

Sophie Dorschner / Evelyne Noth

Sicherungsmöglichkeiten bei PV-Anlagen im Energiecontracting

Aus der sachenrechtlichen Einordnung von Photovoltaikanlagen (PVA) als Fahrnisbauten oder Bestandteil der Hauptsache folgert, ob an der PVA eine separierte Eigentümerstellung möglich ist. Im folgenden Beitrag untersuchen wir die Auswirkungen auf dingliche und obligatorische Sicherungsmöglichkeiten im Rahmen des Energiecontractings aus der Optik des Investors bei einer PVA auf einer fremden Liegenschaft.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Sachenrecht, Energie- und Umweltrecht, Bau- und Raumplanungsrecht, Bodenrecht

Zitervorschlag: Sophie Dorschner / Evelyne Noth, Sicherungsmöglichkeiten bei PV-Anlagen im Energiecontracting, in: Jusletter 19. August 2024

Inhaltsübersicht

1. Arten von PVA
 - 1.1. Funktion
 - 1.2. Additive Solaranlagen (Aufdachanlagen)
 - 1.3. Gebäudeintegrierte Solaranlagen (Indachanlagen)
 - 1.4. Freistehende Solaranlagen
2. Sachenrechtliche Einordnung von PVA auf einer fremden Liegenschaft
 - 2.1. Relevanz der Einordnung
 - 2.2. Sachenrechtliche Qualifikation als Bestandteil
 - 2.3. Sachenrechtliche Qualifikation als Fahrnis
3. Sicherheiten für PVA aus der Optik des Investors
 - 3.1. Sicherungsbedürfnis
 - 3.2. Mietvertrag bzw. Dachnutzungsvertrag
 - 3.3. Bankgarantie
 - 3.4. Selbständiges und dauerndes Baurecht
 - 3.5. Nutzungsdienstbarkeit und Grunddienstbarkeit
 - 3.6. Grundlast
 - 3.7. Grundpfandrecht
 - 3.8. Rechtsentwicklung
4. Exkurs: Sachenrechtliche Qualifikation von Freilandanlagen (Agri-PVA) – Fahrnis oder Dauerbaute?
5. Schlussfolgerungen und Ausblick

1. Arten von PVA¹

1.1. Funktion

[1] Begrifflich werden unter «Solaranlagen» Anlagen verstanden, die Sonnen- bzw. Lichtenergie in elektrische oder thermische Energie umwandeln. Im vorliegenden Beitrag behandeln wir ausschliesslich Photovoltaikanlagen, bei denen mit Solarzellen Sonnenstrahlung direkt elektrische Energie in Form von Gleichstrom erzeugt und im Normalfall über einen Wechselrichter in Wechselstrom umgewandelt und vom Gebäudeeigentümer verbraucht oder ins Stromnetz des Stromanbieters eingespeist wird.² In technischer Hinsicht werden in diesem Beitrag folgende Formen von Solaranlagen unterschieden:

¹ Das ist bspw. ein Contractor, dem «der Grundeigentümer eine ungenutzte (Dach-)Fläche über eine vereinbarte Laufzeit für die Finanzierung, die Planung, die Installation, den Betrieb und den Unterhalt einer (integrierten oder additiven) PVA zu Verfügung stellt» und diesem den Strom zu einem festgelegten Preis liefert, vgl. TONI HESS, Besteuerung von Photovoltaikanlagen im Geschäftsvermögen, SteuerRevue 11/2023, S. 794 ff., S. 808 (nachfolgend: Hess II), zum «Contracting-Modell» S. 808 ff.; SOPHIE DORSCHNER/MICHAEL HOHN/URS MARTIN SPRINGER, Zusammenschluss zum Eigenverbrauch von Solarstrom, in: Jusletter 17. August 2020, Rz.12; vgl. auch CHIARA BELLUCCI, Das Energie-Contracting in der Schweiz, Masterarbeit Universität Luzern, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2023, S. 2 und 15.

² Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/DIANA OSWALD, Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachenrechtliche Fragen, ZBJV 2014, S. 679 ff., S. 682 f.; MARKUS STADLIN, Photovoltaikanlagen auf fremden Gebäuden: Sachenrechtliche Klärungen und ausgewählte steuerrechtliche Themen, BJM 2020, S. 217 ff., S. 218.

1.2. Additive Solaranlagen (Aufdachanlagen)

[2] Bei *Aufdachanlagen* werden Solarmodule mit einer Unterkonstruktion auf einem Dach eines Gebäudes angebracht (verschraubt).³ Die «aufgeständerte» Anlage übernimmt somit keine Dachfunktion.

1.3. Gebäudeintegrierte Solaranlagen (Indachanlagen)

[3] Hingegen erfüllt die in ein *Gebäude integrierte PVA* eine Doppelfunktion, d.h. sie dient der Stromproduktion und zusätzlich bilden die Module oder Ziegel einen Teil des Dachs.⁴ Bei einem allfälligen Rückbau würde die Funktionsfähigkeit des Gebäudes zumindest beeinträchtigt, sodass das Dach (an entsprechender Stelle) ersetzt werden müsste. Das gilt auch bei Solarmodulen als Fassadenverkleidung oder Balkon-Balustraden, weil die Entfernung von Fassadenelementen das Gebäude unvollständig machen und beschädigen würde.⁵

1.4. Freistehende Solaranlagen

[4] Bei *Freilandanlagen* werden die Solarmodule hintereinander aufgereiht, mit Hilfe einer geeigneten Unterkonstruktion auf dem Boden aufgestellt.⁶ Diese PVA besitzt keine konstruktive bzw. statische Verbindung zu einer anderen (bereits auf dem Grundstück bestehenden) Baute oder Anlage.⁷ Beispielsweise freistehende Agri-PV-Anlagen fallen unter diese Kategorie von Solaranlagen (dazu unten Ziff. 4).

2. Sachenrechtliche Einordnung von PVA auf einer fremden Liegenschaft⁸

2.1. Relevanz der Einordnung

[5] Im Zuge des Ausbaus von Solaranlagen geht die Entwicklung dahin, dass der Grundeigentümer nicht mehr selbst eine solche Anlage errichtet und betreibt, sondern dazu seine Dachfläche oder freie Fläche auf dem Boden einem anderen, z.B. einem privaten Investor bzw. Contractor oder einem Elektrizitätsunternehmen, zur Verfügung stellt.⁹ Für den Investor besteht das Bedürfnis, dass er (auch nach Einbau der Anlage) sachenrechtlich als Eigentümer der auf fremder

³ Vgl. z.B. MARKUS STADLIN (Fn. 2), S. 219, Ziff. 2.4.

⁴ Z.B. werden PVA-Module in die Dachhaut integriert oder Solarzellen in die Gebäudehülle eingebunden, vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Die sachenrechtliche Einordnung von (gebäudeintegrierten und additiven) Solarenergieanlagen, AJP 2015, S. 351 ff. mit Abbildungen auf S. 352.

⁵ HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 355 f.

⁶ HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 352.

⁷ Vgl. OLIVER STREIFF/RENATA TRAJKOVA/ANDREAS ABEGB, Zur Standortgebundenheit von Solaranlagen ausserhalb der Bauzonen – Eine kritische Würdigung des neuen Art. 32c RPV, in: Jusletter 26. September 2022, Rz. 2.

⁸ Vgl. zum Ganzen TONI HESS, Besteuerung von Photovoltaikanlagen im Privatvermögen, SteuerRevue 9/2023, S. 612 ff., S. 615 ff., Kap. 3.2, (nachfolgend: Hess I); Hess II (Fn. 1), S. 800 ff., Kap. 4 und 5; HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 700 ff., NATALIE SIEGENTHALER, Dingliche Sicherung von Photovoltaikanlagen durch selbständige und dauernde Baurechte, in: Jusletter 30. November 2015, Rz. 2 ff.; STADLIN (Fn. 2), S. 217 ff.

⁹ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 681.

Liegenschaft eingebauten Anlage bleibt – was dem zwingenden¹⁰ sachenrechtlichen Akzessionsprinzip¹¹ allerdings bei einer Qualifikation als Bestandteil der Hauptsache widerspricht. Sachenrechtlich ist nur dann eine separierte Eigentümerstellung möglich, wenn die PVA als Fahrnis qualifiziert. In den übrigen Fällen sind andere Möglichkeiten zu prüfen, um dem Sicherungsbedürfnis des Investors Rechnung zu tragen (dazu unten Ziff. 3).

2.2. Sachenrechtliche Qualifikation als Bestandteil

[6] Gemäss Art. 642 Abs. 2 ZGB ist «Bestandteil einer Sache alles, was nach der am Ort üblichen Auffassung zu ihrem Bestand gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann». Die Bestandteilsqualität wird in Lehre und Rechtsprechung an das Vorliegen folgender kumulativer Tatbestandsmerkmale geknüpft:¹²

- Körperlichkeit des Sachteils («körperliche Sache»),
- Nichtablösbarkeit ohne Beschädigung/Veränderung der Hauptsache (= äusserliche physische Verbindung),¹³
- Zugehörigkeit resp. Bestandteil bzw. Einheit mit der Hauptsache (= innere funktionale Verbindung). Das Gebäude wird nicht mehr nur zu Wohnzwecken, sondern auch zwecks Erzielung zusätzlicher Einnahmen oder Ersparnisse (Produktion von Strom) genutzt. Nach einem Teil der Lehre gilt dies auch im Falle des Contractings.¹⁴
- Gewollte Dauerhaftigkeit der Verbindung und¹⁵
- Ortsauffassung bzw. -gebrauch (als Auslegungshilfe).¹⁶

2.3. Sachenrechtliche Qualifikation als Fahrnis¹⁷

[7] Bei Fahrnis handelt es sich um bewegliche, körperliche Sachen, die nicht fest mit dem Boden verbunden sind und deren räumliche Lage ohne Substanzverlust (Anlage oder Gebäude) beliebig geändert werden kann.¹⁸

¹⁰ Die zwingende Natur des Akzessionsprinzips scheint in der Lehre vorherrschend, vgl. demgegenüber Urteil des Bundesgerichts 9C_630/2023 vom 22. November 2023, E. 3.2.

¹¹ Zur Terminologie Akzessionsprinzip (Art. 667 Abs. 2 ZGB) bzw. Bestandteilsprinzip (Art. 642 Abs. 1 ZGB) vgl. NICLAS MEYER/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/BENJAMIN RISSE/CHRISTOPHER HUDDLESTON, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA): Registerlösung zur Stärkung nutzenbasierter Geschäftsmodelle (Energie-Contracting) durch Einführung eines neuen gesetzlichen Grundpfandrechts, Basel 2022, Ziff. 2.3 und 5.2 (nachfolgend: BSS-Studie) (zuletzt besucht am 5. August 2024).

¹² Vgl. statt vieler HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 354 ff.

¹³ Vgl. Hess I (Fn. 8), S. 616 mit weiteren Verweisen.

¹⁴ HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 358.

¹⁵ Vgl. HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 359.

¹⁶ Vgl. HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 355 mit weiteren Verweisen sowie S. 356 (bei integrierten PVA) und S. 359 (bei additiven PVA).

¹⁷ Vgl. BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, in: Meier-Hayoz/Rey (Hrsg.), Berner Kommentar, ZGB, Band IV: Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654a ZGB, Bern 2022, N 629; ARTHUR SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022, Rz. 1074 ff.

¹⁸ Nach Art. 713 ZGB sind Gegenstand des Fahrniseigentums die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen sowie die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören.

[8] Zwei Urteile des Bundesgerichts zur Vermögenssteuer bei PVA im Kanton Bern vom 16. September 2019 regten zu neuen Diskussionen hinsichtlich der sachenrechtlichen Einordnung von PVA an: Das Bundesgericht erwog mit Bezug auf eine auf einem Pferdestall bzw. auf einer Scheune errichteten additiven PVA, deren Strom vollumfänglich in das öffentliche Netz eingespeist wurde, im Rahmen einer Willkürkognition, dass die durch das Verwaltungsgericht Bern vorgenommene Qualifikation der PVA als Fahrnis nicht willkürlich sei.¹⁹ Indes erachten wir aus sachenrechtlicher Sicht vielmehr den Umstand entscheidend, dass es bei der auf dem Pferdestall errichteten additiven Solaranlage bereits an der inneren Verbindung zwischen Neben- und Hauptsache fehlt.²⁰ Unseres Erachtens nach ist folglich Vorsicht geboten, aus diesem das Steuerrecht betreffenden Einzelfall Folgerungen für andere Rechtsgebiete bzw. anders gelagerte Fälle zu ziehen, insbesondere bei der Qualifikation von solchen Indachanlagen, bei denen die innere Verbindung von zentraler Bedeutung ist (vgl. oben Ziff. 1.3 und 2.2).

3. Sicherheiten für PVA aus der Optik des Investors²¹

3.1. Sicherungsbedürfnis

[9] PVA-Investoren, die nicht Grundeigentümer bzw. Eigentümer der Liegenschaft sind, und die aufgrund des Bestandteilprinzips das Eigentum an der PVA mit deren Auf- oder Einbau verlieren²² (vgl. oben Ziff. 2.2), äussern das Bedürfnis einer (dinglichen) Absicherung ihrer Rechte. Da der Investor keine rechtliche Handhabe hat, die Anlage wieder aus- bzw. rückzubauen, wenn die aus dem Dachnutzungsvertrag geschuldeten Zahlungen ausbleiben, ist er mit folgenden Risiken konfrontiert:²³

- *«Geht die Grundeigentümerin während der vereinbarten Vertragslaufzeit Konkurs, droht dem Investor ein Verlust, da er – als nicht pfandgeschützter Gläubiger – im Zwangsverwertungsverfahren mit seiner Forderung in der letzten Klasse kolliert wird.»*
- *«Verkauft die Grundeigentümerin das Grundstück während der vereinbarten Vertragslaufzeit, ohne – wie vertraglich vereinbart – den Vertrag auf den neuen Eigentümer zu übertragen, muss der Investor gerichtlich gegen seine Vertragspartnerin vorgehen. Der Investor muss dafür nicht nur einen beträchtlichen Aufwand betreiben, sondern trägt auch das Prozessrisiko bzw. das Risiko, dass der Eigentümer trotz Gutheissung der Klage nicht zahlungskräftig ist.»*

[10] Im Folgenden werden zwei obligatorische und vier dingliche Sicherungsmöglichkeiten des Contractors beleuchtet und die jeweiligen Vor- und Nachteile dargestellt.

¹⁹ Vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_510/2017 vom 16. September 2019 und 2C_511/2017 vom 16. September 2019, je E. 3.2. und 9.

²⁰ Vgl. ebenso Hess I (Fn. 8), S. 641 f. (Fn. 186).

²¹ Vgl. zum Ganzen STADLIN (Fn. 2), S. 221 ff.

²² Dies gilt regelmässig auch bei additiven Solaranlagen, die durch ihre dauerhaft gewollte Verbindung nicht ohne (zumindest leichte) Zerstörung oder Beschädigung des Dachs von der Hauptsache gelöst werden können, vgl. HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 357 ff.; Hess I (Fn. 8), S. 616 f.

²³ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), S. vii.

3.2. Mietvertrag bzw. Dachnutzungsvertrag

[11] Der Gebäudeeigentümer schliesst mit dem Contractor einen Mietvertrag, wonach Letzterem gegen die Bezahlung des Mietzinses ein Nutzungsrecht am Dach und am Technikraum und damit das Recht eingeräumt wird, auf dem Dach auf eigene Kosten eine Solaranlage zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten.²⁴ Der Abschluss eines (nur obligatorisch wirkenden) schriftlichen Mietvertrags verschafft dem investierenden Contractor eine zur Eigentümerstellung vergleichsweise schwache Rechtsposition, welche allerdings durch eine grundbuchliche Vormerkung des Mietvertrags hinsichtlich der Verbindlichkeit und Kündbarkeit verstärkt werden kann.²⁵ Weiter können Regelungen zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags (insb. bei Konkurs des Grundeigentümers) getroffen werden, z.B. zur Entschädigung des Restwerts der PVA. Bei Insolvenz des Grundeigentümers steht dem Contractor allerdings nur eine nichtprivilegierte Forderung der dritten Klasse zu.

3.3. Bankgarantie

[12] Eine weitere obligatorische Sicherungsmöglichkeit ist die Ausstellung einer Bankgarantie, welche eine allfällige Restwertforderung der Solaranlage abdecken soll.²⁶ Eine grundlegende Schwierigkeit besteht hierbei allerdings darin, den von der Bank zu garantierenden Betrag für die Entschädigung des Restwertes festzulegen.

3.4. Selbständiges und dauerndes Baurecht

[13] Das Baurecht ist in den Art. 675 ZGB sowie Art. 779 ff. ZGB geregelt. Als *selbständiges* Baurecht bezeichnet man diejenigen Baurechte, die weder zugunsten eines beherrschenden Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet werden (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB). Als *dauerndes* Baurecht wird ein Baurecht dann bezeichnet, wenn es mindestens für die Dauer von 30 Jahren oder auf unbestimmte Zeit bestellt wird (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB). Das *selbständige und dauernde* Baurecht kann als Grundstück im Grundbuch aufgenommen werden und grundsätzlich ohne Einwilligung des Grundeigentümers belehnt und übertragen werden (Art. 779 Abs. 2 und 3 ZGB).²⁷ Ein *unselbständiges* Baurecht kann entweder zugunsten einer bestimmten Person oder auch eines herrschenden Grundstücks (i.S.v. Art. 730 ff. ZGB) ausgestaltet werden. Im Gegensatz zu einem selbständigen und dauernden Recht fällt hier aber die Möglichkeit weg, eine solche Dienstbarkeit selbständig, d.h. ohne das berechnigte Grundstück, zu übertragen.²⁸

²⁴ Vgl. dazu den kommentierten Muster-Dachnutzungsvertrag von Swissolar, dort im Shop zu beziehen/für Mitglieder als Download, <https://www.swissolar.ch/de/angebot/shop> (zuletzt besucht am 5. August 2024), dazu auch DORSCHNER/HOHN/SPRINGER (Fn. 1), Rz. 47.

²⁵ Vgl. STADLIN (Fn. 2), S. 222, Ziff. 4.2.

²⁶ Vgl. BALTHASAR BRANDER, «Energie-Contracting» – kein alter Wein in neuen Schläuchen, AJP 1997, S. 1517 ff., S. 1520, Ziff. 2.3.2; vgl. auch DAVID STICKELBERGER/MICHAEL HOHN/SAMUEL BEER/BEAT GREBER, Leitfaden zu Solar-Contracting, 1. November 2022, Studie im Auftrag von EnergieSchweiz, Ziff. 5.2.

²⁷ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 17), Rz. 1328 ff.

²⁸ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 17), Rz. 1257.

[14] Nur fest und dauerhaft mit dem Boden verbundene Bauten und Anlagen können Gegenstand eines Baurechts sein, sodass damit in Durchbrechung des Akzessionsprinzips ein Sonder Eigentum an der PVA begründet werden könnte. Zu denken ist hier vorab an sogenannte Freilandanlagen²⁹ (vgl. dazu unten Ziff. 4). Mit der Errichtung einer solchen Personaldienstbarkeit kann der Investor (Contractor) die Nutzung von Solaranlagen dinglich sicherstellen und einen zur Deckung der Investitionskosten erforderlichen Kredit mit einer anschliessenden Verpfändung dieser Dienstbarkeit sichern.³⁰

[15] Hingegen ist bei integrierten PVA auf einem Hausdach die Begründung eines Baurechts ausgeschlossen, da eine solche Anlage Teil des Gebäudes ist und ihr insbesondere die bauliche und funktionale Selbständigkeit fehlen.³¹ Es müssen hier andere Sicherungsmöglichkeiten geprüft werden.

3.5. Nutzungsdienstbarkeit und Grunddienstbarkeit

[16] Qualifiziert die PVA als *Gebäudebestandteil*, ist nur die Begründung eines Nutzungsrechts nach Art. 781 (oder Art. 730) ZGB denkbar, wobei dem Contractor allerdings keine Eigentümerstellung an der Anlage eingeräumt werden kann.³²

[17] Bei *Dauerbauten* kann der Investor anstelle eines selbständigen und dauernden Baurechts (vgl. oben Ziff. 3.4) als dingliche Sicherung eine Nutzungsdienstbarkeit (Erstellung, Betrieb und Nutzung der PVA) nach Art. 781 ZGB (irreguläre Personaldienstbarkeit) oder eine Grunddienstbarkeit nach Art. 730 ZGB errichten lassen.³³ Anders als das selbständige und dauernde Baurecht verschaffen diese dem Betreiber der Anlage jedoch kein Eigentum an dieser, womit auch die Hypothekierung der Anlage ausgeschlossen ist.

3.6. Grundlast

[18] Eine weitere Sicherungsmöglichkeit des Investors ist die Errichtung einer öffentlich zu beurkundenden Grundlast nach Art. 782 ZGB, womit sich der Grundstückseigentümer zur Lieferung einer bestimmten, von der Anlage produzierten Menge Strom verpflichtet.³⁴ Der Bestand und der Betrieb der Solaranlage kann mit der Grundlast allerdings nicht (dinglich) gesichert werden.³⁵

²⁹ D.h. direkt mit dem Boden verbundene Anlagen, wie freistehende Solaranlagen, und auf Dauer angelegt.

³⁰ HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 700 und 704.

³¹ Vgl. SIEGENTHALER (Fn. 8), zur Praxis der Grundbuchämter des Kantons Bern; zur aktuellen Handhabung: Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung des Kantons Bern, https://www.gba.dij.be.ch/content/dam/gba_dij/dokumente/de/handbuch/Handbuch-de.pdf (zuletzt besucht am 5. August 2024), S. 139 f.

³² HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 715: Wird dieses *Nutzungsrecht* als Grundstück im Grundbuch eingetragen und dieses verpfändet, ist die PVA darin nicht erfasst.

³³ HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 714 f.

³⁴ HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 691.

³⁵ Gemäss STADLIN (Fn. 2), S. 222, Ziff. 4.4, soll hingegen mit der Grundlast die Bezahlung des Lieferpreises vom Energiebezüger gegenüber dem PVA-Betreiber gesichert werden. Ob Inhalt einer Grundlast die Sicherung von Geldleistungen sein kann, ist allerdings umstritten, vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 17), Rz. 1447.

3.7. Grundpfandrecht

[19] Schliesslich kann der Grundeigentümer dem Investor ein Grundpfandrecht nach Art. 672 ZGB einräumen. Auch hier verbleibt das Eigentum der PVA beim Grundeigentümer.³⁶ Zweck des Grundpfandrechts ist die Sicherstellung einer Forderung im Falle der Verwertung der Liegenschaft. Die Einräumung eines solchen Grundpfandrechts beruht auf einem Rechtsgeschäft zwischen Grundeigentümer und Investor.

3.8. Rechtsentwicklung

[20] Die von drei Bundesämtern in Auftrag gegebene Studie «RFA: Registerlösung zur Stärkung nutzenbasierter Geschäftsmodelle beim Grundeigentum» vom 5. Juli 2022 schlägt als Sicherungsinstrument im Bereich Energie-Contracting zum Einsatz nicht fossiler Lösungen nun ein neues mittelbares *gesetzliches* Grundpfandrecht vor.³⁷ Dieses Instrument ist vergleichbar mit dem Bauhandwerker- und dem Verkäuferpfandrecht (Art. 837 ZGB). Die Idee dahinter ist wiederum, den Investor, der sein Eigentum an der Anlage durch Einbau im Gebäude verliert, für den Verlust seiner Forderung (Restwert der Anlage) durch Verwertung des Grundstücks, zu dessen Wertsteigerung er beigetragen hat, abzusichern. Dazu werden in einem Contractingvertrag die Voraussetzungen definiert,³⁸ wobei die im Gesetz definierten Verfahrensschritte einzuhalten sind.³⁹

[21] Die Studie kommt zum Schluss,⁴⁰ dass sich zur Befriedigung des Sicherheitsbedürfnisses eines Contractors die Lösung mit einem mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrecht besser eignet als eine neu zu schaffende übertragbare Personaldienstbarkeit.⁴¹ Die Rechtfertigung für den Eingriff in das Eigentumsrecht des zu belastenden Grundeigentümers wird im öffentlichen Interesse am Umweltschutz erkannt.⁴²

4. Exkurs: Sachenrechtliche Qualifikation von Freilandanlagen (Agri-PVA) – Fahrnis oder Dauerbaute?

[22] Der Bundesrat hat am 1. Juli 2022 Art. 32c RPV⁴³ in Kraft gesetzt. Mit dieser Bestimmung soll die Bewilligung von Solaranlagen ausserhalb von Bauzonen erleichtert werden, was bisher (mit Ausnahme von Dachanlagen in Landwirtschaftszonen) kaum möglich war.⁴⁴ Im vorliegenden Kontext interessieren sogenannte Freilandanlagen in der Landwirtschaftszone.

³⁶ Vgl. BRANDER (Fn. 26), S. 1520, Ziff. 2.3.2.

³⁷ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), insb. Ziff. 5.3 und 5.4.

³⁸ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), Ziff. 5.3.1.

³⁹ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), Ziff. 5.3.3, insb. Ziff. 5.3.3.2 zum Eintragungsverfahren.

⁴⁰ BSS-Studie (Fn. 11), Ziff. 5.3.4 und 5.4.

⁴¹ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), Ziff. 5.2 zur Schaffung einer neuen übertragbaren Personaldienstbarkeit. Die Problematik wird insb. darin gesehen, dass damit in drei wesentliche Prinzipien des Sachenrechts eingegriffen würde (Bestandteilsprinzip nach Art. 642 ZGB; Prinzip, wonach eine Pflicht zu einem Tun nur nebensächlich mit einer Dienstbarkeit verbunden werden kann, Art. 730 Abs. 2 ZGB, sowie das Prinzip der Alterspriorität).

⁴² Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), Ziff. 11.4.

⁴³ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1).

⁴⁴ Vgl. STREIFF/TRAJKOVA/ABEGG (Fn. 7), Leadtext.

[23] Bei sogenannten Agri-PV-Anlagen, die auf einer freien Fläche erbaut werden und direkt mit dem Boden verbunden sind, stellt sich wiederum die Frage nach der sachenrechtlichen Qualifikation als Fahrnisbaute oder Dauerbaute mit Bestandteilsqualität.⁴⁵

[24] Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei Agri-PV-Anlagen aufgrund der anvisierten Dauer (z.B. unbefristet oder durch Übernahme nach Ablauf der vereinbarten Dauer) sowie aufgrund der in vielen Fällen bestehenden festen Verbindung mit dem Boden in aller Regel um eine Dauerbaute und keine Fahrnisbaute.⁴⁶ Dem Vorschlag über den Weg eines vertraglich vereinbarten Entscheidungs- und Gestaltungsrechts des Grundeigentümers, die PV-Anlage nach Vertragsablauf zu übernehmen und die bis zu diesem Zeitpunkt als Fahrnisbaute qualifizierende PVA erst dann in eine Dauerbaute umzuwandeln, stehen wir zurückhaltend gegenüber. In der Konsequenz der fehlenden Fahrniseigenschaft der PVA kann an dieser kein Sondereigentum (des Contractors) bestehen. Zur Möglichkeit, bei Dauerbauten das Akzessionsprinzip durch die Errichtung eines Baurechts zu durchbrechen, wird oben auf Ziff. 3.4 verwiesen.⁴⁷

5. Schlussfolgerungen und Ausblick

[25] Zum Abschluss bleibt der Hinweis auf einen im Obigen noch nicht beleuchteten, für die Investoren bzw. Contractor nicht unwesentlichen Aspekt: Selbst wenn der Gebäude- bzw. Grundeigentümer während der Dauer eines Dienstbarkeitsvertrags als Folge des Bestandteils- bzw. Akzessionsprinzips (lediglich) zivilrechtlicher Eigentümer der PVA bleibt, kann der Investor im Rahmen der jeweiligen vertraglichen bzw. dinglichen Regelung mit dem Grundeigentümer darüber wirtschaftlich verfügen. Er trägt folglich aufgrund seiner Beherrschung des *Vermögenswerts* (als wirtschaftlich Berechtigter) die damit verbundenen Lasten sowie die Risiken und den Nutzen der Anlage, was denn auch steuerlich zu einer Aktivierungspflicht führt und in der Buchhaltung zu berücksichtigen ist, auch wenn die PVA zivilrechtlich nicht in seinem Eigentum steht.⁴⁸

[26] Mit der Einführung eines mittelbaren *gesetzlichen Grundpfandrechts*, wie dies in der vorerwähnten Studie BSS empfohlen wird (vgl. oben Ziff. 3.8), könnte nach unserer Auffassung ein

⁴⁵ Vgl. oben Ziff. 2.2 und Ziff. 2.3 zur Abgrenzung von Bestandteil und Fahrnis. In diesem Beitrag nicht beleuchtet wird, wie sich die insbesondere aus den in Art. 32c lit. c RPV (sowie dem bäuerlichen Bodenrecht) statuierten Baubewilligungsvoraussetzungen zusätzlich auf die Sicherungsmöglichkeiten und die Vertragsgestaltung (z.B. Dauer und Rückbaupflicht, Mitwirkungen im Baubewilligungsverfahren, landwirtschaftliche Nutzung etc.) zwischen Contractor und Landwirt auswirken könnten.

⁴⁶ Hier sei auf die Kontroverse in der Lehre hingewiesen bezüglich der Definition einer Fahrnis- oder Dauerbaute im Zusammenhang mit (direkt mit dem Boden verbundenen) PV-Anlagen, vgl. dazu auch Hess I (Fn. 8), S. 616 f. *Einerseits* wird u.a. von HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 695, die Meinung vertreten, eine dauerhafte Verbindung fehle (lediglich) dann, wenn die PV-Anlage nur für die Dauer der Dienstbarkeit montiert werde und nach dem Willen der Parteien der Dienstbarkeitsberechtigte (mit dem Recht, die Anlage zu erstellen und zu betreiben bzw. zu nutzen) die Anlage nach Ablauf der Dienstbarkeit wieder zu entfernen habe (Fahrnisbaute). Dagegen könne eine dauerhafte Verbindung bejaht werden, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Gebäude- bzw. Grundeigentümer die PVA nach Ablauf des Nutzungsrechts weiterverwenden könne (Dauerbaute, die Bestandteil des Grundstücks wird, sofern kein Baurecht begründet wird, vgl. S. 698 ff.). *Andererseits* vertritt HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 4), S. 359, allerdings in Zusammenhang mit additiven PVA, die Auffassung, dass auch eine einfache Demontage der Anlage nicht darauf schliessen liesse, dass die Verbindung nach dem normalen Lauf der Dinge von vornherein nicht als dauerhaft bezweckt sei. Auch Anlagen dieser Art würden regelmässig mit der Absicht bleibender Verbindung erstellt, zumal die Anschaffungskosten amortisiert werden müssten. Auch diese Autorin räumt allerdings ein, dass, wenn eine bloss vorübergehende Nutzung der Anlage geplant und nur eine lose Verbindung vorhanden sei, die Anlage als Fahrnisbaute qualifiziere (Fn. 56).

⁴⁷ Vgl. auch HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (Fn. 2), S. 693.

⁴⁸ Vgl. Hess II (Fn. 1), S. 805 f. und 813.

Sicherungsinstrument ausgestaltet werden, das den Bedürfnissen und Interessen des Investors entspricht. Mit gesetzlich definierten Eintragungsvoraussetzungen⁴⁹ trägt es auch dem Bedürfnis des Belasteten Rechnung, die Folgen für sein Grundstück zu erkennen, wenn er seinen Vertragspflichten gegenüber dem Investor der PVA nicht nachkommt.⁵⁰ Der Eingriff in die Privatautonomie des Grundstückseigentümers liesse sich mit dem öffentlichen Interesse an der Förderung nicht fossiler Energien rechtfertigen.⁵¹

SOPHIE DORSCHNER, lic. iur., RAin, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht und Mediatorin SAV, Partnerin bei KELLER Rechtsanwälte AG, Zürich.

EVELYNE NOTH, lic. iur. HSG, L.L.M., RAin, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, Partnerin bei Evelyne Noth Anwaltskanzlei.

⁴⁹ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), Ziff. 5.3.2.

⁵⁰ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), Ziff. 5.3.1.

⁵¹ Vgl. BSS-Studie (Fn. 11), S. viii f., Ziff. 5.4 und Empfehlungen in Ziff. 11.4. Über die weitere Verwendung der BSS-Studie konnten im Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrags keine konkreten Angaben ausfindig gemacht werden, vgl. auch die Website des Bundesamts für Justiz (einer der Auftraggeber) *Wirksamkeitsüberprüfung/Evaluation* ([admin.ch](https://www.admin.ch)) (zuletzt besucht am 5. August 2024), wo (lediglich) auf eine weitere Regulierungsfolgeabschätzung zu den Auswirkungen einer Registerlösung für nutzenbasierte Geschäftsmodelle im Bereich *Mobilien* verwiesen wird.