

Finanzierungsleasing beim „Pacht- und Betriebsführungsmodell“: BaFin schafft vorläufig Klarheit

Categories : [Energie](#), [Erneuerbare Energien](#)

Tagged as : [BHKW](#), [Blockheizkraftwerk](#), [EEG](#), [Finanzdienstleister](#), [Finanzierungsleasing](#), [Genehmigungspflicht](#), [Kreditwesengesetz](#), [KWG](#), [Leasingnehmer](#), [Pacht- und Betriebsführungsmodell](#), [Pächter](#), [Personenidentität](#), [Photovoltaik-Anlage](#), [Preisgefahr](#), [Risiko](#), [Sachgefahr](#), [Verpachtung](#)

Date : 11. Mai 2015

Kann es sein, dass das Verpachten von Stromerzeugungsanlagen wie Blockheizkraftwerken (BHKW) und Photovoltaik-Anlagen Finanzierungsleasing und damit nach dem [Kreditwesengesetz](#) (KWG) **genehmigungspflichtig ist? Darüber wird zurzeit heiß diskutiert.**

Hintergrund ist, dass die [Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht \(BaFin\)](#), die das KWG administriert, kürzlich [in einem Fall diese Frage bejaht hat](#). Eine Rechtsanwaltskanzlei hatte für einen ihrer Mandanten Vertragsentwürfe an die BaFin übersandt und um Bestätigung der Genehmigungsfreiheit des zugrundeliegenden Vertragsmodells gebeten. Dies hatte die BaFin abgelehnt und festgestellt, dass es sich bei dem Vertragsmodell um ein genehmigungspflichtiges Finanzierungsleasing handele.

Wir können nun über eine erfreuliche schriftliche Entscheidung der BaFin berichten: In einer von uns betreuten Anfrage, in welcher es um die Verpachtung eines BHKW ging, hat die BaFin die von uns vorgelegten Vertragstexte geprüft und festgestellt, dass ein genehmigungspflichtiges **Finanzierungsleasing NICHT vorliegt**.

Was hat das KWG mit der Energiewirtschaft zu tun?

Wer **Eigenversorgung** im Sinne des [Erneuerbaren-Energien-Gesetzes](#) (EEG) betreibt, muss seit dem **EEG 2014** u.a. **Personenidentität** zwischen dem Stromerzeuger und dem Stromverwender nachweisen. Da es nach ganz überwiegender Auffassung der Erzeuger nicht unbedingt Eigentümer der Stromerzeugungsanlage sein muss, haben sich in der Praxis unter anderem sogenannten „Pacht- und Betriebsführungsmodelle“ durchgesetzt.

Darin ist vorgesehen, dass die **wirtschaftlichen Risiken** der Erzeugung auf den oder die Letztverbraucher übergehen, die zugleich Pächter und energiewirtschaftliche Betreiber werden. In Abgrenzung zur energiewirtschaftlichen Risiko- und Betreiberstellung werden die Betriebsführungsaufgaben dann häufig auf den Verpächter oder auch einen Dritten übertragen. Zu den vom Pächter zu übernehmenden Risiken gehören im Regelfall die der Brennstoffbeschaffung, des Anlagenausfalls sowie der Vermarktung des selbst erzeugten Stroms. Eine Eigenversorgung nach dem EEG lässt sich umso rechtssicherer abbilden, je mehr wirtschaftliche Risiken auf den Letztverbraucher als Pächter und energiewirtschaftlichen Betreiber übertragen werden.

Im gleichen Maß steigt aber umgekehrt die Gefahr, dass dann der Verpächter als Finanzdienstleister im Sinne des KWG einzustufen ist. Wer als Verpächter neben der Anlagenfinanzierung keine eigenen wirtschaftlichen Risiken trägt, kann den Tatbestand des Finanzierungsleasings gemäß [§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG](#) erfüllen. [§ 32 Abs. 1 KWG](#) bestimmt nun, dass **Finanzdienstleistungen** nur nach vorheriger Genehmigung durch die BaFin erbracht werden dürfen. Wer ohne eine solche Erlaubnis Finanzdienstleistungen erbringt, macht sich unter Umständen gemäß

[§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG](#) strafbar.

Energieversorgungsunternehmen, die eine Erlaubnis der BaFin haben, sind sehr rar – und im Regelfall sind diese Erlaubnisse auf die Zwecke des (finanziellen) Energiehandels beschränkt. Es besteht hier also ein erhebliches Risiko, wenn man seinen Kunden Pacht- und Betriebsführungsmodelle anbieten möchte. Dazu kommt, dass es bislang kaum belastbare Abgrenzungskriterien gab, nach denen ein genehmigungspflichtiges Finanzierungsleasing rechtssicher von einem „genehmigungsfreien“ Pacht- und Betriebsführungskonzept abgegrenzt werden konnte. Das vom BaFin selbst im Jahre 2009 veröffentlichte [Merkblatt](#) (welches auch heute noch gültig ist) enthielt hierzu nur wenig Handfestes, was auf Pacht- und Betriebsführungskonstellationen in der Energiewirtschaft übertragbar ist.

Die Entscheidung der BaFin im Einzelnen

Die schriftliche Entscheidung der BaFin liegt jetzt vor. Danach ist kein Finanzierungsleasing im Sinne des KWG gegeben, wenn die **Gefahr des zufälligen Untergangs, Verlusts, der Zerstörung oder der Beschädigung der Anlage** (im Folgenden auch verkürzt als „Risiko des zufälligen Untergangs“ bezeichnet) vollständig beim Verpächter verbleibt. Nach Auffassung der BaFin wird nämlich in diesem Fall das Investitionsrisiko nicht vollständig auf den Pächter übertragen, so dass der Verpächter einen Teil der sog. Sach- und Preisgefahr behält. Charakteristisch und für die Annahme eines Finanzierungsleasings im Sinne des KWG zwingend ist aber nach Auffassung der BaFin, dass diese sog. Sach- und Preisgefahr vollständig auf den Pächter/Leasingnehmer übertragen wird.

Sofern diese zumindest teilweise beim Verpächter verbleibt, ist nach Auffassung der BaFin selbst die Vereinbarung einer Vollamortisation unschädlich. Die vom Pächter zu zahlende Pacht kann in diesem Fall also so bestimmt werden, dass die Investitionskosten des Verpächters nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Grundlaufzeit bereits vollständig amortisiert sind. Welche Laufzeit vereinbart wurde, ist nicht mehr entscheidend, wenn das Risiko des zufälligen Untergangs beim Verpächter verbleibt. Anhand dieser Abgrenzungskriterien wurden die von uns vorgelegten Vertragstexte von der BaFin bewertet.

Was bedeutet das konkret?

Sollte das Risiko des zufälligen Anlagenuntergangs auf den Pächter verlagert und zusätzlich eine Vollamortisation vereinbart worden sein, besteht **akuter Handlungsbedarf**.

In einem **ersten Schritt** sollten die verwendeten Verträge aus rechtlicher Sicht darauf hin überprüft werden, ob ein Finanzierungsleasing im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG tatsächlich angenommen werden kann. Je nachdem, was diese Prüfung ergibt, wäre in einem **zweiten Schritt** ggf. das Gespräch mit der BaFin zu suchen.

Ansprechpartner: [Dr. Martin Riedel/Dr. Martin Altrock/Ulf Jacobshagen/Dr. Markus J. Kachel](#)

PS: Sie interessieren sich für diesen Thema, dann schauen Sie gern [hier](#).