

Natalie Siegenthaler

Dingliche Sicherung von Photovoltaikanlagen durch selbständige und dauernde Baurechte

Erste Erfahrungen aus der Praxis

Die Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern hat am 4. Februar 2014 die «Weisungen betreffend dingliche Sicherung von Solarstromanlagen (z. B. auf Hausdächern) durch Begründung von SDR» erlassen. Diese sehen vor, dass an Solarstromanlagen auf oder an Gebäuden unter bestimmten Voraussetzungen selbständige und dauernde Baurechte errichtet und im Grundbuch eingetragen werden können. Der Beitrag erläutert die entsprechenden Voraussetzungen und zeigt die Vorteile der Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts zur dinglichen Sicherung einer Photovoltaikanlage auf, wobei auch auf die damit verbundenen Schwierigkeiten eingegangen wird.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Energie- und Umweltrecht; Bau- und Raumplanungsrecht.

Bodenrecht; Besitz. Grundbuch

Zitiervorschlag: Natalie Siegenthaler, Dingliche Sicherung von Photovoltaikanlagen durch selbständige und dauernde Baurechte, in: Jusletter 30. November 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Dingliche Sicherung von Photovoltaikanlagen durch Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts
 - 1. Voraussetzungen
 - a) Bestandteil
 - b) Baulich und funktionale Selbständigkeit
 - c) Anforderungen an die öffentliche Urkunde
 - 2. Vorteile
 - 3. Schwierigkeiten
- III. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Im Rahmen der Bestrebungen, vermehrt auf erneuerbaren Energien zu setzen, haben Bund und Kantone verschiedene Anreize geschaffen, unter anderem zur Förderung der Stromproduktion aus Solarenergie. Die Einspeisung von selbst produziertem Strom durch Photovoltaikanlagen (PVA) wird beispielsweise mit einer Einmalentschädigung oder kostendeckenden Einspeisevergütung unterstützt.¹ Der Bau von Photovoltaikanlagen auf bestehenden Gebäuden ist zudem unter bestimmten Voraussetzungen von der Baubewilligungspflicht befreit und wird steuerlich begünstigt.² Solche Förderinstrumente führten in den letzten Jahren nicht nur zu einem zunehmenden – wenn auch vergleichsweise noch relativ geringen – Anteil an Solarenergie an der Energieversorgung in der Schweiz³, sondern auch zur Tendenz, dass Grundstückseigentümer ihre Grundstück- oder Gebäudeflächen Dritten gegen entsprechende Entschädigung zum Betrieb einer Photovoltaikanlage und Einspeisung des produzierten Stroms ins öffentliche Netz zur Verfügung stellen.

[Rz 2] Für diese Konstellation, bei der das wirtschaftliche Eigentum an Grundstück oder Baute einerseits und Photovoltaikanlage andererseits auseinanderfällt, das rechtliche Eigentum an letzterer aber aufgrund des zwingenden sachenrechtlichen Akzessionsprinzips ebenfalls dem Grundeigentümer zukommt, sind sowohl mietrechtliche als auch dingliche Regelungen, die das Akzessionsprinzip nicht durchbrechen, für die Parteien oft unbefriedigend.

[Rz 3] Nachfolgend sollen die Voraussetzungen, Vorteile und Schwierigkeiten der Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts (SDR) zur Sicherung der Erstellung und Betreibung einer Photovoltaikanlage auf einem fremden Grundstück aufgezeigt werden.

¹ Art. 7a und 7a^{bis} EnG; Art. 3 ff. und 6b ff. EnV; Anhang 1.2 EnV.

² Art. 18a RPG; Art. 32a und b RPV.

³ Schweizerische Statistik der erneuerbaren Energien, Ausgabe 2014, S. 5 ff. und 25.

II. Dingliche Sicherung von Photovoltaikanlagen durch Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts

1. Voraussetzungen

a) Bestandteil

[Rz 4] Gegenstand eines Baurechts können nur fest und dauerhaft mit dem Boden verbundene Bauten und Vorrichtungen sein. An Fahrnis ist kein Baurecht möglich.⁴

[Rz 5] Photovoltaikanlagen können aus sachenrechtlicher Sicht sowohl als Fahrnis- wie auch als Dauerbauten errichtet werden. Welche Art Anlage im konkreten Fall vorliegt, lässt sich einerseits nach einem subjektiven Element (innere und dauernde (wirtschaftlich-funktionale) Verbindung zwischen Hauptsache und Anlage) und andererseits nach einem objektiven Element (äussere körperliche Verbindung zwischen Hauptsache und Anlage) beurteilen. Soweit eine Photovoltaikanlage ohne Absicht dauernder Verbindung und ohne feste Verbindung zum Boden oder zur Unterbaute errichtet wird, ist sie als Fahrnisbaute zu qualifizieren und folglich nicht baurechtsfähig.⁵

[Rz 6] Photovoltaikanlagen an oder auf Gebäuden werden ferner entweder in sogenannter «Indachmontage» erstellt, also derart in eine Gebäudehülle integriert, dass diese ohne die Anlage unvollständig wäre, weil die Anlage ein Gebäudeteil (z.B. Fassadenverkleidung oder Dachhaut) ersetzt, oder in sogenannter «Aufdachmontage» errichtet. Im zweiten Fall trägt ein vorhandenes Gebäude die Unterkonstruktion für die Anlage, die eine zusätzliche bauliche Vorrichtung darstellt.⁶

[Rz 7] Bei einer Photovoltaikanlage, die in Indachmontage erstellt ist, handelt es sich immer um einen Bestandteil des entsprechenden Gebäudes. Bei einer Photovoltaikanlage in Aufdachmontage gilt es hingegen zwischen Fahrnis und Bestandteil zu unterscheiden. Diese wird in der Regel mit Dachsperrankern auf dem Dach befestigt. Die äussere körperliche Verbindung zwischen dem Gebäude als Hauptsache und der Anlage ist damit grundsätzlich gegeben. Der wirtschaftlich-funktionale Zusammenhang als zweite Voraussetzung der Bestandteilsqualität wird bei Aufdachmontagen gemäss Lehre dann bejaht, wenn die Photovoltaikanlage zumindest teilweise der Energieversorgung des Gebäudes dient, auf dem sie erstellt wurde, oder nach Ablauf der vereinbarten Baurechtsdauer die Funktion der Stromversorgung dieses Gebäudes übernehmen soll.⁷ Eine innere Verbindung könnte aber auch in der gegenseitigen wirtschaftlichen Bedeutung von Gebäude und Anlage (Baurechtszins / Einspeisevergütung) erachtet werden. Ob der innere Zusammenhang zudem dauerhaft ist, hängt vom Willen der Parteien ab. Die Dauerhaftigkeit wird namentlich dann verneint, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Betreiber die Photovoltaikanlage nach Ablauf der Baurechtsdauer wieder entfernen soll.⁸

⁴ Art. 675 Abs. 1 i.V.m. Art. 677 Abs. 1 ZGB.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.345/2005 vom 9. Januar 2006, E. 1.2; BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 4 ff. zu Art. 677.

⁶ Ziff. 2.2 und 2.3 des Anhangs 1.2 EnV; HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD, Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachenrechtliche Fragen, in: ZBJV 150/2014 S. 684 f.; BGE 138 III 650, E. 6.6.

⁷ HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD, Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachenrechtliche Fragen, in: ZBJV 150/2014 S. 701 ff., insbesondere S. 704; Hrubesch-Millauer, Die sachenrechtliche Einordnung von (gebäudeintegrierten und additiven) Solarenergieanlagen, in: AJP 2015 S. 351, 353 f. und 358 ff. m.w.V.; ferner: BGE 138 III 650 E. 6.6.

⁸ Hrubesch-Millauer, Die sachenrechtliche Einordnung von (gebäudeintegrierten und additiven) Solarenergieanlagen, in: AJP 2015 S. 351, 355; HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD, Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachenrechtliche Fragen, in: ZBJV 150/2014 S. 698 f.; MEIER-HAYOZ, N 34 zu Art. 642 ZGB.

b) Baulich und funktionale Selbständigkeit

[Rz 8] Das aus dem Baurecht fließende Eigentumsrecht umfasst insbesondere auch das Recht des Berechtigten, die Baurechtsbaute ganz abzutragen und neu aufzubauen. Daraus wird abgeleitet, dass eine Baurechtsbaute ein bestimmtes Mass an baulicher und funktionaler Selbständigkeit aufweisen muss und deren Abbruch nicht die Beschädigung der Unterbaute bewirken darf. Die Begründung eines Baurechts an Teilen von Gebäuden ist gemäss herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung deshalb unzulässig.⁹

[Rz 9] Ein Baurecht an integrierten Solarstromanlagen (Indachmontage) ist mangels baulicher und funktionaler Selbständigkeit von vornherein ausgeschlossen. Photovoltaikanlagen in Aufdachmontagen erfüllen gemäss Weisung der Geschäftsleitung der bernischen Grundbuchämter das Erfordernis der baulichen und funktionalen Eigenständigkeit, wenn die neben den Solarpanels zur Anlage gehörenden Nebenanlagen (wie Wechselrichter, Leitungen, usw.) mit derselben eine konstruktive Einheit bilden, die Anlage in Bestand und Gebrauch vom übrigen Gebäude aber unabhängig und jederzeit ohne Zerstörung desselben entfernbar ist.¹⁰

c) Anforderungen an die öffentliche Urkunde

[Rz 10] Das Baurecht entsteht als dingliches Recht erst mit der Eintragung im Grundbuch. Wie die Errichtung jeder Dienstbarkeit bedarf auch der Vertrag auf Errichtung eines Baurechts der öffentlichen Beurkundung. Soll das als selbständiges und dauerndes Recht ausgestaltete Baurecht als eigenes Grundstück im Grundbuch eingetragen werden, ist dem Grundbuchamt ferner eine entsprechende Messurkunde des Geometers einzureichen.¹¹

[Rz 11] Neben den Solarpanels ist auch die örtliche Lage der zur Photovoltaikanlage gehörenden Nebenanlagen wie Wechselrichter, Elektrotableaus mit Einspeise- und Sicherungsvorrichtungen sowie Leitungskanäle und Leitungen im Vertrag festzuhalten und allenfalls mit Plänen oder Fotos zu dokumentieren. Soweit erforderlich sind dem Baurechtsnehmer zudem die für Installation, Betrieb und Unterhalt derselben erforderlichen Durchleitungs-, Nutzungs- und Zugangsrechte einzuräumen.

[Rz 12] Bei einer Photovoltaikanlage in Aufdachmontage muss die öffentliche Urkunde gemäss Weisung der Geschäftsleitung der bernischen Grundbuchämter zudem entweder eine Feststellung des Notars oder eine Parteierklärung enthalten, wonach die Anlage baulich und funktional eine Einheit bildet, in Bestand und Gebrauch von der übrigen Baute unabhängig und ohne Zerstörung derselben entfernbar ist.¹²

⁹ BGE 111 II 134, E. 3; BGE 133 III 316, E. 3.2.1; BK ZGB-LEEMANN, N 18 zu Art. 779 ZGB.

¹⁰ Weisungen der Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern betreffend dingliche Sicherung von Solarstromanlagen (z. B. auf Hausdächern) durch Begründung von SDR vom 4. Februar 2014, S. 2, mit Verweis auf BSK-ZGB II-ISLER/GROSS, N 15 zu Art. 779 und ISLER/SCHILTER-HEUBERGER, Der funktionale Ansatz im Sachenrecht, dargestellt anhand des Baurechts, in Liber amicorum, Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe, S. 172.

¹¹ Art. 732 Abs. 1 und 2, Art. 779 Abs. 3 und Art. 779a Abs. 1 ZGB.

¹² Weisungen der Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern betreffend dingliche Sicherung von Solarstromanlagen (z.B. auf Hausdächern) durch Begründung von SDR vom 4. Februar 2014, S. 2.

2. Vorteile

[Rz 13] Durch Errichtung eines Baurechts kann der Betreiber an einer fest mit dem Boden oder einer Baute verbundenen Photovoltaikanlage (Solarpanels inklusive Nebenanlagen) Sondereigentum begründen, die andernfalls wegen der Dauerhaftigkeit und Intensität ihrer Verbindung mit dem Boden oder der Baute aufgrund des sachenrechtlichen Akzessionsprinzips Bestandteil des belasteten Grundstücks wäre.¹³

[Rz 14] Im Zwangsvollstreckungsverfahren des Grundeigentümers bringt das Baurecht für den Anlagebetreiber den Vorteil, dass die kostspielige Anlage aufgrund der Durchbrechung des Akzessionsprinzips nicht in die Konkursmasse fällt.¹⁴ Nur wenn es zum Doppelaufwurf kommt, riskiert der Baurechtsnehmer die Löschung seiner Dienstbarkeit und folglich einen Heimfall der Anlage. Er hat diesfalls aber Anspruch auf eine angemessene Heimfallsentschädigung.¹⁵

[Rz 15] Kraft seiner Eigentümerstellung stehen dem Baurechtsnehmer einerseits die Rechtsbehelfe aus Art. 641 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) einschliesslich derjenigen aus Besitz zu. Andererseits unterliegt er aber auch den Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 684 ff. ZGB), der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB) sowie der Haftpflicht des Werkgebers (Art. 58 Obligationenrecht; OR),¹⁶ was für den Eigentümer des belasteten Grundstücks regelmässig wichtige Voraussetzungen sind für die Entscheidung, seine Grundstück- oder Gebäudefläche einem Dritten zur Verfügung zu stellen.

[Rz 16] Zudem hat die Installation einer durch ein Baurecht gesicherten Photovoltaikanlage keine Auswirkungen auf den Steuer- und Versicherungswert des belasteten Grundstücks und entsprechend für den belasteten Grundeigentümer weder höhere Liegenschafts- oder Vermögenssteuer noch eine höhere Versicherungsprämie zur Folge. Dieser hat lediglich wie bisher den Wert des Bodens sowie einen allfälligen Eigenmietwert zu versteuern. Hinzu kommt einzig der Baurechtszins, der mit der Einkommens- oder Gewinnsteuer erfasst wird.¹⁷

[Rz 17] Die Ausgestaltung des Baurechts als selbständiges und dauerndes Recht und dessen Eintragung als Grundstück im Grundbuch bewirkt, dass das Baurecht mit öffentlich beurkundetem Vertrag verkauft sowie mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden kann.¹⁸

[Rz 18] Obwohl der Durchschnittspreis einer Photovoltaikanlage in den letzten Jahren stark sank, ist insbesondere die Planung und Erstellung grosser, für die Stromeinspeisung ins öffentliche Netz vorgesehenen Photovoltaikanlagen nach wie vor mit hohen Investitionskosten verbunden.¹⁹ Anlagenbetreiber sind deshalb unter Umständen auf Fremdfinanzierungen angewiesen. Weist die Anlage Bestandteilsqualität auf, ist sie ohne Durchbrechung des Akzessionsprinzips Eigentum des Grundeigentümers. Durch Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts und Eintra-

¹³ Art. 675 Abs. 1 ZGB.

¹⁴ Art. 11 Abs. 1 VZG e contrario.

¹⁵ Art. 779c i.V.m. Art. 779d ZGB.

¹⁶ BK ZGB-LEEMANN, N 15 zu Art. 675.

¹⁷ Art. 21 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 7 Abs. 1 StHG; z.B. Art. 25 Abs. 1 lit. c StG des Kantons Bern.

¹⁸ BK ZGB-LEEMANN, N 75 ff. zu Art. 779 ZGB.

¹⁹ Z.B. beliefen sich die Investitionskosten für die PVA auf dem Dach der Migros Verteilzentrale in Neuendorf (SO) auf CHF 11 Mio. (Tagesanzeiger Zürich Online, Grösstes Solarkraftwerk der Schweiz eröffnet, 20. August 2013); für die 2016 geplante PVA auf der Aldi-Verteilzentrale in Perlen (LU) wird mit einem Investitionsvolumen von CHF 10 Mio. gerechnet (Handelszeitung Online, Aldi baut grösste Solaranlage der Schweiz, 18. November 2014).

gung desselben als Grundstück im Grundbuch kann der Baurechtsnehmer den Wert der Anlage zur Absicherung des Kredits heranziehen.²⁰

[Rz 19] Zur Sicherung des Baurechtszinses steht dem belasteten Grundeigentümer an dem im Grundbuch als Grundstück aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurecht ferner ein gesetzliches Pfandrecht im Höchstbetrag von drei Jahresleistungen zu, das er jederzeit im Grundbuch eintragen lassen kann.²¹

[Rz 20] Die Parteien des Baurechtsvertrags können schliesslich obligatorische Vertragsbestimmungen (wie Regelungen betreffend den Baurechtszins) im Grundbuch vormerken lassen und diesen dadurch realobligatorische Wirkung verleihen.²²

3. Schwierigkeiten

[Rz 21] Bei Photovoltaikanlagen in Aufdachmontage erweist sich die Abgrenzung zwischen Fahrnis- und Dauerbaute bisweilen als schwierig. Für die genaue technische Ausgestaltung der Anlage muss sich der Notar regelmässig mit einer entsprechenden Erklärung der Parteien begnügen und kann die geforderte bauliche und funktionale Selbständigkeit mangels Sachkenntnis kaum je selbst feststellen.

[Rz 22] Das Erfordernis des wirtschaftlich-funktionalen Zusammenhangs zwischen Photovoltaikanlage und Unterbaute als Voraussetzung der Bestandteileigenschaft birgt eine weitere Schwierigkeit. Damit einer in Aufdachmontage errichteten Photovoltaikanlage Bestandteilsqualität zukommt, muss ein Teil des produzierten Stroms durch den belasteten Grundeigentümer bezogen werden, wenn die Anlage nach Ablauf der Baurechtsdauer nicht die Stromversorgung des Gebäudes übernehmen soll, auf dem sie errichtet ist. Diese geforderte Direkteinspeisung stellt hohe Anforderungen an die Technik, sollte sie doch im Hinblick auf eine allfällige Verrechnung mit dem geschuldeten Baurechtszins oder separate Rechnungstellung genau regulierbar sein.

[Rz 23] Mehrwertsteuerrechtlich werden Baurechtszinse gleich wie der Wert des Bodens behandelt und damit grundsätzlich nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen.²³ Ist der Grundeigentümer der Mehrwertsteuerpflicht unterstellt, ist demnach die Entschädigung für die Nutzung der Baurechtsfläche von der Steuerpflicht ausgenommen. Hingegen ist unklar, ob die jährliche Abgeltung der nicht direkt mit der Baurechtsfläche gemäss Geometerplan zusammenhängen Leistungen (wie die Nutzung von Räumen des Gebäudes für die Installation von Nebenanlagen wie Wechselrichter oder der Bezug von Strom für Überwachungs- oder Messgeräte) separat im Baurechtsvertrag ausgewiesen und gegebenenfalls zum Normalsatz versteuert werden muss.

²⁰ Wird anstelle eines Baurechts ein selbständiges und dauerndes Nutzungsrecht zugunsten des Betreibers begründet, wird die Anlage selbst nicht von der Dienstbarkeit und damit auch nicht von einem allfälligen Pfandrecht erfasst (HÜRLIMANN-KAUP, Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachenrechtliche Fragen, in: ZBJV 150/2014 S. 692 f.)

²¹ Art. 779i Abs. 1 und Art. 779k Abs. 1 ZGB.

²² Art. 779b Abs. 2 ZGB.

²³ MWST-Branchen-Info 17 vom Januar 2010, Ziff. 1.3; Art. 24 Abs. 6 lit. c MWSTG.

III. Fazit

[Rz 24] Das grosse Potenzial der Photovoltaik wird erst in den kommenden Jahrzehnten ausgeschöpft. Für künftige Betreiber von Solarstromanlagen, die auf fremden Grundstücken errichtet und mangels Fahrniseigenschaft und aufgrund des sachenrechtlichen Akzessionsprinzips zu Bestandteilen dieser Grundstücke werden, ist die Begründung von Sondereigentum an derselben unter Umständen ein grosses Bedürfnis.

[Rz 25] Die Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts zur dinglichen Sicherung einer Photovoltaikanlage kommt gemäss Weisung der Geschäftsleitung der bernischen Grundbuchämter aber nur dann in Frage, wenn die Anlage entweder direkt mit dem Grundstückboden verbunden oder in sogenannter Aufdachmontage errichtet ist. In letzterem Fall auch nur dann, wenn die Photovoltaikanlage nicht ausschliesslich dem Betreiber oder einem Dritten zur Stromerzeugung dient und nach dem Willen der Parteien dauerhaft auf dem belasteten Grundstück verbleiben soll. In diesen ausdrücklichen Fällen kann der Betreiber durch Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts Sondereigentum an der Photovoltaikanlage begründen und kann der Wert der Anlage einem allfälligen Kreditgeber als Sicherheit dienen. In jedem Fall aber sollten insbesondere auch die technischen und steuerlichen Anforderungen und Konsequenzen vorgängig sorgfältig geprüft werden.

NATALIE SIEGENTHALER, Rechtsanwältin und Notarin bei Häusermann + Partner, Bern