

HEUER Dialog  
February 8, 2011

# PHOTOVOLTAIKANLAGE AUF DÄCHERN VON BESTANDSIMMOBILIEN

By Peter Decker

Photovoltaikanlagen auf Dächern von Immobilien erfreuen sich großer Beliebtheit. Die rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen sind allerdings komplex. Die Kenntnis dieser Rahmenbedingungen ist unabdingbare Voraussetzung für die erfolgreiche Realisierung einer Photovoltaikanlage.

## Motive für die Installation einer Photovoltaikanlage

Zumeist besteht die Intention eine Photovoltaikanlage zu installieren darin Strom zu erzeugen und aus der erzielten Einspeisevergütung einen Ertrag zu generieren. Als weiterer Beweggrund kann aber noch das Interesse des Immobilieneigentümers an der Verlagerung der Instandhaltungs- und Instandsetzungsverpflichtung am Dach auf einen Dritten – den Betreiber der Photovoltaikanlage- hinzutreten.

## Steuerliche Strukturierung

Die steuerliche Optimierung von Immobilieninvestitionen ist von sehr großer Bedeutung. Im Fall der Fremdnutzung von Immobilien liegt ein besonderes Augenmerk auf der Vermeidung des Anfalls von Gewerbesteuer. Der Anfall von Gewerbesteuer kann dadurch vermieden werden, dass der Eigentümer der Immobilie derart strukturiert wird, dass er nur Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt oder aber die gewerblichen Einkünfte auf Grund der sogenannten „erweiterten Kürzung“ quasi gewerbesteuerneutral werden. In diesen Fällen würde die Erzielung von Einkünften aus der Einspeisevergütung bei dem Immobilieneigentümer (ausgenommen natürliche Personen) dazu führen, dass er insgesamt gewerbliche Einkünfte erzielt. Vermieden werden kann dies durch die Vermietung des Daches zur Errichtung und zum Betrieb einer Photovoltaikanlage.

## Indachanlagen und Aufdachanlagen

Man unterscheidet sogenannte Indach- und Aufdachanlagen.

Die Indachanlage ist ein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes. Sie steht im Eigentum des Immobilieneigentümers. Dies hat Auswirkungen auf die Finanzierung und die Nutzung der Photovoltaikanlage. Grundpfandrechte der Immobilie erfassen auch die Indachanlage. Gesonderte Sicherheiten, wie z.B. ein Eigentumsvorbehalt, können an ihr jedoch nicht begründet werden.

Die Aufdachanlage dagegen steht nicht im Eigentum des Immobilieneigentümers. Sie ist kein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes. Eigentümer ist derjenige, dem die technischen Bestandteile der Anlage gehören. Die Aufdachanlage ist Mobilien. Grundpfandrechte am Gebäude erfassen die Aufdachanlage daher nicht. Die Vermietung der Aufdachanlage als Ganzes bedeutet also, dass Mobilien vermietet wird. Im Falle der Inanspruchnahme der „erweiterten Kürzung“ durch den Immobilieneigentümer geht diese daher verloren. Um das zu vermeiden, wird die Dachfläche zur Errichtung und dem Betrieb einer Photovoltaikanlage vermietet.

## Baurechtliche Voraussetzungen

Photovoltaikanlagen auf Dächern sind grundsätzlich nicht baugenehmigungspflichtig. Allerdings kann sich aus der Lage der Immobilie eine Genehmigungspflicht ergeben. Dies gilt insbesondere für Anlagen auf Gebäuden im Außenbereich. Durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage kann sich die baurechtliche Qualifikation des Gebäudes ändern, was zum Verlust einer Privilegierung und somit zur Genehmigungspflicht der Photovoltaikanlage führen kann.

### **Errichtung der Photovoltaikanlage**

Der Immobilieneigentümer kann die Photovoltaikanlage selbst errichten und für den Fall, dass er sie nicht selbst nutzen will, die errichtete Anlage an einen Betreiber vermieten. Der Vorteil dieser Konstruktion liegt darin, dass der Immobilieneigentümer Eingriffe in die Immobilie selbst vornimmt und steuert. Der Nachteil dieser Lösung besteht im Fall der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung der Immobilie darin, dass eine in Anspruch genommene „erweiterte Kürzung“ durch die Vermietung von Mobilien zunichte gemacht werden kann.

Anders ist dies, wenn das Dach zur Errichtung und dem Betrieb der Photovoltaikanlage vermietet wird. Eine gegebenenfalls in Anspruch genommene „erweiterte Kürzung“ wird nicht zunichte gemacht. Allerdings greift in diesem Fall ein Dritter in das Gebäude ein. Hieraus können sich Haftungsrisiken für den Eigentümer des Gebäudes ergeben. Eine detaillierte Beweissicherung ist vor Beginn der Baumaßnahme erforderlich.

### **Einschränkung der Nutzung der Immobilie**

Ist der Immobilieneigentümer nicht zugleich auch Eigentümer der Photovoltaikanlage, schränkt eine Photovoltaikanlage die Flexibilität der Nutzung des Gebäudes ein. Die Einschränkung besteht in dem mit dem Betreiber abgeschlossenen langfristigen Nutzungsvertrag. Durch das langfristige Nutzungsverhältnis wird der Eigentümer in der Gestaltung des Gebäudes und seiner Nutzung eingeschränkt. Veränderungen des Gebäudes oder seiner Nutzung, die sich auf die vermietete Dachfläche auswirken, sind nur mit der Zustimmung des Betreibers der Photovoltaikanlage möglich.

Weitere Einschränkungen ergeben sich dadurch, dass die Ver- und Entsorgungsleitungen der Photovoltaikanlage vom Dach zum Anschlusspunkt geführt werden müssen. Der Betreiber der Photovoltaikanlage benötigt entsprechende Nutzungsrechte an den Trassen für die Leitungen und an Räumen, in denen die Technik für die Photovoltaikanlage untergebracht ist. Veränderungen der Nutzung und des Gebäudes, die sich auf die durch den Betreiber der Photovoltaikanlage genutzten Bereiche auswirken, sind nur mit Zustimmung des Betreibers möglich.

Der Betreiber muss seine Anlage warten, instand setzen und gegebenenfalls erneuern. Dies bedeutet, dass der Betreiber in dem Maß Zugang zur Immobilie haben muss, wie er diesen für die Wartung, Instandsetzung und Erneuerung braucht. Um die Nutzung des restlichen Gebäudes nicht zu beeinträchtigen, sollte die Photovoltaikanlage derart gestaltet sein, dass der Betreiber der Anlage die erforderlichen Maßnahmen durchführen kann, ohne die anderen Flächen der Immobilie betreten oder benutzen zu müssen oder ohne deren Nutzung dabei zu beeinträchtigen.

### **Spannungsfeld zwischen Photovoltaikanlage und Vermietung der Gebäudeflächen**

Um den vorbezeichneten Anforderungen des Betreibers der Photovoltaikanlage gerecht zu werden, müssen mit den Mietern der Immobilienflächen entsprechende Duldungspflichten vereinbart werden. Ohne die Aufnahme derartiger Duldungspflichten, kann der Mieter die Nutzung des Gebäudes durch den Betreiber der Photovoltaikanlage behindern oder sogar verhindern.

Dieser Gesichtspunkt ist besonders dann von Bedeutung, wenn zunächst die Immobilienflächen vermietet werden und erst in einem zweiten Schritt die Dachflächen für die Photovoltaikanlage. Bereits beim Abschluss des oder der Mietverträge für die Immobilie muss sich der Immobilieneigentümer im Mietvertrag alle Optionen offen halten, die er benötigt, um später dem Betreiber der Photovoltaikanlage die Nutzung des Daches und der erforderlichen

Nebenflächen zu ermöglichen. Zu regeln sind hier die Nutzung des Daches, der Kabelschächte, der Technikräume und der Außenanlagen.

## Finanzierung der Photovoltaikanlage

Wird die Dachfläche zum Betrieb der Photovoltaikanlage vermietet, sichert sich die die Photovoltaikanlage finanzierende Bank in erster Linie über die Abtretung des Anspruches aus der Einspeisevergütung und eine Sicherungsübereignung der Photovoltaikanlage ab. Die Abtretung des Anspruches aus der Einspeisevergütung ist allerdings nur dann eine belastbare Sicherheit, wenn auch die Nutzung des Daches zur Erzielung der Einnahmen langfristig zu Gunsten des Betreibers abgesichert ist. Daher verlangt die die Photovoltaikanlage finanzierende Bank neben einem langfristigen Mietvertrag eine Grunddienstbarkeit, die die Nutzung der Photovoltaikanlage auch für den Fall der Insolvenz des Immobilieneigentümers oder der Zwangsversteigerung der Immobilie sichert. Die Grunddienstbarkeit muss im Rang dem Finanzierungsgrundpfandrecht für die Immobilie vorangehen.

Dieser Vorrang der Grunddienstbarkeit begründet ein Spannungsverhältnis mit der die Immobilie finanzierenden Bank. Regelmäßig hat eine Abstimmung im Einzelfall mit den involvierten Banken zu erfolgen, um die Grunddienstbarkeit so auszugestalten, dass die die Immobilie finanzierenden Bank den Vorrang akzeptieren kann. Anhaltspunkt für die Anforderungen der die Immobilie finanzierenden Bank sind die Anforderungen des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken an Grunddienstbarkeiten zur Absicherung langfristiger Mietverträge.