

Messeausgabe 2008

Spanien: Projektfinanzierung – Errichtung eines Solarkraftwerkes

Antonio Jiménez Abraham und Daniel Cano Theis

Strom aus regenerativen Quellen zu erzeugen, gewinnt in Spanien an Bedeutung. Dieses Potenzial haben inländische wie internationale Entwickler entsprechender Anlagen erkannt. Da sie ihre Projekte vorzugsweise mit bekannten, heimischen Bankpartnern finanzieren, beschäftigen sich zunehmend auch deutsche Banken mit Solar- und Windkraftanlagen in Spanien. Zwar sind die in Deutschland üblichen Rechtsfiguren zur Sicherung derartiger Projekte in Spanien nicht direkt anwendbar, doch zeigen die Autoren, dass es durchaus äquivalente Lösungen mit vergleichbaren Effekten gibt. (Red.)

Bei der Finanzierung von Projekten zu Planung, Bau und Betrieb von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien bedienen sich ausländische Investoren in Spanien regelmäßig der nationalen Banken ihrer Herkunftsländer. Nicht ungewöhnlich ist es hierbei, dass der projektfinanzierende Darlehensvertrag dem Recht des Herkunftslandes der Bank unterworfen wird, wohingegen das auf die Sicherheitenbestellung anwendbare Recht zwingend dasjenige des Projektortes ist; bei Projekten in Spanien folglich das spanische materielle Recht.

In diesem Zusammenhang gewinnen rechtlich-kulturelle Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtssystemen – dem des Herkunftslandes der finanzierenden Bank und dem des Projektortes – besondere Bedeutung, als dass Sicherheiteninstitute in einem Land existieren, während sie im anderen Land nicht anerkannt sind und umgekehrt. Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, welche Möglichkeiten der Sicherheitenbestellung in Spanien einer deutschen Bank zur Verfügung stehen, die ein dort gelegenes Projekt finanziert.

Mögliche Sicherungsgegenstände und Konstellationen

Bei der Projektfinanzierung konzentrieren sich die Sicherheiten prinzipiell auf drei Rechtspositionen: die Rechte am Grundstück, an den industriellen Komponenten und an der vom Stromversorger bezahlten Vergütung. Daneben werden im Einzelfall weitere Sicherheiten vereinbart, beispielsweise die Mithaftung der Gesellschafter der Projektfirmen, die Pfändung von Gesellschaftsanteilen, um einige Beispiele zu nennen.

Hierbei sind aber zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. Zum einen, der Eigentümer der Anlage zur Erzeugung der erneuerbaren Energien ist gleichzeitig Eigentümer des Grundstückes, auf dem die Anlage errichtet ist. Zum anderen, Eigentümer der Anlage und des Grundstückes sind verschieden.

Diese Art der Sicherungsrechte ist von Bedeutung, wenn sich der Eigentümer der Anlage und des Grundstückes unterscheiden. Die Sicherung grundstücksbezogener Rechte erfolgt im deutschen Rechtskreis grundsätzlich im Wege der Abtretung der Ansprüche aus den Mietbeziehungsweise Pachtverträgen oder der Vereinbarung eines Eintrittsrechts in diese Verträge.

In Spanien hingegen ist die Übertragung von Forderungen und Rechten zu Sicherungszwecken, das heißt die Sicherungsabtretung als solche, nicht anerkannt. Wie der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist eine derartige Abtretung aber als Pfändung zu verstehen.¹⁾ Hintergrund ist, dass im spanischen Recht in Ermangelung des Abstraktionsprinzips die Abtretung einer Forderung kein Verfügungsgeschäft darstellt, dem eine schuldrechtliche Abrede zugrunde liegt. Der Zessionar wird dauerhaft Inhaber der Forderung.

Die Autoren

Antonio Jiménez Abraham und **Daniel Cano Theis** sind Rechtsanwältin in der Kanzlei Monereo Meyer Marinel-Io Abogados mit Büros in Madrid, Barcelona, Palma de Mallorca und Berlin.

Als Sicherungsmöglichkeit kann aber auf der einen Seite ein Vertragseintritt, nach deutschem Recht zu verstehen als Vertragsübernahme, vereinbart werden. Die Wirksamkeit dieser Vereinbarung wird zum Eintritt des Sicherheitsfalles, das heißt der Nichterfüllung des Finanzierungsvertrages, aufschiebend bedingt. Ferner, dieses Vertragseintrittsrecht ist abtretbar, da die finanzierende Bank regelmäßig kein Interesse daran haben wird, selber Partei des Miet- oder Pachtvertrages zu werden.

Auf der anderen Seite besteht zusätzlich die Möglichkeit ein Erbbaurecht an dem Grundstück zugunsten der Bank im Grundbuch eintragen zu lassen. Das Erbbaurecht ist zeitlich begrenzt, hat im Gegensatz zum Vertragseintritt aber den Vorteil, dass es mit der Eintragung drittschützenden Charakter hat. Das Erbbaurecht kann darüber hinaus zugunsten der finanzierenden Bank mit einer Hypothek²⁾ belastet werden.

Bei der Fallkonstellation, dass der Eigentümer der Anlage und des Grundstückes derselbe ist, bietet sich die Möglichkeit an, an dem Grundstück eine Hypothek zu bestellen und diese auf die sich auf dem Grundstück befindlichen Sachen, wie die Anlage, gemäß der Artikel 109 ff. des spanischen Hypothekengesetzes auszudehnen.

Rechte an industriellen Komponenten der Anlage

Komplizierter stellt sich indes die Sachlage hinsichtlich der industriellen Komponenten der Anlage dar. Nach deutschem Recht würde die Absicherung üblicherweise durch die sogenannte Sicherungsübereignung erfolgen. Wiederum sehen wir uns mit einer Rechtsfigur konfrontiert, die als solche im spanischen Recht nicht anerkannt ist. Eine Übereignung zu Sicherungszwecken wird als dauerhafte Übereignung angesehen, die im vorhergehenden Absatz dargelegten Grundsätze zur Sicherungsabtretung finden gleichsam auf die Sicherungsübereignung Anwendung.

Das spanische Rechtssystem bietet hierfür als vergleichbare Rechtsfigur die Mobiliarhypothek, ein Rechtsinstitut, das dem deutschen Recht nicht bekannt ist. Die Mobiliarhypothek wurde erstmals 1954 durch das „Gesetz über die Mobiliarhypothek und die besitzlosen Pfandrechte“ geregelt. Diese Art der Sicherheit – im gewissen Sinne dem Pfandrecht vergleichbar – entstand, damit hochwer-

tige bewegliche Sachen (ursprünglich für Schiffe, Flugzeuge und Industriemaschinen gedacht) auch als Sicherheit dienen und zugleich in Eigentum und Besitz des Schuldners verbleiben können.

Sicherungsgegenstände der Mobiliarhypothek können nur die Hauptforderung des Finanzierungsvertrages (regelmäßig des Darlehensvertrages) und die in einem Zeitraum von bis zu zwei Jahren darauf anfallenden Zinsen sein. Sie wird durch öffentliche Urkunde bestellt und ist in einem eigens hierfür geschaffenen öffentlichen Register, das bei dem Handelsregister der jeweiligen Provinz geführt wird, einzutragen. Ohne entsprechende Eintragung kann der Mobiliarhypothekengläubiger nicht über seine gesetzlichen Rechte verfügen. Insbesondere muss ein Dritter die Hypothek mangels Eintragung nicht gegen sich gelten lassen und kann gutgläubig lastenfrei Eigentum an den Sachen, über die die Mobiliarhypothek bestellt wurde, erwerben.

Ferner räumt das Gesetz die Möglichkeit ein, eine Gruppe von Maschinen mit einer einzelnen Gesamtmobiliarhypothek zu belasten. In der notariellen Bestellsurkunde ist der Ort, an dem sich die zu belastenden Maschinen befinden, gemäß den Eigentumsregisterdaten des entsprechenden Grundstücks genau zu bestimmen. Dem Schuldner der Mobiliarhypothek ist es untersagt, die Sachen ohne Einverständnis des Gläubigers zu veräußern oder diese vom Grundstück zu entfernen.

Ferner ist der Hypothekenschuldner gegenüber dem Hypothekengläubiger verpflichtet, die Sachen in einem guten Zustand zu erhalten. Der Hypothekengläubiger hat gegenüber jeglichen anderen Gläubigern ein Vorrecht an den belasteten Sachen, einschließlich im Falle der Insolvenz des Schuldners. Die Vollstreckung dieser Hypothekenart ist mit den Vorschriften über die Hypothekenvollstreckung an unbeweglichen Sachen vergleichbar. Ebenso sieht das Gesetz die Möglichkeit der Einleitung der Versteigerung der hypothekarisch belasteten beweglichen Sachen vor einem Notar vor.

Sicherung der Vergütung für eingespeisten Öko-Strom

Die Sicherung der vom öffentlichen Stromversorger für die eingespeiste Energie zu leistenden Vergütung erfolgt nach deutschem Recht üblicherweise im Wege der Sicherheitsabtretung der

Rechte aus dem Einspeisevertrag. Da wie dargestellt, das Rechtsinstitut der Sicherheitsabtretung in Spanien nicht anerkannt ist, bedient man sich in Fällen der Ermangelung der Grundstücksbezogenheit wie bei den Miet- und Pachtverträgen daher der Pfändung der Forderung.

Die Forderungspfändung ist im spanischen Zivilgesetzbuch (Código Civil) nicht direkt geregelt. Die Vorschriften zur Pfändung beweglicher Sachen in den Art. 1857 ff. und 1863 ff. des Código Civil finden nach der obersten Rechtsprechung jedoch analoge Anwendung.³⁾ Der Gesetzgeber hat dieses Rechtsinstitut bei der Fassung des spanischen Insolvenzgesetzes im Jahre 2003 ausdrücklich anerkannt, als dass darin auf die Forderungspfändung Bezug genommen wird.

Pfandrecht an Forderungen aus der Stromeinspeisung

Das Pfandrecht ist mittels einer notariellen Urkunde zu bestellen. Gerät der Darlehensschuldner mit der Leistung in Verzug, kann der Pfandrechtsgläubiger die Versteigerung der Pfandsache einleiten, um sich aus dem Versteigerungserlös zu befriedigen. Nach zwei Versteigerungsterminen, zu denen kein Bieter erschienen ist, kann sich der Pfandrechtsgläubiger die Sache zu Eigentum machen, indem er auf die gesicherte Forderung verzichtet. Einige Besonderheiten hat die spanische höchstrichterliche Rechtsprechung definiert: Unter anderem ist der Schuldner der gepfändeten Forderung von dem die Pfandrechtsbestellung beurkundenden Notar per öffentlicher Zustellung über die Pfändung zu unterrichten, da mangels Körperlichkeit der Forderung der Verlust der Verfügungsbefugnis dem Forderungsschuldner gegenüber anzuzeigen ist.

Um eine effektive und unmittelbare Befriedigung aus einem Pfandrecht an Forderungen aus einem Stromeinspeisevertrag zu gewährleisten, verpflichtet sich der Pfandrechtsbesteller im Regelfall dazu, ein Sonderkonto für die an ihn geleisteten Zahlungen seitens des Stromversorgers einzurichten, welches dann ebenfalls durch die finanzierende Bank gepfändet wird. Auf diese Weise kann die Bank zur Befriedigung aus den gepfändeten Forderungen gegenüber dem Stromversorger unmittelbar auf die entsprechenden, auf das Sonderkonto eingegangenen Gelder zugreifen.

Eine Alternative zur Sicherung der vom öffentlichen Stromversorger für die ein-

gespeiste Energie zu leistenden Vergütung wurde im vergangenen Jahr durch den spanischen Gesetzgeber geschaffen. Nunmehr können auch Forderungen Gegenstand eines Pfandrechtes gemäß des „Gesetzes über die Mobiliarhypothek und die besitzlosen Pfandrechte“ sein.

Eine derartige Bestellung eines einzutragenden Pfandrechtes an einer Forderung hat in öffentlicher Urkunde zu geschehen. Die Einschreibung des Pfandrechtes in das Register ist aber im Gegensatz zur Mobiliarhypothek nicht konstitutiv, sondern nur Wirksamkeitsvoraussetzung, damit der Pfandrechtsgläubiger seine gesetzlichen Rechte ausüben kann. Diese unterscheiden sich aber von denen der Mobiliarhypothek, wie auch von denen des herkömmlichen Pfandrechtes.

Dem Pfandrechtsgläubiger stehen nicht die gesetzlichen Schutzansprüche des Pfandrechtes zu (derecho de repersecutoriedad). Darüber hinaus kann der Pfandrechtsgläubiger die Eintragung des Pfandrechtes Dritten gegenüber nicht einwenden, da im Falle des besitzlosen Pfandrechtes die Eintragung an sich keinen Drittschutz bewirkt, womit ein gutgläubiger Dritter die gepfändete Forderung trotz Eintragung lastenfrei erwerben kann. In diesem Zusammenhang ist auf den Umstand hinzuweisen, dass das Register für besitzlose Pfandrechte nur ein Register über Lasten und Belastungen ist, nicht aber über die Inhaberschaft an den Forderungen. Im Falle der Vollstreckung richtet sich diese nach den gesetzlichen Vorschriften der Mobiliarhypothek respektive der subsidiär anwendbaren Vorschriften des Hypothekengesetzes.

Vergleich der beiden Rechtsinstitute der Forderungspfändung⁴⁾

Bei der Gegenüberstellung der beiden Pfandrechte ist zunächst festzustellen, dass im Verhältnis untereinander dasjenige Pfandrecht vorrangig ist, dessen notarielle Urkunde früher erteilt wurde. Der Zeitpunkt der Eintragung des Pfandrechtes in das Register ist hierbei nicht relevant.

Vergleicht man die Pfandrechte an sich – die wirksame Bestellung in notarieller Urkunde vorausgesetzt und im Falle des Pfandrechtes gemäß dem „Gesetz über die Mobiliarhypothek und die besitzlosen Pfandrechte“ die Vornahme der Eintragung – hat nur das herkömmliche Pfandrecht Drittschutz. Die Eintragung in das Register bewirkt hingegen keinen

Drittschutz. Insofern kann ein Dritter in Ermangelung der Verpflichtung das Register einzusehen, gutgläubig eine Forderung erwerben, die mit einem eingetragenen Pfandrecht beschwert ist.

Weiterhin fällt für die Pfandrechtsbestellung im Rahmen des Gesetzes über die Mobiliarhypothek und die besitzlosen Pfandrechte die Stempelsteuer in Höhe von einem Prozent über die gepfändete Forderung an, da es sich bei der Bestellungsurkunde um eine im Register eintragungsfähige Urkunde handelt. Im Falle einer herkömmlichen Pfändung fällt diese Steuer nicht an.

Ferner ist bei der einzutragenden Pfändung zu beachten, dass die Schwierigkeit besteht, welches Register für die Eintragung zuständig ist. Der Gesetzgeber hat dies nicht näher geregelt. Die Bestimmung der Registerzuständigkeit könnte sich nach dem Leistungsort für die gepfändete Forderung bestimmen, eindeutig ist dies aber nicht. Gleiches gilt für die gerichtliche Zuständigkeit, für die ebenfalls ein klarer Anknüpfungspunkt fehlt. Insofern besteht als Folge auch die Schwierigkeit festzustellen, ob die zu pfändende Forderung bereits möglicherweise durch eine Eintragung in einem anderen Register durch ein eingetragenes Pfandrecht beschwert wurde.

Hinzu kommt, dass hierzu bis dato noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen ist. Im Gegenzug ist die herkömmliche Pfändung seit dem Jahre 1997 höchstrichterlich in ständiger Rechtsprechung auch im Hinblick auf die Art und Weise der Vollstreckung anerkannt. Insofern ist die herkömmliche Forderungspfändung zu bevorzugen.

Die im deutschen Rechtsverkehr üblichen Rechtsfiguren zur Sicherung derartiger Projektfinanzierungen sind zwar in Spanien nicht direkt anwendbar. Es existieren aber durchaus alternative Lösungen, welche die in diesem Beitrag behandelten ausländischen Rechtsfiguren gegebenenfalls problemlos ersetzen können und letztlich den gleichen Effekt haben.

Fußnoten

¹⁾ Zum Beispiel Urteil des Obersten Gerichtshofes (Tribunal Supremo) vom 28. Dezember 1938.

²⁾ Weiterführend zur spanischen Hypothek, Meyer, Darlehen in Deutschland – Hypothek in Spanien in ZfIR 2000, S. 431.

³⁾ Zum Beispiel Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 19. April 1997.

⁴⁾ Vertiefend: Gutachten der Fachabteilung für die Registerrichter und Notare im Justizministerium vom 25. März 2008 (Dirección General de los Registros y del Notariado). 