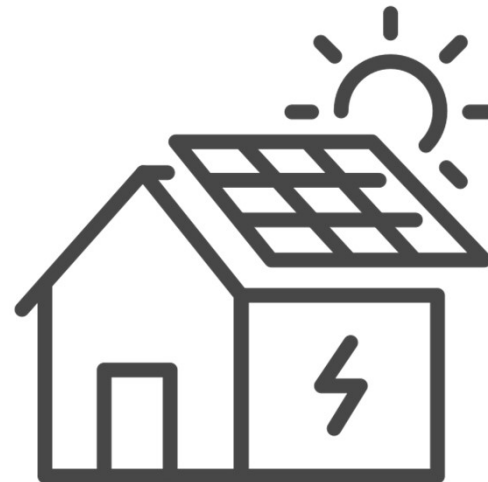


Input-Referat

Info-Veranstaltung Solarplattform Seeland

Rechtliche Aspekte einer Dachnutzung im PV-Contracting



Sophie Dorschner



lic.iur. Sophie Dorschner,
Partnerin

s.dorschner@keller-law.ch

KELLER Rechtsanwälte AG
Fraumünsterstrasse 17
8001 Zürich
www.keller-law.ch

6. September 2023

Rechtsanwältin/Mediatorin und Dozentin

Dozentin am Campus Sursee seit 2016 (Modul Recht
BF, BMA, BL)

Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, 2023

Collaborative Lawyer (clp Schweiz), 2022

Mediatorin SAV

(Schweizerischer Anwaltsverband), 2012

Zürcher Anwaltspatent, 2009

Lizentiat Universität Freiburg i. Ue., 2002

Tätigkeitsschwerpunkte

Öffentliches und privates Bau- und Immobilienrecht

Energierrecht, insbesondere ZEV

Werkvertrags- und Architektenrecht

Mietrecht, Sachenrecht

Mediation

RAin Sophie Dorschner

BEGRIFF CONTRACTING

Was ist ein Energie(liefer)-Contracting ?

- Grundeigentümer/innen stellen dem Contractor ihr Dach für die Erstellung einer PVA und zur Nutzung zu Verfügung («**Dachnutzungsvertrag**»), allenfalls werden dabei weitere Energieeffizienzmassnahmen kombiniert («Energiespar-Contracting»)
- Der Contractor liefert den Grundeigentümern/innen den auf dem Dach produzierten Solarstrom («**Stromliefervertrag**»)
- Die Grundeigentümer/innen profitieren von im Vergleich zum Netzstrom günstigeren Solarstrom
- Erstellung, Betrieb und Unterhalt übernimmt der Contractor («**Dienstleistungsvertrag**»)

**GRUNDSÄTZE DES SACHENRECHTS
PVA AUF FREMDEM DACH
BESTANDTEIL ODER FAHRNIS?**

Grundsätze des «Sachenrechts»

- «PVA auf fremdem Dach»

➔ Bestandteil des Gebäudes:

- Körperlichkeit des Sachteils («körperliche Sache»)
- Nichtlösbarkeit ohne Beschädigung / Veränderung der Hauptsache
(= *äusserliche körperliche Verbindung*)
- Zugehörigkeit zum Bestand / Einheit (= *innere Verbindung*)*
- gewollte *Dauerhaftigkeit* der Verbindung
- Ortsauffassung bzw. -gebrauch (als Auslegungshilfe)

➔ Fahrnis: bewegliche, körperliche Sachen, die *nicht fest mit dem Boden verbunden* sind und deren räumliche Lage ohne Substanzverlust beliebig geändert werden kann

* Das Gebäude wird nicht mehr nur zu Wohnzwecken, sondern auch zur Erzielung zusätzlicher Einnahmen durch die PVA (Produktion von Strom) genutzt

**GRUNDSÄTZE DES SACHENRECHTS
EIGENTÜMERSTELLUNG
AKZESSIONSPRINZIP**

Grundsätze des «Sachenrechts»

- Eigentum / Akzessionsprinzip
 - ➔ Bestandteil: keine sep. Eigentümerstellung (PVA - Gebäude) möglich
 - ➔ Fahrnis: Anlage kann sep. Eigentümer/in haben
- **Aufdachanlage**: Solarmodule und weitere Einrichtungen (Leitungen, Wechselrichter, Kabel etc.) können meistens **ohne Eingriff in die Gebäudesubstanz abmontiert werden**
 - ➔ Fahrnis (Es bestehen dazu aber *unterschiedliche Meinungen/Praxen!*)
- **Indachanlage**: Solarmodule sind **Teil der Gebäudehülle**, beim Rückbau wird das Dach zerstört
 - ➔ Bestandteil (+ Einräumung eines «*Nutzungsrechts*» am Dach)*

* Grundsätzlich keine Errichtung eines Baurechts möglich, analog ZGB 675.2 (fehlende «Selbstständigkeit»)

Grundsätze des «Sachenrechts»

Aufdachanlagen – unterschiedliche Lehrmeinungen (Auszug SteuerRevue 9/2023, s. hinten Referenzen)

«Hrubesch-Millauer* vertritt die Ansicht, dass auch additive PV-Anlagen insofern Bestandteile eines Gebäudes darstellen, als sie **durch ihre dauerhaft gewollte Verbindung nicht ohne (zumindest leichte) Zerstörung oder Beschädigung der Hauptsache von dieser gelöst werden können**. Dagegen bejahen Hürlimann-Kaup/Oswald** – mit Blick auf die Voraussetzung der inneren Verbindung – die **Bestandteilsqualität** einer additiven PV-Anlage (nur) für den Fall, **dass zumindest ein Teil des selbst produzierten Stroms für die Energieversorgung der Baute verwendet wird**. Letzteres ist m. E. jedenfalls bei Einfamilienhäusern, wohl aber auch bei Mehrfamilienhäusern, regelmässig der Fall. Eine dauernde Verbindung fehlt (lediglich) dann, wenn die PV-Anlage nur zu einem vorübergehenden Zweck montiert wird. Die Dauerhaftigkeit ist namentlich zu verneinen, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte (Recht, Anlage zu erstellen und zu betreiben; vgl. Art. 781 ZGB) die Anlage nach Ablauf der Dienstbarkeitsdauer wieder zu entfernen hat (Fahrnis). Dagegen kann sie bejaht werden, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Gebäude- bzw. Grundeigentümer sie nach Ablauf des Nutzungsrechts weiterverwenden kann (Bestandteil).»

* Stephanie Hrubesch-Millauer in: AJP 2015 S. 351 ff. ** Bettina Hürlimann-Kaup, Diana Oswald, in: ZBJV 150/2014 S. 679 ff.

GRUNDSÄTZE DES SACHENRECHTS DINGLICHE SICHERUNG

Grundsätze des «Sachenrechts»

Sicherungsmöglichkeiten (I)

- **Gebäudebestandteil:**

Errichtung einer Dienstbarkeit in Form eines *Nutzungsrechts* (ZGB 781*)

➔ Eigentum an Anlage bleibt bei der **Grundeigentümerschaft** und übernimmt für das Gebäude wesentliche Funktionen

Hinweis: Verpfändung Nutzungsrecht (als Grundstück) erfasst PVA nicht

* oder ZGB 730 (Grunddienstbarkeit)

Grundsätze des «Sachenrechts»

Hinweis: Berner Grundbuch-Praxis (Auszug Berner Handbuch GB-Ämter)

Zum Vornherein **ausgeschlossen ist ein Baurecht bei allen integrierten Solarstromanlagen** (Bestandteil). Die Begründung eines Baurechtes für eine Fotovoltaikanlage auf einem Dach eines Gebäudes setzt kumulativ voraus [Anmerkung: selten!],

- dass es sich bei der Anlage nicht um eine Fahrnisbaute handelt;
- dass die Solarstromanlage als Ganzes bauliche und **wirtschaftlich-funktionale Eigenständigkeit genießt**:
Zur Anlage gehören nebst den Solarpanels auch weitere Teile wie Wechselrichter, die eine konstruktive Einheit bilden müssen;
- dass die Anlage in Bestand und Gebrauch vom übrigen Gebäude unabhängig ist, für die Anlage keine konstruktive Einheit mit dem Gebäude besteht, **es sich insbesondere um keine Indachmontage handelt**;
- dass die Anlage jederzeit ohne Zerstörung des übrigen Gebäudes entfernbar ist;
- dass zwischen den Parteien die nötigen Vereinbarungen festgelegt werden, um bei einer Entfernung der Solarstromanlage das Risiko einer Schädigung der Baute auszuschliessen, auf der die Anlage aufgebaut ist.

Grundsätze des «Sachenrechts»

Sicherungsmöglichkeiten (II)

- **Fahrnis (Ausnahme^{*}):**

Errichtung einer Photovoltaikdienstbarkeit (*Nutzungsrecht, ZGB 781^{**}*)

➔ Eigentum an Anlage bleibt beim **Dienstbarkeitsberechtigten**

Hinweis: Bei Ausgestaltung als selbstständiges und dauerndes Recht mit Eintragung im Grundbuch: Verpfändung möglich, wobei PVA selbst nicht von der Dienstbarkeit und damit auch nicht vom Pfandrecht erfasst

* direkt mit dem Boden verbundene Anlagen, wie freistehende Solaranlagen

** oder ZGB 730 (Grunddienstbarkeit)

Grundsätze des «Sachenrechts»

Sicherungsmöglichkeiten (III)

- **Dauerbaute (Ausnahme*):**

Errichtung eines **Baurechts** (Personal- oder Grunddienstbarkeit)

➔ Eigentum an Anlage bleibt beim **Dienstbarkeitsberechtigten**, oder

Errichtung einer Dienstbarkeit (*Nutzungsrecht, ZGB 781***)

➔ Eigentum an Anlage bleibt bei der **Grundeigentümerschaft**

* direkt **mit dem Boden verbundene Anlagen**, wie freistehende Solaranlagen; auf Dauer angelegt (nach der Absicht der Beteiligten und der Intensität der Verbindung)

** oder ZGB 730 (Grunddienstbarkeit)

Folgen aus der Eigentümerstellung?

- **Haftung** für Schäden (insb. Werkeigentum)
 - ➔ Vertragliche Regelungen und (Haftpflicht-)Versicherung
 - ➔ Gebäudeversicherung ? (Referat A. Ryf*)
- Konkurs der Grundeigentümerschaft bzw. des Contractors
 - ➔ PVA in Konkursmasse?
 - ➔ Was passiert mit der PVA und dem Contractingvertrag ?
Je nach Konstellation Verkauf der Anlage durch die Konkursverwaltung bzw. Übernahme des (im Grundbuch vorgemerkten) Contractingvertrags durch den Erwerber des Grundstücks (Gebäude)

* **Praxis GVB: PVA sind obligatorisch mit dem Gebäude zu versichern (auch im Contracting!)**

VERTRÄGE BEIM CONTRACTING

Verträge

- **Mustervertrag Swissolar:**
 - Der Mustervertrag beruht auf dem Ansatz: Die Anlage in Aufdachmontage zur Stromerzeugung qualifiziert als Fahrnis und verbleibt im **Eigentum des Contractors**
 - **Weitere Folgen (Exkurs):** Die Frage, wer Eigentümer der Solaranlage ist, hat auch Implikationen auf die anzuwendenden Bestimmungen und das anzuwendende Beschlussquorum in einer Stockwerkeigentümergeinschaft, wenn eine PVA installiert werden soll (dazu unten)

Verträge (II)

- **Dachnutzungsvertrag:**
 - Nutzungsrecht Contractor zum Bau und Betrieb (sowie Unterhalt) einer PV-Anlage
 - Allenfalls Festlegung eines Dach-Mietzinses
 - Zugänglichkeit und Unterhaltungspflichten, Dachsicherheit etc.
 - Allenfalls Vormerkung des Dachnutzungsvertrags im Grundbuch zur dinglichen Sicherung und / oder Eintragung einer Dienstbarkeit zG des Contractors (s.o.)

Verträge (III)

- **Stromliefervertrag:**

- Strombezugspflicht (Abnahmepflicht) der Grundeigentümer-schaft bzw. Stromlieferpflicht des Contractors
- ➔ Tipp aus der Praxis (mögliche Regelung):
 - Gemeinsame Festlegung der Dimensionierung der Anlage (Grösse/Leistung) und im Gegenzug
 - Pflicht der Contractingnehmer/in zur Abnahme des gesamten mit der PVA produzierten Solarstroms
 - Abnahmepflicht ist u.U. auch in Zusammenhang mit der Überschussproduktion relevant
- ➔ Es lohnt sich eine passende, vorausschauende und ausgeglichene Regelung!

Verträge (IV)

- **Stromliefervertrag (II) / Allgemeines:**
 - Strompreis (mit Teuerungsindex o. dergl.)
 - Restwerttabelle (für allfälligen Verkauf an die Grundeigentümerschaft)

BESTEuerung

Besteuerung

- **Steuerrecht folgt nicht unbedingt Sachenrecht!**
- **Bsp. Aufdachanlage* – Kanton Bern** (Auszug SteuerRevue 9/2023, s. hinten)

In zwei Entscheiden im Zusammenhang mit der Vermögenssteuer betreffend den Kanton Bern entschied das Bundesgericht (BGer 2C_510/2017 vom 16.9.2019 E. 8.2.): «Es kann und muss festgestellt werden, dass der Besteuerung einer Aufdach-Photovoltaik-Anlage als **bewegliches Vermögen keine bundesrechtliche Rechtsgrundlage entgegensteht.**»

Achtung: BGer nahm nur eine sog. «Willkürprüfung» vor!

* auf Stall / Scheune, wobei der Strom vollumfänglich in das öffentliche Netz eingespeist wurde

Besteuerung – Vermögen

→ Fazit:

- Die Kantone können somit additive PV-Anlagen **als Bestandteil** zusammen mit dem Gebäude oder als **bewegliches Vermögen** besteuern
- Bei der steuerrechtlichen Bewertung handelt es sich um eine wirtschaftliche Fragestellung, so dass sich der Gehalt der Bewertung nicht durch einen Rückgriff auf das Sachenrecht ergibt
- Es besteht keine bundesrechtliche Notwendigkeit, dass die Bewertung von PVA an die zivilrechtliche Qualifikation anknüpft

Besteuerung

- Falls PVA im Vermögen des Grundeigentümers:
 - U.U. höherer Wert der Liegenschaft (Vermögenswert), aber
 - Abzug der Investition als Unterhalt

Besteuerung

- **PVA im Eigentum des Grundeigentümers:**
 - ➔ Privatpersonen können die Investition in PV-Anlagen auf bestehenden Bauten als Liegenschaftsunterhalt in der Steuererklärung abziehen (sachlicher Bezug)
 - ➔ Bei Neubauten* dürfen die PV-Investitionskosten in den meisten Kantonen** nicht als laufender Liegenschaftsunterhalt abgezogen werden. Dafür können sie beim Verkauf der Liegenschaft als «wertvermehrende Investition» angerechnet werden. Damit fällt der Grundstücksgewinn tiefer aus, und es resultiert eine niedrigere Grundstückgewinnsteuer

* Seit BGE 149 II 27: Totalsanierung einer Liegenschaft nicht mehr einem Neubau gleichgestellt

** Ausnahme: Kantone Wallis bzw. Bern [ab Steuerperiode 2024]

Besteuerung – Einkommen

- Ertrag aus dem Verkauf von Solarstrom?
 - ➔ Unterscheidung Netto- und Bruttoprinzip (kantonal)
- Nettoprinzip: zu versteuernder Nettobetrag entspricht der Solarstromvergütung (Bsp. Zürich [neu])
- Bruttoprinzip: Kosten für Bezug der vom Eigentümer selbst benötigten Energie wird steuerlich als nicht abziehbare Lebenshaltungskosten qualifiziert, zu versteuernder Bruttobetrag der Einspeisevergütung wird ungekürzt als Ertrag besteuert (Bsp.: Bern – ab Steuerperiode 2024: Nettoprinzip)

Besteuerung

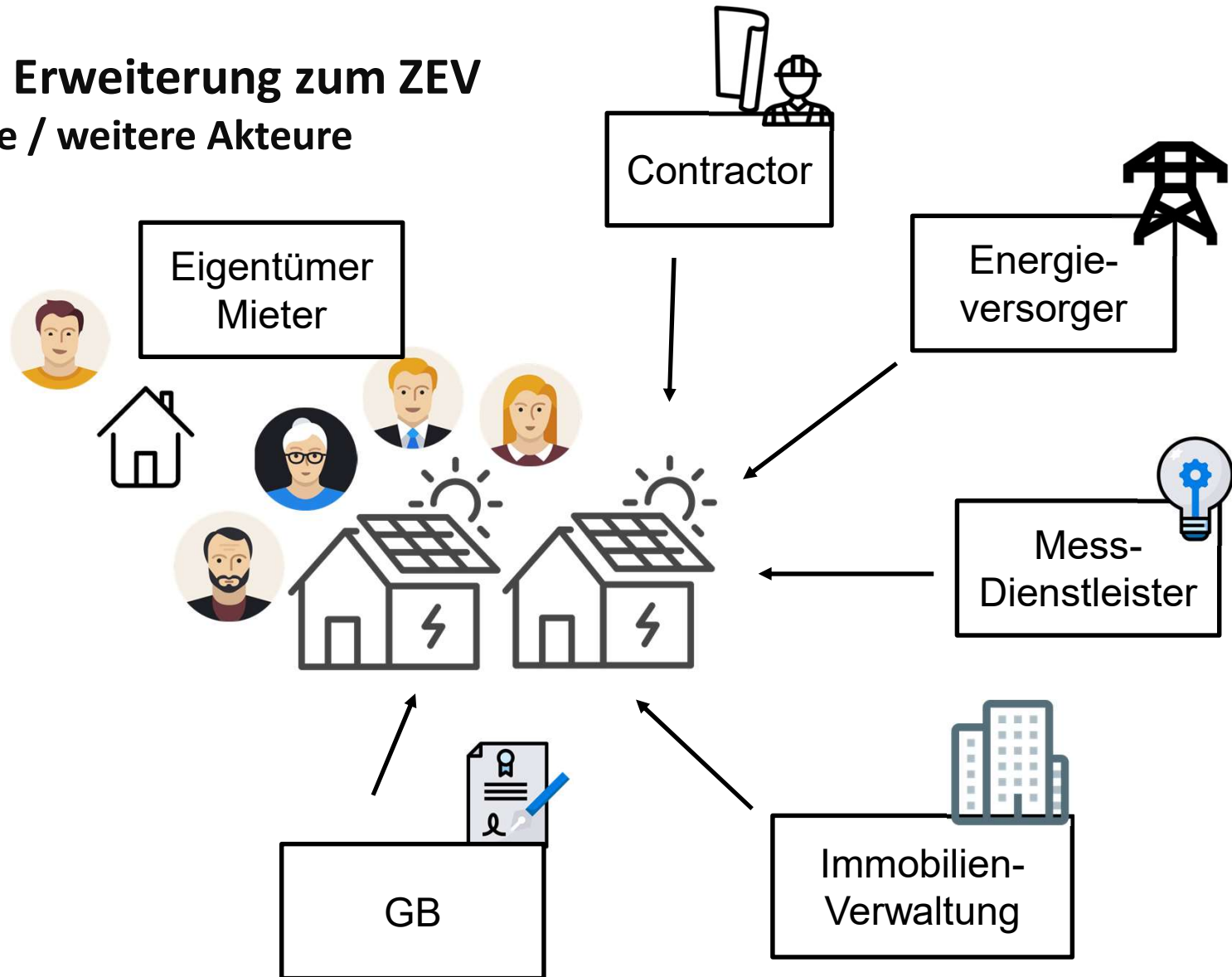
- Falls PVA wirtschaftlich **dem Contractor zuzurechnen:**
 - Kein höherer Vermögenswert beim Grundeigentümer, aber
 - Kein Abzug der Investition als Unterhalt
 - ➔ Contractor kann u.U. Dachnutzungsentschädigung und Betriebsaufwand vom Solarertrag in Abzug bringen
 - Weiterführende Infos: «Besteuerung von Solarstromanlagen» (BA für Energie)
 - SteuerRevue 9/2023 S. 612 ff. Besteuerung von Photovoltaikanlagen im Privatvermögen (Toni Hess, Leiter Rechtsdienst Kt. Steuerverwaltung GR)
 - Swissolar: Merkblatt Photovoltaik Nr. 9: Kantonale und eidg. Steuerpraxis

CHECKLISTE TECHNISCHES UND RECHTLICHES

Checkliste

- Dachzustand (Zeithorizont: nächste 25 Jahre)
- Tragfähigkeit
- Netzausbau
- Dachgrösse/Dimensionierung Anlage, Besonnung
- Anlagentyp und **Eigentumsverhältnisse / Sicherungsmöglichkeiten**
- **Haftung und Versicherung**
- Strom- und Eigenverbrauch, sowie allf. Fördergelder
- **Besteuerung**

Exkurs: Erweiterung zum ZEV Beteiligte / weitere Akteure



Beispiel Areal-ZEV mit Anlage-Contracting



Bild 1: Ein ZEV mit fünf Gebäuden auf fünf Grundstücken

[12] Beim gewählten Contractingmodell übernimmt der Contractor neben der Finanzierung der PV-Anlage auch die Planung, bauliche Umsetzung sowie den Betrieb und Unterhalt der Anlage für die Grundeigentümer. Zusätzlich entlastet ein professioneller Messdienstleister die Grundeigentümer (dazu unten Ziff. 5). Der Contractor verfügt in der Regel über höhere Kompetenzen und Volumeneffekte sowohl bei den Investitions- als auch bei den Betriebskosten. Als spezialisiertes Unternehmen erzielt er typischerweise auch höherer Erträge und somit wettbewerbsfähige Stromgestehungskosten, die dem Nutzer zugute kommen.

[13] Vertraglich wird dieses Contracting-Modell in einem Dachnutzungs- und Stromliefervertrag umgesetzt (vgl. dazu unten Ziff. 4.3.4). Da diese Form von Infrastrukturinvestition eine hohe Amortisationszeit benötigt, wurde eine typische Vertragsdauer von 25 Jahren vereinbart. Die Grundeigentümer haben das Recht, die Anlage danach zu übernehmen. Ein vorzeitiges Erwerbsrecht (zum Restwert) ist vereinbarungsgemäss frühestens zehn Jahre nach Inbetriebnahme möglich.

Areal-ZEV mit Anlage-Contracting

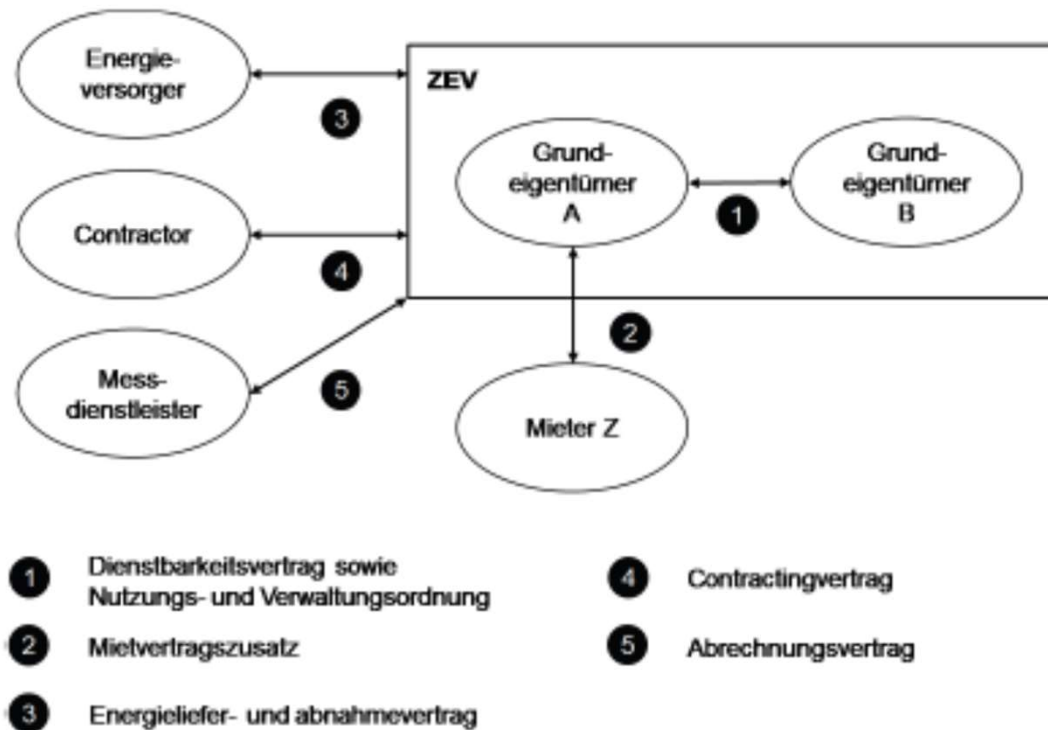


Bild 2: Rechtsbeziehungen in einem ZEV mit mehreren Grundeigentümern und Contractor

ZEV: Konstituierung / Regelungen

- Unter den Grundeigentümern:
 - Sicherung des Fortbestands der PVA auf dem Dach
 - (gegenseitiges) Nutzungsrecht der PVA
 - Reglement (Nutzungs- und Verwaltungsordnung ZEV, NVO)
 - Dingliche Sicherung mit einer Dienstbarkeit
 - Kaufvertrag, nach Bildung und bei Verkauf von Stockwerkeinheiten
- Anschluss der Mieter
 - Mietvertragszusatz

Exkurs – Quoren im StWE (keine gefestigte Praxis)

- Lösung mit Abschluss eines Dachmietvertrags (s. nachstehend):
 - ➔ idR eine «wichtige Verwaltungshandlung» iS ZGB 647b:
qualifiziertes Mehr reicht
 - ➔ Wird bei Vormerkung des Mietertrags im Grundbuch zT auch
als «Belastung der Sache» angesehen: einstimmiger Beschluss
- Oder Einbau einer Solaranlage = bauliche Massnahme:
 - ➔ gs eine «nützliche bauliche Massnahme» iS ZGB 647d:
qualifiziertes Mehr (oder gemäss NVO)
- Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrags:
 - ➔ einstimmiger Beschluss nach ZGB 648.2

Weiterführende links

- [Leitfaden zu Solar-Contracting](#)
- [Zusammenschluss zum Eigenverbrauch von Solarstrom \(Areal mit Contracting\)](#)
- [Leitfaden Eigenverbrauch energieschweiz](#)
- [Angemessene Verzinsung von Investitionen in Photovoltaikanlagen](#)
- [Analyse zur steuerrechtlichen Qualifikation von Investitionen in umweltschonende Technologien wie Photovoltaikanlagen – Aktualisierte Fassung vom 27. August 2020](#)
- [Besteuerung von Solarstromanlagen \(BA für Energie\)](#)

Exkurs: Datenschutz im ZEV

- Welches sind die zu schützenden Personendaten?
- Wo werden sie «gesammelt» bzw. bearbeitet?
- Vgl. Artikel ZEV-Lösungen vertraglich und datenschutzkonform regeln

Sophie Dorschner

Partnerin / Rechtsanwältin

Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht und Mediatorin SAV

Dozentin am Campus Sursee

KELLER Rechtsanwälte AG

Fraumünsterstrasse 17

Postfach 2669

8001 Zürich

s.dorschner@keller-law.ch

www.keller-law.ch

Diese Unterlagen sind ausschliesslich für dieses Referat von RAin Sophie Dorschner / KELLER Rechtsanwälte AG bestimmt. Die Weitergabe und Verwendung der Unterlagen sowie das Zitieren aus den Unterlagen zwecks Weitergabe an Dritte ist nur mit ihrer vorherigen Zustimmung gestattet.

Bei den Inhalten der Unterlagen handelt es sich um eine allgemein formulierte Hilfestellung unter Beachtung der Erfahrungen der Referentin ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Wer diese Hilfestellung zur Vorlage (in einem konkreten Fall) verwendet, ist für die Einhaltung der jeweils massgebenden Gesetzgebung und Praxis selbst verantwortlich.