu eigentumsrechtlichen Aspekten von Energieerzeugungsanlagen, die im Zuge des Contracting auf fremden Grundstücken errichtet oder in fremde Gebäude eingebaut werden. Seine Aussagen bewiesen große Praxisnähe und überraschten in ihrer Eindeutigkeit selbst ausgewiesene Experten des Grundstückrechts.

Eine von Hagens Kernaussagen lautete: Es ist grundsätzlich möglich, einen wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks auch nachträglich in einen Scheinbestandteil (§ 95 BGB) umzuwandeln und an einen Dritten zu übereignen. Dies kann schon durch bloße Umwidmung geschehen, ohne dass die tatsächliche Verbindung zwischen Bestandteil und Grundstück vorübergehend gelöst werden müsste.

Übertragen auf das Energie-Contracting bedeutet das: Der Contractor hat die Möglichkeit, durch eine Vereinbarung mit dem Grundstückseigentümer das Eigentum an Bestandsanlagen zu erwerben. Damit sind solche Energieerzeugungsanlagen gemeint, die vom Grundstückseigentümer in Eigenregie errichtet worden sind, noch bevor der Contractor ins Spiel gekommen ist, und die nach der gesetzlichen Wertung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 93, 94 BGB) im Eigentum des Grundstückseigentümers stehen.



In konzentrierter Form beantwortete die Jahrestagung des Forum Contracting e. V. zentrale Fragen der komplexen Materie Energie-Contracting
Fotos: Marc Frankenhauser

Hagen begründete seine Auffassung unter Hinweis auf ein Grundsatzurteil des BGH vom 2.12.2005 (siehe BGHZ 165, 184 = CuR Contracting und Recht 2006, 9). In dem diesem Urteil zugrundeliegenden Fall war fraglich, ob ein nachträglicher Eigentumswechsel an einer in einem Straßengrundstück verlegten Wasserversorgungsleitung möglich ist. Der BGH bejahte den Eigentumsübergang. Eine nachträgliche Zweckänderung sei mit dem Wortlaut des § 95 BGB vereinbar und entspreche auch dem Regelungszweck der Norm. Es sei nicht entscheidend, ob der Wille, die Sache nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück zu verbinden, schon bei ihrer Einfügung bestehe oder erst später gefasst werde. Ausschlaggebend sei, ob ein berechtigtes Interesse an der veränderten, nunmehr vorübergehenden Nutzung die Neubegründung der Sonderrechtsfähigkeit erfordere.

Hagen ließ keine Zweifel daran, dass er das BGH-Urteil, an dem er nicht mehr mitgewirkt habe, für richtig halte. Obwohl es sich auf eine Wasserversorgungsleitung in einem Straßenkörper bezog, stehe einer Übertragung auf Energieerzeugungsanlagen nichts entgegen. Es entspreche bewährter richterlicher Selbstbeschränkung, in einem Urteil nicht mehr zu entscheiden, als für die Lösung des Falls notwendig sei. Der in dem Urteil enthaltene Hinweis auf die Eigentumszuordnung im Recht der öffentlichen Sachen lasse nicht erkennen, dass der BGH etwa versucht hätte, die zivilrechtliche Lösung aus diesem Regelungsprinzip herzuleiten. Eine solche Herleitung sei dogmatisch auch kaum möglich.

Bisher standen die Unternehmen der Contracting-Branche dem nachträglichen Eigentumserwerb an Energieerzeugungsanlagen aufgrund der noch nicht abschließend

geklärten Rechtslage eher zurückhaltend gegenüber. Statt das Eigentum an der Energieerzeugungsanlage durch Kaufvertrag zu erwerben, wählten sie vielfach die Gebrauchsüberlassung durch Abschluss eines Pachtvertrages. Das kommt zwar dem Interesse des Contractors an der Bewahrung seiner Liquidität entgegen, entspricht aber häufig nicht dem Wunsch des Grundstückseigentümers, durch die Veräußerung der Bestandsanlage die eigene Liquidität zu erhöhen.

Der Vortrag von Prof. Hagen könnte dazu beitragen, dass Contractoren künftig verstärkt Bestandsanlagen kaufen, zumindest in Fällen, in denen dies dem ausdrücklichen Kundenwunsch entspricht. Eine überarbeitete Fassung des Vortrags wird in Heft 2/2010 der vom Forum Contracting e. V. mit herausgegebenen Zeitschrift CuR Contracting und Recht erscheinen.



Prof. Dr. Dr. h. c. Horst Hagen, früherer Vizepräsident des Bundesgerichtshofs, sprach über eigentumsrechtliche Aspekte des Contracting

Stromgeschenke sind riskant!

Prof. Dr. Dr. Peter Salje, einer der führenden Experten im Recht der erneuerbaren Energien, referierte zur aktuellen und äußerst brisanten Frage, ob Contractoren, die Strom aus einem Blockheizkraftwerk an Endkunden liefern, zur Tragung der EEG-Umlage verpflichtet sind. Er gab den Zuhörern dabei nicht nur einen informativen Überblick über die aktuelle Rechtslage, sondern stellte auch vertragliche und gesetzliche Möglichkeiten zur Vermeidung der EEG-Umlage auf den Prüfstand. Kritisch äußerte er sich insbesondere zu dem am Markt bereits praktizierten Modell, BHKW-Strom an Endkunden zu verschenken.

Salje hatte Glück: Am 9.12.2009 war das Grundsatzurteil des BGH zur EEG-Umlagepflicht ergangen (siehe BGH, CuR Contracting und Recht 2010, 16), das geradezu eine Steilvorlage für seinen Vortrag war. Der BGH stellte in diesem Urteil endgültig klar, was von vielen in der Energiewirtschaft und Contracting-Branche schon vermutet worden war. In den Ausgleichsmechanismus des EEG einschließlich des Belastungsausgleichs zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dem für sie regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber ist nicht nur der Strom einzubeziehen, der aus einem Netz für die allgemeine

Versorgung bezogen wird, sondern auch Strom, der außerhalb eines solchen Netzes erzeugt und an Letztverbraucher geliefert wird. Das Urteil ist zwar zum alten Recht (EEG 2004) ergangen, dürfte aber auf das neue Recht (EEG 2009) übertragbar sein.

Salje kritisierte das Urteil als falsch. Zugleich ließ er keine Zweifel daran, dass es auch auf solche Strommengen anzuwenden sei, die von einem Contractor dezentral in einem Blockheizkraftwerk (BHKW) erzeugt und dann nicht nach den Vorgaben des KWK-Gesetzes in das öffentliche Netz eingespeist, sondern unmittelbar an den Kunden geliefert werden (sog. Direktvermarktung). Der Contractor habe in diesem Fall die EEG-Umlage zu tragen und werde unter kaufmännischen Gesichtspunkten nicht umhin kommen, diese auch seinen Stromkunden in Rechnung zu stellen. Bei einer EEG-Umlage von inzwischen mehr als 2 ct/kWh sei die finanzielle Belastung für den Kunden erheblich. Das Contracting erleide dadurch gegenüber dem Betrieb des BHKW in Eigenregie – dieser ist EEG-umlagefrei – einen erheblichen Wettbewerbsnachteil.

Zu den am Markt praktizierten Vertragsmodellen zur Umgehung der EEG-Umlage äußerte sich Salje kritisch. Das gilt insbesondere für den Ansatz, den im BHKW

erzeugten Strom an den Kunden unentgeltlich zu liefern, ihn also quasi zu verschenken. Die unentgeltliche Lieferung von Strom könne zwar in Fällen umlagefrei sein, in denen der Contractor den Strom tatsächlich kostenfrei dem Kunden zur Verfügung stelle. Das ergebe sich aus § 37 Abs. 1 EEG 2009 in Verbindung mit der Begriffsbestimmung des Letztverbrauchers (§ 3 Nr. 25 EnWG), wonach der Begriff „Letztverbraucher“ zwingend den Kauf von Energie für den eigenen Verbrauch voraussetze. Ein echtes Verschenken verbiete sich aber aus kaufmännischen Erwägungen.

Sobald der Contractor den Strom nicht tatsächlich verschenke, sondern die entsprechenden Kosten lediglich in anderen Preisbestandteilen verstecke, insbesondere im Grund- oder Arbeitspreis der aus dem BHKW gelieferten Wärme, handelt es sich nach Auffassung von Salje um ein Umgehungsgeschäft, das die Pflicht des Contractors zur Tragung der EEG-Umlage nicht entfallen lasse. Der Contractor sei in diesem Fall auch weiterhin zur Meldung der Strommengen gegenüber dem vorgelagerten Netzbetreiber verpflichtet. Unterbleibt dies und stellt sich erst im Nachhinein die EEG-Umlagepflicht der gelieferten Strommengen heraus, könne es ein böses Erwachen für Contractor und Kunden geben.



Prof. Dr. Dr. Peter Salje, Universität Hannover, referierte zur brisanten Frage, ob Contractoren, die Strom aus einem Blockheizkraftwerk an Endkunden liefern, zur Tragung der EEG-Umlage verpflichtet sind



Reinhard Rüsken, Richter am Bundesfinanzhof, gab einen informativen Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Energiesteuerrecht

Nach Auffassung von Salje lasse sich die Problematik vorzugsweise durch eine Gesetzesänderung lösen. Ansatzpunkt könne § 37 Abs. 1 EEG 2009 sein. Die Vorschrift enthalte bereits heute eine Ausnahmeregelung, wonach Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die überwiegend grünen Strom liefern, nicht am Belastungsausgleich teilnehmen. Sie könnte um eine Regelung ergänzt werden, wonach auch Strommengen aus besonders effizienten Blockheizkraftwerken von der EEG-Umlage befreit sind. Salje griff hiermit einen Vorschlag des Vorsitzenden des Forum Contracting, Dr. Andreas Klemm, auf, der sich im vergangenen Jahr in einem Beitrag für die Zeitschrift *CuR Contracting und Recht* entsprechend geäußert hatte.

Hauptzollämter prüfen eigenständig

Reinhard Rüsken, Richter am Bundesfinanzhof und Mitglied des u. a. für das Energiesteuerrecht zuständigen VII. Senats, gab auf der Jahrestagung einen informativen Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Energiesteuerrecht. Seine Ausführungen machten deutlich, dass das Energiesteuerrecht nicht nur von erheblicher praktischer Tragweite ist, sondern als Teilgebiet des Verbrauchsteuerrechts inzwischen eigenständige Konturen entwickelt hat. Unternehmen, nicht nur aus der

Energiewirtschaft, sind daher gut beraten, sich mit den Grundzügen des Energiesteuerrechts vertraut zu machen.

Rüsken wies im Rahmen seines Vortrages auf ein Urteil des Bundesfinanzhofs (siehe *ZfZ Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern* 2009, 79) hin, wonach die Hauptzollämter bei der Frage, ob sie ein Unternehmen dem Produzierenden Gewerbe zuordnen – und diesem damit die umfangreichen Steuerprivilegien aus dem Energie- und Stromsteuergesetz gewähren –, nicht starr an die Klassifikation der Wirtschaftszweige gebunden sind.

Zwar enthalte das Stromsteuergesetz eine gesetzliche Begriffsbestimmung für das Unternehmen des Produzierenden Gewerbes (§ 2 Nr. 3 StromStG). Danach fallen unter den Begriff insbesondere solche Unternehmen, die dem Abschnitt C, D, E und F der vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003, zuzuordnen seien. Allerdings weise § 15 der Stromsteuer-Durchführungsverordnung den Hauptzollämtern eine eigenständige Prüfungskompetenz zu. Der vom Statistischen Bundesamt vorgenommenen Einordnung komme auf diese Weise zwar eine Indizwirkung, aber keine unbedingte Bindungswirkung zu.

Das führe dazu, so Rüsken weiter, dass die Hauptzollämter Entscheidungen fällen

dürften, die von der Zuordnung durch die Statistikbehörde abweichen. Eine positive Auskunft der Statistikbehörde über die Zuordnung zum Produzierenden Gewerbe sei noch keine Garantie dafür, dass auch das Hauptzollamt dieser Auffassung folge. Über die Gewährung von energiesteuerlichen Begünstigungen entscheide das Hauptzollamt in eigener Zuständigkeit; es sei nicht verpflichtet, die Zuordnung eines Unternehmens in Abstimmung mit den Statistikbehörden vorzunehmen.

Die zum Investitionszulagengesetz 1993 ergangenen Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, nach denen das Finanzamt in aller Regel eine solche Zuordnung zu übernehmen habe, sofern diese nicht offensichtlich unzutreffend sei, ließen sich auf das Energiesteuerrecht nicht übertragen.

Die Bandbreite der von Rüsken vorgestellten BFH-Entscheidungen zum Energiesteuerrecht war im Übrigen weit gefächert und reichte von der Biokraftstoffquote über das Flugbenzin bis hin zum energiesteuerlichen Anlagenbegriff, der aus verbrauchsteuerlicher Sicht eigenständig auszulegen sei und sich nicht mit dem Anlagenbegriff außersteuerlicher Gesetze (insbesondere EEG und KWKG) decke.

Autoren: Forum Contracting e. V. in Zusammenarbeit mit der „et“-Redaktion

Was ist das Forum Contracting?

Das Forum Contracting e. V. mit Sitz in Düsseldorf ist eine unabhängige und wissenschaftlich orientierte Fachorganisation, die sich schwerpunktmäßig mit rechtlichen und steuerlichen Aspekten des Energie-Contracting und benachbarter Rechtsgebiete befasst. Es sieht seine Aufgabe u. a. darin, das bestehende Know-how zu sammeln und zu strukturieren sowie den Marktakteuren verlässliche Lösungen zu vermitteln. Der Verein versteht sich nicht als Wirtschaftsverband und betreibt daher auch keine Lobbyarbeit im politischen Raum.

Das Konzept geht auf: Das Forum Contracting e. V. hat derzeit etwa 160 Mitglieder, Tendenz weiter steigend. Die Aushängeschilder sind insbesondere die Vortragsveranstaltungen und Fachgespräche, die stets auf große Resonanz unter den Mitgliedern und in der Branche stoßen, sowie die juristische Fachzeitschrift *CuR Contracting und Recht*, die inzwischen im 7. Jahrgang erscheint. Veranstaltungen und Zeitschrift zeichnen sich dadurch aus, dass Streitthemen kontrovers diskutiert werden und Vertreter unterschiedlicher Meinungen zu Wort kommen.

Weitere Informationen: www.forum-contracting.de