

Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis

Planung, Genehmigung, Kreditsicherung, Besteuerung

von

Leif Böttcher, Prof. Dr. Kurt Faßbender, Prof. Dr. Christian Waldhoff, Gregor Albers, Dr. Jens Bormann, Dr. Friederike Engler, Anne-Christin Gläß, Dr. Armin Hauschild, Dr. Bernd Peters, Matthias Roßbach

1. Auflage

[Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis – Böttcher / Faßbender / Waldhoff / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Energierrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65098 7

Auch für die **Kreditvergabe** ist entscheidend, die Bank zu überzeugen, dass der Nachschub von Einsatzstoff zu rentablen Preisen dauerhaft kein Problem darstellt. Banken verlangen häufig, dass für einen großen Anteil des erforderlichen Substrats Verträge mit einer **Laufzeit von zehn Jahren** vorgelegt werden.⁴⁰

II. Laufzeit, insbesondere Beginn und Kündigung

Aus dieser Erwartungshaltung von Genehmigungsbehörde und Bank ergibt sich ein Problem für den zeitlichen Ablauf. Misslich wäre, würden langfristige Lieferverträge schon verbindlich abgeschlossen und stellte sich später heraus, dass mangels Genehmigung oder Kreditvergabe gar keine Biogasanlage entsteht. Auch will der Betreiber noch kein Substrat annehmen und entgelten, wenn sich der Bau um längere Zeit verzögert. Aus Sicht des Investors böte sich daher an, den Vertrag unter die **aufschiebende Bedingung** zu stellen, dass die Anlage betriebsfertig errichtet wird.⁴¹

Ohne weiteres kann sich der Lieferant aber darauf schlecht einlassen. Er muss wissen, ob er gebunden ist oder nicht. Sonst droht er, dem schwebend unwirksamen Vertrag gehorchend am Markt vorbei zu produzieren oder Absatzchancen zu verpassen.⁴² Am besten dürfte daher sein, den Vertrag nicht zu bedingen, sondern dem Anlagenbetreiber ein **vertragliches Gestaltungsrecht** einzuräumen. Er erhält die Option, zurückzutreten oder den Leistungsaustausch in die Zukunft zu schieben. Dieses Recht kann an Fristen gebunden und – jedenfalls bei Ausübung kurz vor dem ersten Liefertermin – mit Ansprüchen des Lieferanten zum Ersatz seines Vertrauensschadens verknüpft werden. Diese werden am besten pauschal festgelegt, und zwar gestaffelt je nach Zeitpunkt des Rücktritts.⁴³

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 7)

Der Liefervertrag wird regelmäßig auf bestimmte Zeit abgeschlossen. Ein **Kündigungsrecht** des Lieferanten kann der Betreiber in der Regel nicht akzeptieren, weil es die Amortisation seiner Investition gefährdet. Umgekehrt ist der Lieferant aber vielleicht bereit, dem Betreiber jedenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall einzuräumen, dass er die Anlage vorzeitig einstellt.

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 8)

III. Rahmenvertrag oder umfassende Regelung?

Teils wird vorgeschlagen, über die Substratversorgung eine Rahmenvereinbarung zu schließen, innerhalb derer dann jedes Jahr einzelne Lieferverträge abgemacht werden sol-

⁴⁰ Vgl. *van Aken* ForderungsPraktiker 2013, 116: bis zu 80 % der benötigten Menge für bis zu zehn Jahre. Vgl. auch *Degenhart/Holstenkamp* S. 105 ff. Zum von der Bank geforderten Eintrittsrecht → Rn. 43 ff., zur Besicherung allgemein → Rn. 216 ff.

⁴¹ *Drysch/Rosarius* Rn. 411 sehen unter 2.2 aE als auflösende Bedingung vor, dass die Anlage „nicht gebaut“ wird. Damit fehlt aber eine Regel für den Fall einer verspäteten Fertigstellung. Die Klausel 3. – „In Absprache mit der Betreibergesellschaft muss der Landwirt voraussichtlich im Sommer 201x erstmalig Ganzpflanzen herstellen.“ – lässt die entscheidenden Fragen offen.

⁴² Dementsprechend rät ein Vertreter des Hessischen Bauernverbands, nur Verträge abzuschließen, die sofort in Kraft treten: *Armburst*, <http://www.lw-heute.de/?redid=16538>. Das dürfte aus den genannten Gründen für viele Betreiber inakzeptabel sein.

⁴³ Hierbei muss man in AGB wegen §§ 309 Nr. 5, 310 Abs. 1 S. 2 BGB trotz § 310 Abs. 1 S. 1 BGB vorsichtig sein.

len. Das ermögliche, „insb. die Preise variabel zu gestalten“.⁴⁴ Die angestrebte Planungssicherheit spricht jedoch dafür, möglichst viel im Voraus zu regeln. Ohne Preis lässt sich nicht kalkulieren. Darum werden auch Baugenehmigungsbehörde und Bank sich nicht mit Verträgen zufriedengeben, die den Preis einer späteren Einigung vorbehalten.⁴⁵ Außerdem verursachen jährlich neue Vereinbarungen zusätzlichen Aufwand.

IV. Leistung, Leistungsmodalitäten, Gefahrtragung, Haftung

- 33 Der Vertrag muss vor allem regeln, was der Lieferant schuldet. Dem Landwirt kann vorgegeben werden, welche Saat er verwenden und was er bei Düngen und Pflanzenschutz beachten soll.
- 34 Die Menge des zur Verfügung zu stellenden Substrates würde der Anlagenbetreiber am liebsten präzise festschreiben. Aber landwirtschaftliche Erträge hängen vom Wetter ab. Meist wird der Landwirt nicht bereit sein, für unverschuldete Missernten einzustehen, indem er die fehlende Menge anderswo zukaufft oder dafür Schadenersatz leistet. Es sollte also klargestellt werden, dass ihn **keine Beschaffungspflicht** trifft.⁴⁶ Darum entscheidet man sich häufig für eine flexible Gestaltung. Denkbar wäre, den Leistungsgegenstand nicht als bestimmte Menge, sondern als die Ernte aus bestimmten Ackerschlägen zu umschreiben. Das scheidet jedoch, wenn der Mais zur Entlastung des Bodens nicht in jedem Jahr auf demselben Grund angebaut werden soll. Die Angabe bloß einer Flächengröße taugt nichts, weil unterschiedliche Böden trotz gleicher Größe unterschiedlichen Ertrag bringen. Am besten gibt man also **Richtmengen** an, von denen der Lieferant in gewissem Umfang nach oben oder unten abweichen kann.⁴⁷ Nur beim Unterschreiten der Mindestgrenze, die der Landwirt selbst bei Abschluss des Vertrags festlegen wird, haftet er dann – und auch das jedenfalls nicht bei höherer Gewalt. Zusätzlich kann man ihn auch dann entlasten, wenn er beweist, dass er alle **Gebote guter landwirtschaftlicher Praxis** befolgt hat und mit einem höheren Ertrag rechnen durfte.

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 1 Abs. 1 und § 3)

- 35 Dem Betreiber muss allerdings bewusst sein, dass diese Alternativen ihm das Risiko von Produktionsausfällen zuweisen. Will er das nicht tragen, muss er auf einer **Garantie** bestehen und dafür einen höheren Preis bieten. Damit er sich auf bevorstehende Engpässe vorbereiten kann, sollte er den Lieferanten in jedem Fall ausdrücklich verpflichten, ihn über Anzeichen für Ernteausfälle zu informieren.⁴⁸

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 1 Abs. 4)

⁴⁴ Härtel/*Ekhtiani/Bode*, Agrarrecht, Kap. 43 Rn. 127, beschreiben dies als das übliche Vorgehen.

⁴⁵ Nach dem BVerwG können fehlende Preisabsprachen ein Indiz dafür sein, dass die Anlage nicht rentabel und damit nicht dauerhaft betrieben werden wird, wodurch sie das Privileg des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB verliert: BVerwG NVwZ 2009, 585 (587); näher hierzu *Faßbender/Gläß* → § 11 Rn. 47.

⁴⁶ Wenn eine fixe Menge angegeben wird, kann darüber Streit entstehen. Dazu – für landwirtschaftliche Lieferverträge allgemein – Härtel/*Ekhtiani/Bode*, Agrarrecht, Kap. 43 Rn. 31 ff.

⁴⁷ So auch im Muster von *Drysch/Rosarius* Rn. 411: „Schwankungsbreite bei den Frischmasseerträgen bis zu 15 %“.

⁴⁸ Eine solche Regelung findet sich im Muster von *Drysch/Rosarius* Rn. 411 unter 12. Eine gesonderte Normierung der Befreiung bei höherer Gewalt, wie diese Autoren sie vorschlagen, erübrigt sich durch die offene Beschreibung des Leistungsgegenstandes.

Angesichts des geschilderten Problems mangelnder Vertragstreue⁴⁹ spielen Haftungsregeln eine besondere Rolle. Schadenersatzansprüche für Nichterfüllung sollten explizit in den Vertrag aufgenommen werden. Um Streit über die Schadenshöhe zu vermeiden, sollten **Vertragsstrafen** in Erwägung gezogen werden.⁵⁰

Geregelt werden muss weiterhin, wer **Ernte, Transport und Lagerung** durchführen soll. Dabei geht es nicht nur darum, wer den Aufwand hat. Wer zum falschen Zeitpunkt erntet, erzielt nicht den optimalen Ertrag. Zudem können die Erntemaschinen den Boden beschädigen. Wenn der Betreiber sich hierum kümmert, sollte er dafür auch haften.⁵¹ Meist wird der Betreiber die Ernte selbst koordinieren wollen, weil er nur so geordnet silieren kann. Dabei stellt sich ein Problem: Der Betreiber kann nicht bei all seinen Lieferanten zugleich ernten. Die **Reihenfolge der Ernte** ist zufällig und sollte nicht zu unterschiedlicher Behandlung führen. Das Vergütungssystem an sich bleibt gerecht, denn die Masse verändert sich in dieser Zeitspanne kaum. Einer Regelung bedürfen allerdings Unglücksfälle, die den Mais vernichten: Es wäre unerträglich, würde dieser Schaden bei dem Landwirt liegenbleiben, bei dem der Betreiber zufällig als letztes erntet. Fair erscheint hingegen, die Last zwischen dem Betreiber (der durch den Umstand, dass er mehrere Lieferanten hat, das Problem des gleichzeitigen Erntebedarfs kreiert) und allen Lieferanten (den glücklich abgeernteten und den unglücklich geschädigten, die sich quasi gegenseitig versichern) zu verteilen.

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 4)

Erscheint diese „Versicherung“ der Landwirte untereinander als in der Abwicklung zu kompliziert oder bei Vertragsschluss nicht vermittelbar, sollte man das Risiko stattdessen gestuft zwischen Betreiber und dem jeweiligen Vertragspartner aufteilen. Je mehr Felder anderer Lieferanten der Betreiber vor denen des Vertragspartners aberntet, desto größer der Anteil des Schadens, den der Betreiber übernehmen muss, wenn der Ertrag wegen des späteren Erntezeitpunkts leidet.

V. Preis und Preisanpassung

Beim Preis sind zwei Punkte zu bedenken. Erstens stellt sich die Frage, wie **Menge und Qualität** des gelieferten Substrats ermittelt werden sollen. Denn auch, wenn der Betreiber die Leistungsgefahr übernimmt, will er dem Lieferanten regelmäßig nur die tatsächlich gelieferte Masse bezahlen. Es bietet sich an, auf dem Anlagengrundstück zu wiegen und anhand von Stichproben den Trockensubstanzgehalt der Frischmasse zu bestimmen.⁵² Um den Zeitaufwand bei der Ernte zu reduzieren, können die Parteien den Ertrag stattdessen **einvernehmlich schätzen**.

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 2 Abs. 2, Abs. 3 S. 2)

Wegen der langen Laufzeit steht die Preisgestaltung vor einer besonderen Herausforderung. Der Betreiber kalkuliert auf der Basis der über die Jahre gleichbleibenden Einspeisevergütung. Das spricht für einen konstanten Preis. Dem Landwirt hingegen liegt schon zum Inflationsausgleich an einer **Preisanpassungsklausel**. Beiden Parteien können dafür

⁴⁹ Vgl. die bei → Rn. 25 referierten Ergebnisse der Studie von *Degenhart* und *Holstenkamp*.

⁵⁰ Beachte allerdings in AGB §§ 309 Nr. 6, 310 Abs. 1 Satz 2 BGB.

⁵¹ So auch *Härtel/Ekhtari/Bode*, *Agrarrecht*, 2012, Kap. 43 Rn. 128. Bei unserem Muster (→ Teil 4 Rn. 10) ergibt sich diese Haftung wegen § 2 Abs. 1 aus § 280 Abs. 1 BGB.

⁵² So auch das Muster von *Drysch/Rosarius* Rn. 411 unter 5.

votieren, die zukünftige Marktentwicklung einzubeziehen. Dazu können sie den Preis an einen Durchschnittspreis binden. Wenn solche Zahlen für den Vertragsgegenstand nicht zur Verfügung stehen, kann die Entwicklung eines Referenzmarktes nachgebildet werden. Häufig wird eine Kopplung an den Weizenpreis vorgeschlagen.⁵³ Das dürfte auch den Anforderungen von § 2 Nr. 2 PreisKIG⁵⁴ genügen. Alternativ kommt in Betracht, das Entgelt an den Preisindex für die Gesamtlebenshaltung anzulehnen. Das ist bei langer Vertragslaufzeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. d PreisKIG zulässig.

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 2 Abs. 4 S. 2)

VI. Abwicklung und Sicherheiten

- 41 Die Zahlungszeitpunkte und eventuelle Abschlagszahlungen sollten festgelegt werden. Besondere Regelungen über den Verzugsseintritt und die Frage, wann dieser zur Kündigung berechtigt, können getroffen werden. Sofern der Landwirt in Vorleistung tritt, wird eine Absicherung durch verlängerten Eigentumsvorbehalt an dem Substrat vorgeschlagen.⁵⁵ Der Landwirt übereignet unter aufschiebender Bedingung der Kaufpreiszahlung. Er willigt in die Vermischung und Verarbeitung ein und erhält dafür die entsprechenden Ansprüche des Betreibers auf Einspeisevergütung bzw. aus der Direktvermarktung von Strom und Wärme im Voraus abgetreten. Der Landwirt ermächtigt den Betreiber zur Einziehung dieser Forderungen. Bevor man sich für eine solche Gestaltung entscheidet, sollte geklärt werden, ob nicht die kreditgebende Bank darauf besteht, dass ihr diese Sicherungsmittel zur Verfügung gestellt werden. Dann wird der Lieferant zurücktreten müssen.
- 42 *Van Aken* erwägt umgekehrt, den Lieferanspruch dinglich am Ackergrundstück zu sichern. Als passendes Sicherungsmittel käme neben den von ihm genannten Grundpfandrechten und Dienstbarkeiten auch die Reallast in Betracht. *Van Aken* konstatiert aber mit Recht, dass kaum ein Lieferant sich hierauf einlassen wird.⁵⁶

VII. Vertragsübernahme

- 43 Der Betreiber sollte erwägen, ob er sich das Recht ausbedingt, für den Fall, dass er den Betrieb der Anlage einem anderen überlässt, diesen an seiner Stelle in den Vertrag eintreten zu lassen. Wichtig ist das in zwei sehr häufigen Konstellationen.
1. Erstens, wenn der Betreiber keine Projektgesellschaft ist. Dann steht nämlich als Mittel zum Verkauf des Unternehmens nicht der Verkauf von Anteilen (sog. share-deal), sondern nur der Verkauf der einzelnen Vermögenswerte selbst zur Verfügung. Einen **Käufer für die Anlage** findet der Betreiber aber nur, wenn er diesem auch die Nachfolge in die Lieferverträge ermöglichen kann. Da das Bedürfnis oder die Gelegenheit zu ei-

⁵³ Etwa das Muster von *Drysch/Rosarius* Rn. 411 unter 7, sowie Armbrust, <http://www.lw-heute.de/?redid=16538>. Dessen Überlegung, das Entgelt an die Preise von Rohöl oder Erdgas zu koppeln, wird zwar der energiewirtschaftlichen Funktion von Biogasanlagen gerecht. Für die Vertragsparteien haben diese Preise aber keine Bedeutung; darum erschiene eine solche Regel willkürlich. Laut *Degenhart/Holstenkamp* S. 115 f., kommen flexible Preisanpassungsvereinbarungen in der Praxis seltener vor, als die Literatur annimmt.

⁵⁴ Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden v. 7.9.2007, BGBl. I S. 2246.

⁵⁵ So im Muster von *Drysch/Rosarius* Rn. 411 unter 14.1 vorgesehen.

⁵⁶ *Van Aken* ForderungsPraktiker 2013, 116. Er will die Sicherheiten direkt der finanzierenden Bank bestellen. Das scheint etwas voreilig: Vor allem sollten sie dem Betreiber zustehen und ihn so davor schützen, dass überhaupt ein Sicherungsfall eintritt.

B. Substratversorgung

nem Verkauf schnell und unerwartet entstehen kann, sollte für diesen Fall eine vertragliche Regelung getroffen werden.

2. Zweitens empfehlen sich entsprechende Regelungen unabhängig vom Unternehmensträger immer dann, wenn für die Anlage ein Kredit aufgenommen wurde, für den sie selbst als Sicherheit dient. Der **Kreditgeber** will im Fall der Verwertung in eine Position gelangen, die ihm oder einem Käufer den Weiterbetrieb der Anlage ermöglicht.⁵⁷ Dafür müssen die Verträge übergehen.

Für die Vertragsübernahme bedarf es einer Einigung zwischen den bisherigen und der neuen Vertragspartei. Hier kommen im Wesentlichen zwei Gestaltungen in Frage: Entweder der Lieferant bietet schon jetzt unwiderruflich an, den Vertrag mit einem vom Betreiber zu benennenden Dritten fortzusetzen. Oder er verpflichtet sich bloß schuldrechtlich, in die Übertragung auf einen Dritten einzuwilligen. Dabei kann er sich ausbedingen, dies aus besonderen, in der Person des Dritten liegenden Gründen verweigern zu dürfen. **44**

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 10 Abs. 2)

Etwa umständlicher wird es, soll nicht der Betreiber, sondern die Bank die Vertragsüberleitung bestimmen dürfen. Das wünscht sie sich regelmäßig für den Sicherungsfall. Dessen Eintritt kann der Lieferant schlecht prüfen, darum sollte er ihn nicht als Bedingung für die entsprechende Befugnis der Bank akzeptieren. Vielmehr wird sie sich allein im Innenverhältnis zum Betreiber verpflichten, ihr überschießendes Recht nur im Sicherungsfall auszuüben. Auch der Betreiber muss dann entweder bereits jetzt unwiderruflich gegenüber der Bank in den Vertragsübergang auf den noch zu bestimmenden Dritten einwilligen oder sich hierzu verpflichten. Bei allen Regelungen ist klarzustellen, dass die Parteien der Bank hiermit unwiderruflich ein Recht einräumen wollen, dass sie auch durch gemeinsame Einigung nicht mehr aufheben können (vgl. § 328 Abs. 2 BGB). Es kann sich anbieten, hierzu eine **gesonderte Zusatzvereinbarung** zu schließen, bei der die Bank selbst auch Vertragspartnerin wird. Darin kann sich die Bank insbesondere verpflichten, bei der Auswahl des neuen Partners auf die Interessen des Lieferanten Rücksicht zu nehmen, oder in gewissem Umfang für dessen Solvenz einzustehen. **45**

Soweit Parteien die für den Übergang erforderlichen Willenserklärungen nicht schon im Voraus abgegeben, sondern nur Ansprüche auf entsprechende Erklärungen einräumen, bildet die **Verjährung** ein Risiko. Die Regelverjährung endet mit Ablauf des dritten Jahres nach Vertragsschluss, wenn keine aufschiebenden Bedingungen bestehen (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Eine vertragliche Verlängerung auf maximal dreißig Jahre ist zulässig (§ 202 Abs. 2 BGB); dies sollte man bis zur Höhe der vereinbarten Laufzeit des Liefervertrags ausschöpfen. Alternativ wird man so formulieren können, dass der Anspruch erst mit Zugang der Aufforderung zur Zustimmung entsteht. **46**

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 12 lit. a)

Umgekehrt wird der **Landwirt** auf einer Regel für den Fall dringen, dass er **seinen Betrieb aufgibt**. Weil der Betreiber stärker auf die langfristige Zuverlässigkeit des Lieferanten angewiesen ist als umgekehrt, wird er kein Kündigungsrecht akzeptieren, sondern nur zusagen können, in den Vertragsübergang auf einen Nachfolger einzuwilligen, und auch dies davon abhängig machen, dass keine Zweifel an dessen Tauglichkeit bestehen. **47**

⁵⁷ Zu den Kreditsicherungskonzepten → Rn. 216 ff.

Formulierungsvorschlag:

→ Teil 4. Rn. 10 (dort § 10 Abs. 1)

C. Standort

- 48 Für die Anlage muss ein geeigneter Standort gefunden werden. Am einfachsten steht sie auf Grund, der **dem Betreiber** ohnehin **gehört** oder zu diesem Zweck erworben wird (→ Rn. 95 ff.). Aber sie kann auch auf einem **fremden Grundstück** errichtet werden (→ Rn. 97 ff.). In beiden Fällen muss gewährleistet sein, dass die Anlage erreichbar ist und an die nötigen Netze angeschlossen werden kann (→ Rn. 180 ff.). Im Geltungsbereich der Höfeordnung sollte man in die Planung einbeziehen, dass das Betreiben einer Biogasanlage auf dem Hof **Nachabfindungsansprüche** der weichenden Erben auslösen kann, und zwar nicht nur, wenn der Erbe die Anlage selbst betreibt, sondern auch, wenn er bloß Land entgeltlich zu dieser Nutzung überlässt (→ Rn. 183 ff.).
- 49 Immer stellt sich die Frage, **ob die Anlage sonderrechtsfähig bleibt oder vom Grundstückseigentum erfasst wird**. Bei Anlagen auf fremdem Grund liegt die Wichtigkeit auf der Hand: Der Investor muss Betrieb und Wert der Anlage für den Fall absichern, dass Gläubiger des Grundstückseigentümers auf dessen Vermögen zugreifen. Daher sollte er sich um eine Gestaltung bemühen, bei der er selbst Eigentümer bleibt. Aber auch auf eigenem Grund kann von Interesse sein, die Anlage als selbständiges Rechtsobjekt zu erhalten: Vielleicht soll die Anlage als Kreditsicherheit der Bank übereignet werden, ohne das Grundstück insgesamt zu verhaften. Vielleicht soll auch für die Situation vorgesorgt werden, dass der Betreiber später den Entschluss fassen könnte, die Anlage ohne das Grundstück etwa an einen Käufer zu veräußern. Um hier richtig zu gestalten, muss zunächst die sachenrechtliche Zuordnung der Anlage zum Grund geklärt werden (→ Rn. 50 ff.).

I. Sachenrechtliche Vorfragen

- 50 Der Grundstückseigentum erstreckt sich auf die Biogasanlage, soweit diese mit ihrer Errichtung wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird (§ 946 BGB). Denn an einem wesentlichen Bestandteil kann das frühere Eigentum nach § 93 BGB nicht fortbestehen.
- 51 **1. Wesentlicher Bestandteil nach §§ 93, 94 BGB.** Als wesentliche Bestandteile sieht das Gesetz grundsätzlich solche, die nicht voneinander getrennt werden können, „ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird“ (§ 93 BGB). Dazu gehören die „mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude“ (§ 94 Abs. 1 bzw. 2 BGB).
- 52 Diese Normen sollen **die Vernichtung von Werten verhindern**.⁵⁸ Für die Subsumtion gibt daher den Ausschlag, ob die einzelnen Teile nach der Trennung intakt bleiben und ohne unverhältnismäßigen Aufwand an anderer Stelle wieder in Betrieb genommen werden können, nötigenfalls mit einem Ersatz für den entfernten Teil.⁵⁹ Allgemeine Aussagen kann man darüber nur schwer aufstellen. Wichtig ist, die **verschiedenen Komponenten** der Anlage je für sich zu betrachten.⁶⁰

⁵⁸ Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, S. 41 (zu § 782 des ersten Entwurfs, dem heutigen § 93 BGB).

⁵⁹ Vgl. Palandt/Ellenberger BGB § 93 Rn. 3 mwN; zuletzt BGH NJW 2012, 778 (ORC-Modul).

⁶⁰ Das betont auch *van Aken* Forderungspraktiker 2013, 112.

a) **Fermenter.** Am stärksten erscheint der das Bild der Anlage prägende Fermenter als mit dem Boden verwachsen.⁶¹ Kein Zweifel besteht an seiner festen Verbindung zum Grund, wenn er direkt aus Beton **in das Erdreich hineingegossen** ist. Das Gär-silo kann aber auch bloß auf einem Betonfundament stehen. Dieses Fundament selbst verbindet seine Verankerung im Boden fest mit dem Grundstück. Daraus allein folgt aber noch nichts für den Fermenter. Vielmehr gibt dann den Ausschlag, wie sich **das Silo und sein Fundament** zueinander verhalten.⁶² Welcher Bedeutung dabei seiner Masse zukommt, darüber wird gestritten.

Der BFH nimmt an, eine feste Verbindung liege schon dann vor, wenn eine Fertiggarage ohne Fundament

„infolge ihres Eigengewichts ohne Verankerung im Boden eine ihrem Verwendungszweck entsprechende Standfestigkeit“

habe.⁶³ Aber auch, wenn man auf die Möglichkeit des Abtransports und Wiederaufbaus abstellt, dürfte die Verbindung häufig als fest anzusehen sein: Ein auf sein Fundament betoniertes Silo lässt sich mit verhältnismäßigem Aufwand nicht unbeschadet entfernen und an einem anderen Ort wieder aufstellen. Darin unterscheidet es sich von einem eingegrabenen Gastank, der eigenständige Sache sein kann.⁶⁴ Anders verhält es sich bei Fertigteilbehältern, die ohne Weiteres wieder in Einzelteile zerlegt werden können.

Sofern man die feste Verbindung zwischen Fermenter und Fundament verneint, muss man beide dennoch zusammenfassen, wenn es sich dabei um ein **einheitliches Gebäude** handelt.⁶⁵ Denn nach § 94 Abs. 2 BGB sind zur Herstellung eines Gebäudes eingefügte Sachen dessen wesentliche Bestandteile. Diese Vorschrift dient dazu, besondere Sicherheit für den Grundstücksverkehr zu schaffen: potentielle Pfandgläubiger oder Erwerber sollen auf das Gebäude zugreifen können, wie es da steht.⁶⁶ Nicht geklärt ist allerdings, ob die Norm einen **Unterschied zwischen Gebäuden und sonstigen Bauwerken** macht. Etwa § 638 BGB meint mit Bauwerk jede

„unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“.⁶⁷

Der Begriff des Gebäudes in § 94 Abs. 2 BGB wird teils in diesem weiten Sinne verstanden.⁶⁸ Als Gebäude iSv § 912 BGB oder § 1 Abs. 3 ErbbauRG zählen nach der Rechtsprechung hingegen nur solche Bauwerke,

⁶¹ Für feste Verbindung mit dem Grund: *Michaelsen/Peters* in FCH Sicherheitenkompendium Rn. 3041. Unentschieden *van Aken* Forderungspraktiker 2013, 112.

⁶² Vgl. BGH NJW-RR 1978, 1311: Ein leicht von seinem Fundament ablösbarer Pavillon ist mangels fester Verbindung nicht nach § 94 Abs. 1 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Er ist es dennoch nach § 94 Abs. 2 BGB, weil er mit dem (fest verbundenen) Fundament gemeinsam ein einheitliches Gebäude bildet.

⁶³ BFH NJW 1979, 392 (Fertigarage). Kritisch etwa MüKoBGB/*Stresemann* § 94 Rn. 6.

⁶⁴ LG Gießen NJW-RR 1999, 1538.

⁶⁵ Vgl. BGH NJW-RR 1978, 1311 (Pavillon auf Betonsockel). Das hat offenbar übersehen AG Recklinghausen Beschl. v. 14. 1. 1988–39 M 8890/87 und LG Bochum Beschl. v. 11. 3. 1988–7 T 75/88, beide DGVZ 1988, 156 ff. (mobiles Fertighaus).

⁶⁶ Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, S. 43 (insgesamt zu § 783 des ersten Entwurfs, dem heutigen § 94 BGB).

⁶⁷ BGHZ 57, 60 (Rohrbrunnen). Hier wird explizit vom Gebäude abgegrenzt.

⁶⁸ OLG Karlsruhe NJW 1991, 926 (Brücke); *Staudinger/Jickeli/Stieper* (2011) BGB § 94 Rn. 23; MüKoBGB/*Stresemann* § 94 Rn. 21. Anders jedoch – allerdings nicht entscheidungstragend, sondern im Kontext von § 638 BGB – BGH NJW 1999, 2434 (2435).

„die durch räumliche Umfriedung Schutz gewähren und den Eintritt von Menschen gestatten“.⁶⁹

- 57 Richtig wird sein, dem BGB präzisen Sprachgebrauch zu unterstellen. Während es sich bei dem Fermenter ohne Zweifel um ein Bauwerk handelt, kann die Frage, ob man ihn als Gebäude im engeren Sinne bezeichnen darf, ihrerseits vertretbar bejaht oder verneint werden. Denn zwar können sich Menschen darin aufhalten, doch ist dies für den normalen Betrieb nicht vorgesehen und auch nicht zu empfehlen. Eher wird man die theoretische Möglichkeit des Betretens vernachlässigen und den Fermenter nicht als Gebäude auffassen; doch herrscht hier Rechtsunsicherheit.
- 58 **b) Heizkraftwerk etc.** Beim Heizkraftwerk kommt es entscheidend auf die Art der Anlage an. Die üblichen Blockheizkraftwerke, die als Module in Containern geliefert und aufgestellt werden, sind nicht fest mit dem Grundstück verbunden.⁷⁰ Lagerbehälter, Tanks, transportable Speicher zum Nachgären und andere Teile der Maschine sind mit dem Grund ebenfalls nicht fest verbunden. Das entspricht der **Rechtslage bei Maschinen**, die selbst dann nicht zu wesentlichen Bestandteilen werden, wenn sie am Boden der Fabrikhalle aufgeschraubt oder aufzementiert werden.⁷¹
- 59 Anderes gilt nur, wenn sie zu einem Gebäude gehören, dass auf seine Funktionsweise derartig zugeschnitten ist, dass es dem Verkehr erst mit diesen Maschinen als komplett erscheint (§ 94 Abs. 2 BGB).⁷² Für die übliche **Maschinenhalle** muss man das verneinen – sie ist bloß ein Schutzraum, der beliebige Objekte aufnehmen kann. Alternativ könnte man erneut an den **Fermenter** anknüpfen, wenn man diesen als Gebäude ansieht – weil er zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sei oder weil man jedes Bauwerk als Gebäude akzeptiert. Hier kommt also wieder die oben geschilderte Unsicherheit über den Gebäudebegriff zum Tragen. Aber selbst, wenn man die Gebäudeeigenschaft des Fermenters bejaht, bleiben Zweifel, ob die Maschinenteile als zu seiner Fertigstellung eingefügt zu sehen sind. Schließlich kann ein Silo auch zu anderen Zwecken verwendet werden als für eine Biogasanlage. Vorzugswürdig dürfte sein, die Maschinen als beweglich einzustufen, doch kann man eine abweichende Beurteilung durch die Gerichte nicht ausschließen.
- 60 **c) Wesentlicher Bestandteil eines versorgten Gebäudes?** Unabhängig davon, ob die Komponenten der Biogasanlage fest mit dem Grundstück verbunden sind, können alle ihre Elemente unter Umständen nach § 94 Abs. 2 BGB als wesentliche Bestandteile dieses Grundstücks anzusehen sein. Das kommt in Betracht, wenn die Anlage dort **ein Gebäude mit Gas, Strom oder Wärme versorgt**.⁷³ Vor allem angesichts der Obliegenheit zur Nutzung der Abwärme dürften sich hier in Zukunft mehr Abgrenzungsprobleme stellen. Die Rechtsprechung formuliert als Kriterium, ob man das Gebäude **nur mit der Anlage als komplett, als fertig gestellt betrachtet** – dann ist sie wesentlicher Bestandteil.⁷⁴ Bei

⁶⁹ BGH WM 1972, 1400 (1401) (zu § 912 BGB); LG Flensburg NJW-RR 2005, 1610 (zu § 1 Abs. 3 ErbbauVO).

⁷⁰ Ebenso *van Aken* Forderungspraktiker 2013, 112. Mit falschem Vorzeichen unentschieden *Mi-chaelsen/Peters* in FCH Sicherheitenkompendium Rn. 3041: „kann nicht sicher davon ausgegangen werden, dass sie als mit dem Grundstück fest verbunden anzusehen sind [!]“, obwohl sie selbst von „mobile[n] Einheiten“ sprechen.

⁷¹ Vgl. zu Maschinen allgemein Palandt/*Ellenberger* BGB § 93 Rn. 7. Grundlegend RG Urt. v. 26. 6. 1908 – II 51/08, RGZ 69, 117 – aufgeschraubter Gasmotor; RG Urt. v. 23. 11. 1911 – V ZR 188/11, JW 1912, 128 – anzementierte Lokomobile.

⁷² Vgl. allgemein Palandt/*Ellenberger* BGB § 93 Rn. 6.

⁷³ Darauf weist schon ein unveröffentlichtes Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 11. 5. 2006 hin (Dokumentenummer 67611 S. 2 f.).

⁷⁴ Vgl. Palandt/*Ellenberger* BGB § 94 Rn. 6 mwN.