



Info-Rundschreiben zu Anlagenpachtmodellen

Einstufung als Finanzierungsleasing durch die BaFin

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie Sie vielleicht bereits aus den Berichten in verschiedenen Fach- und Branchenmedien wissen, hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in einem Einzelfall ein Anlagenpachtmodell für eine PV-Anlage als erlaubnispflichtiges Finanzierungsleasing im Sinne des Kreditwesengesetzes (KWG) eingestuft.

Mit diesem Schreiben möchten wir Sie kurz – soweit uns bekannt – über den Hintergrund der Entscheidung der BaFin und unsere rechtliche Einschätzung informieren sowie einige erste Handlungsempfehlungen geben.

Was ist ein Anlagenpachtmodell?

Die Entscheidung der BaFin ist vor dem Hintergrund der Besonderheiten sogenannter Anlagenpachtmodelle für PV- und KWK-Anlagen ergangen.

In einem Anlagenpachtmodell erfolgt anders als bei einem klassischen Contracting keine dezentrale Stromlieferung. Vielmehr sind Anlagenpachtmodelle für PV- oder KWK-Anlagen in der Regel dadurch gekennzeichnet, dass ein Dritter die Anlage unmittelbar bei einem Letztverbraucher errichtet und diese dann gegen einen Pachtzins an den Letztverbraucher verpachtet.

In dem Pachtvertrag werden dem Letztverbraucher weiterhin die verschiedenen Anlagenbetreiberpflichten und -rechte, beispielsweise die Wartung der Anlage oder das Recht zur wirtschaftlichen Verwertung des erzeugten Stroms, eingeräumt. Wie umfassend die Übertragung von Rechten und Pflichten auf den Pächter ist, unterscheidet sich dabei nach den verschiedenen am Markt verfügbaren und bekannten Pachtmodellen.

Ziel ist es, dass der Letztverbraucher sich selbst mit dem in der Anlage erzeugten Strom versorgt (Eigenversorgung).

Was ist Eigenversorgung?

Anlagenpachtmodelle haben den Vorteil, dass sie eine Eigenversorgung auch in den Fällen ermöglichen, in denen die PV-Anlage oder das BHKW nicht durch den Gebäudeeigentümer bzw. Stromverbraucher selbst, sondern einen Dritten errichtet wird.

Bis zum Inkrafttreten des EEG 2014 war die Eigenversorgung von der Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage vollständig befreit. Das EEG 2014 führt diese Privilegierung der Eigenversorgung für bereits in der Eigenversorgung befindliche Bestandsanlagen fort. Im Fall des Beginns der Eigenversorgung nach dem 31. Juli 2014 ist hingegen auch im Fall der Eigenversorgung eine – allerdings deutlich reduzierte – EEG-Umlage zu bezahlen.

Voraussetzung für die (teilweise) Befreiung von der EEG-Umlage ist, dass der Betreiber der stromerzeugenden Anlage und der Verbraucher des erzeugten Stroms personenidentisch sind. Welche Voraussetzungen genau erfüllt sein müssen, um als Betreiber einer stromerzeugenden Anlage zu gelten, ist rechtlich nicht abschließend geklärt. Klar ist, dass der Anlagenbetreiber nicht zwangsläufig Eigentümer der Anlage sein muss. Erforderlich soll aber sein, dass er das technische und wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebs trägt. Was dies im Einzelnen umfasst, speziell welche wirtschaftlichen Risiken, Wartungs- oder Reparaturpflichten der Anlagenbetreiber auf sich genommen haben muss, um auch als Anlagenbetreiber zu gelten, ist rechtlich umstritten.

Was hat die BaFin entschieden?

Der BaFin lag nun ein solcher Anlagenpachtvertrag zur Entscheidung darüber vor, ob es sich bei diesem um ein sogenanntes Finanzierungsleasing handelt.

Beim Abschluss von Finanzierungsleasingverträgen als Leasinggeber gemäß § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 10 Kreditwesengesetz (KWG) handelt es sich um eine Finanzdienstleistung. Wer solche Finanzdienstleistungen im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in einer kaufmännischen Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, erbringen will, bedarf gemäß § 32 Absatz 1 KWG zuvor einer schriftlichen Erlaubnis der BaFin. Werden Finanzdienstleistungen ohne eine solche Erlaubnis erbracht, kann dies gemäß § 54 KWG sogar eine Strafbarkeit nach sich ziehen.

Für erlaubnispflichtige Finanzierungsleasinggeschäfte sind nach Auskunft der BaFin insbesondere eine Gebrauchsüberlassung des Leasingobjektes und eine Finanzierungsfunktion charakteristisch. In Abgrenzung zu einer entgeltlichen Gebrauchsüberlassung steht bei Finanzierungsleasinggeschäften die Finanzierungsfunktion im Vordergrund oder bildet zumindest einen gewissen Schwerpunkt. Ein wichtiger Aspekt soll dabei nach Auffassung der BaFin sein, ob der Leasinggeber das Wirtschaftsgut dem Leasingnehmer zur Nutzung überlässt und die getätigten Investitionen über die Laufzeit des Leasingvertrags amortisiert. Daneben soll es insbesondere darauf ankommen, wie umfassend übliche Eigentümerpflichten und -risiken wie das Investitionsrisiko, das Risiko des zufälligen Untergangs oder eine Gebrauchsgewährleistung auf den Pächter übertragen werden.

In einem konkreten Einzelfall hat nun die BaFin ein von einer Rechtsanwaltskanzlei entwickeltes Anlagenpachtmodell als Finanzierungsleasing in diesem Sinne eingeordnet. Diese Entscheidung der BaFin führt zwangsläufig zu der Frage, wo die Grenze zwischen einem eine Eigenversorgung begründenden Anlagenpachtmodell und einem Finanzierungsleasing verläuft.

Wie schätzt vBVH die derzeitige Situation ein?

Aufgrund der Vielfalt der Ausgestaltungsmöglichkeiten von Pachtmodellen ist eine allgemeine Kategorisierung von Anlagenpachtmodellen als Finanzierungsleasing nicht möglich. Die Entschei-

derung der BaFin betrifft bislang nur einen Einzelfall, aus dem keine allgemeinen Rückschlüsse gezogen werden können.

Bei sorgfältiger Ausgestaltung können Anlagenpachtmodelle auch weiterhin rechtssicher umgesetzt werden, ohne dass die Grenze zum Finanzierungsleasing überschritten wird.

Allerdings ist die Entscheidung der BaFin sehr ernst zu nehmen und es bleibt abzuwarten, ob diese Einzelentscheidung eventuell durch Folgeentscheidungen bestätigt und konkretisiert wird.

Begrüßenswert wäre es sicherlich, wenn es der Branche und der BaFin gelingt, hier allgemeine Leitlinien zu entwickeln, die der Branche eine rechtssichere Handhabe gibt, unter welchen Voraussetzungen Anlagenpachtmodelle kein Finanzierungsleasing darstellen. Hierauf wirken derzeit verschiedene Akteure hin – unter anderem auch wir.

So befindet sich insbesondere auch der BSW Solar bereits in Gesprächen mit der BaFin und strebt eine Lösung im allgemeinen Interesse der Branche an. Parallel wurden die von uns entwickelten und vom BSW Solar angebotenen Musterverträge für Anlagenpachtmodelle der BaFin für eine rechtliche Einschätzung vorgelegt, um auch hier schnell größtmögliche Rechtssicherheit für alle Verwender zu erreichen.

Besteht in einzelnen Anlagenpachtmodellen Handlungsbedarf?

Hier ist zu unterscheiden, ob die jeweiligen Anlagenpachtmodelle in der Vergangenheit schon umgesetzt wurden oder noch umgesetzt werden.

Sofern die Umsetzung von Anlagenpachtmodellen für die Zukunft geplant ist, sollte zunächst der vorgesehene Pachtvertrag sorgfältig daraufhin geprüft werden, ob die Grenze zum Finanzierungsleasing überschritten ist. Bestehen insofern Zweifel, sollte der betreffende Vertrag vorab der BaFin zur Prüfung vorgelegt werden.

Sofern in der Vergangenheit Anlagenpachtmodelle umgesetzt wurden und die oben skizzierten Voraussetzungen für ein Finanzierungsleasing erfüllt sein könnten, sollten die abgeschlossenen Verträge unbedingt rechtlich darauf hin geprüft werden, ob es sich tatsächlich um ein Finanzierungsleasing handelt und ob eine Erlaubnispflicht bestand. Das Ergebnis dieser Prüfung hängt dabei immer von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab, insbesondere dem gesamten Vertrag, aber auch den beteiligten Vertragspartnern und den Gesamtumständen.

Das weitere Vorgehen hängt dann vom Ergebnis dieser Prüfung ab und ist sorgfältig abzuwägen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Berlin, den 9. April 2015

Ihre Anwältinnen und Anwälte
der Kanzlei von Bredow Valentin Herz