

THEMA

## Zur Laufzeit von Betriebsführungsverträgen

Gleichlauf mit dem BHKW-Pachtvertrag?

**Im Pachtmodell für BHKW wird neben dem Pachtvertrag vielfach ein gesonderter Betriebsführungsvertrag abgeschlossen. In der Praxis herrscht oftmals Unklarheit darüber, welche Laufzeit ein solcher Betriebsführungsvertrag haben darf.**

Beim Pachtmodell errichtet ein Energiedienstleister ein BHKW auf dem Grundstück des Kunden und verpachtet anschließend die Anlage an den Kunden, damit dieser eine Eigenversorgung mit Strom und Wärme sicherstellen kann. Anders als im klassischen Contracting-Modell ist es beim Pachtmodell nicht der Energiedienstleister, sondern der Kunde, der die tatsächliche Sachherrschaft über das BHKW ausübt und die Chancen und Risiken des Anlagenbetriebes trägt.

Ziel des Pachtmodells ist es im Regelfall, eine EEG-Eigenversorgung abzubilden und damit die EEG-Umlage zu reduzieren. Neben dem Pachtvertrag wird vielfach ein Betriebsführungsvertrag abgeschlossen, durch den der Energiedienstleister die technische und ggf. kaufmännische Betriebsführung des BHKW übernimmt. In der Praxis herrscht aber oftmals Unklarheit darüber, welche Laufzeit ein solcher Betriebsführungsvertrag haben darf.

Wir wollten von ausgewählten Experten wissen, welche Laufzeit sie für Betriebsführungsverträge empfehlen und welche Risiken bei der Wahl einer falschen Vertragslaufzeit bestehen.

Dr. Andreas Klemm  
Herausgeber CuR Contracting und Recht



MEINUNGEN

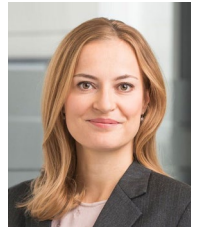
**Dr. Nils Graßmann**  
Boos Hummel & Wegerich



In einem solide ausgestalteten Pachtmodell wird der Betriebsführungsvertrag eine möglichst kurze Laufzeit haben, während der Pachtvertrag möglichst lang laufen sollte – auch wenn viele Mandanten verständlicher Weise im ersten Zugriff einen anderen Wunsch haben. Dagegen erhöhen ein zeitlicher Gleichlauf des Betriebsführungsvertrags mit dem Pachtvertrag oder eine wechselseitige Abhängigkeit von Pacht- und Betriebsführungsvertrag das Risiko, dass der Pächter nicht als Betreiber des BHKW anerkannt wird.

Die Ausgestaltung der Verträge im Pachtmodell sollte dem Pächter eine Stellung verschaffen, die so weit wie möglich der eines Eigentümers entspricht, der die Anlage selbst betreibt. Ein Eigentümer wird bestrebt sein, den Betriebsführer kurzfristig austauschen zu können, wenn er mit den Leistungen nicht zufrieden ist, und keine Verknüpfung zwischen eigenem Anlagennutzungsrecht und Betriebsführung akzeptieren. Eine andere Frage ist, ob eine lange Laufzeit des Pachtvertrags für die Betreiberstellung überhaupt relevant ist.

**Dr. Sandra Flemming**  
Ernst & Young Law



Zentrale Voraussetzung einer EEG-Eigenversorgung ist, dass der Pächter sowohl Anlagenbetreiber als auch Stromletzterverbraucher ist. Maßgeblich dafür sind die kumulativ zu erfüllenden Betreiberkriterien. Für die Betreiberstellung ist Eigentum nicht erforderlich. Auch ist es unschädlich, bestimmte Pflichten an Dritte zu delegieren. Ist jedoch der Verpächter des BHKW zugleich mit der technischen und ggf. kaufmännischen Betriebsführung betraut, ist für die Betreiberstellung die vertragliche Ausgestaltung als Ganzes entscheidend, die sich natürlich auch in der gelebten Praxis widerspiegeln muss (z. B. Zutrittsbeschränkungen zum Grundstück/BHKW für den Betriebsführer).

Die Laufzeit des Betriebsführungsvertrags allein ist also nicht ausschlaggebend, dennoch empfiehlt sich kein Gleichlauf mit dem Pachtvertrag: Je kürzer, desto besser! Wichtig sind in dem Zusammenhang auch Sonderkündigungsrechte, mit denen der Pächter seine Betreiberstellung gegenüber dem Betriebsführer erforderlichenfalls durchsetzen kann.

**Dr. Florian-A. Wesche**  
Deloitte Legal



Für die Bestimmung der Vertragslaufzeit verbietet sich eine schematische Lösung. Elementar für die Laufzeit ist zunächst die dem Projekt zu Grunde liegende Wirtschaftlichkeit. Erzielt etwa der Contractor den Großteil seiner Marge aus dem Betriebsführungsvertrag, wäre ein Gleichlauf mit der Laufzeit des Pachtvertrags naheliegend.

In diesem Szenario kumulieren allerdings mehrere rechtliche Determinanten, die den Contractor in ein Dilemma führen: AGB-rechtlich ist die Vereinbarung einer mehr als zweijährigen Laufzeit nicht unproblematisch; zur Vermeidung einer Diskussion über ein erlaubnispflichtiges gewerbliches Finanzierungsleasing sollte die Vertragslaufzeit vom Pachtvertrag entkoppelt sein; zur Erhaltung des Eigenversorgungsprivilegs des Contractingnehmers sollte der Betriebsführungsvertrag keinen Anlass bieten, die Betreiberstellung des Contractingnehmers infrage zu stellen, was auch für eine Entkopplung der Laufzeit des Betriebsführungsvertrages von der Laufzeit des Pachtvertrags spricht.

**Maximilian Töllner**  
KPMG Law



Bei Dauerschuldverhältnissen mit natürlichen Personen ist gemäß AGB-Recht eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren mit Verlängerungsoption von einem Jahr üblich und zulässig, § 309 Nr. 9 a, b BGB. Im unternehmerischen Verkehr dagegen unterliegen Laufzeit- und Verlängerungsklauseln der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB; § 309 Nr. 9 BGB kommt gerade keine Indizwirkung zu (§ 310 Abs. 1 BGB).

Ob eine langjährige Laufzeitklausel den Vertragspartner unangemessen in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt, ist anhand einer umfassenden Abwägung der Parteiinteressen im Einzelfall festzustellen. Dabei ist seitens des Klauselverwenders die Amortisation der von ihm aufgewendeten Entwicklungs-, Investitions- oder Vorhaltekosten sowie ein beiderseitiges Interesse an einer langfristigen Vertragsbindung zu berücksichtigen. Im Zusammenspiel beider Komponenten ist nach BGH der Summierungseffekt aus Vertragslaufzeit und Verlängerungsoption zu beachten.

**Uwe Rühling**  
RÜHLING Anwälte



Bei Verbrauchern ist die Frage eindeutig zu beantworten, § 309 Nr. 9 BGB ist der Prüfungsmaßstab. Im unternehmerischen Bereich sehe ich eine solche zwingende Vorgabe nicht. Ich empfehle zwei Jahre als Erstlaufzeit schon aus pragmatischen Gründen nicht zu überschreiten, weil nur so eine zuverlässige Nachjustierung auf die Erfordernisse des Anlagenbetreibers rechtlich durchsetzbar ist.

Aber schon die Suche nach Anbietern einer Laufzeit von unter fünf Jahren ist schwierig. Sollte es überhaupt eine Ausschreibung nach vergaberechtlichen Vorgaben geben, ist ein separates Angebot zur Betriebsführung neben den Leistungen Planung, Anschaffung und Errichtung einer KWK-Anlage kaum zu erwarten. Angebote geben in der Regel Hersteller oder deren Vertriebspartnern ab. Es liegt nahe, Instandhaltungs- und Betriebsführungsverträge auch dazu zu nutzen, Probleme der Gewährleistung zu überbrücken. Die dabei ggf. anfallenden Kosten bei separater Beauftragung, kann ein Betriebsführer schwerlich darstellen.

**Dr. Karsten Klotz**  
Gronvald Rechtsanwälte



In der Praxis kommt es häufig vor, dass der Kunde eine lange Laufzeit des Betriebsführungsvertrages ausdrücklich wünscht. Zwischen Pachtvertrag und Betriebsführungsvertrag soll ein zeitlicher Gleichlauf bestehen. Das dürfte damit zusammenhängen, dass der Kunde zumeist über kein eigenes Know-how bzgl. des Betriebs eines BHKW verfügt und befürchtet, vom Energiedienstleister nach kurzer Zeit im Regen stehen gelassen zu werden.

Dennoch raten wir von einem Gleichlauf beider Verträge ab und empfehlen eine kurze Laufzeit des Betriebsführungsvertrages. Grund hierfür sind nicht primär die Laufzeitbeschränkungen aus dem AGB-Recht. Über diese könnte man durch eine Individualvereinbarung hinwegkommen. Maßgebend sind vielmehr Aspekte der EEG-Eigenversorgung. Das Pachtmodell wird durch einen Gleichlauf angreifbarer. Die Laufzeit des Betriebsführungsvertrages muss übrigens nicht zwingend nach Jahren bemessen werden. Möglich ist auch eine Laufzeit nach Betriebsstunden.