

## Rechtsgutachten

An: Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie  
Herr Direktor und Professor Christian Dahlke  
Frau Carolin Abromeit

Von: Kersten Wagner-Cardenal  
Dr. Beate Treibmann  
Dr. Christian Kahle, LL.M.

Datum: 8. Februar 2011

### Rechtsgutachten zu der Anordnung von Sicherheitsleistungen für Offshore-Windenergieanlagen

**Inhaltsverzeichnis:**

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>8</b>
<b>A. Sachverhalt und Fragestellung .....</b>	<b>9</b>
<b>B. Ergebnis .....</b>	<b>10</b>
<b>I. Aktuelle Betreibervorschläge .....</b>	<b>10</b>
1. Trianel.....	10
2. [ ].....	11
<b>II. „Ob“ der Sicherheitsleistung .....</b>	<b>11</b>
<b>III. „Wie“ der Sicherheitsleistung .....</b>	<b>12</b>
<b>IV. Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Großbritannien.....</b>	<b>15</b>
<b>V. Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Dänemark.....</b>	<b>17</b>
<b>C. Rechtliche Würdigung.....</b>	<b>18</b>
<b>I. „Ob“ der Sicherheitsleistung .....</b>	<b>19</b>
1. Wortlaut - Ermessen .....	19
2. Einräumung eines Beurteilungsspielraums.....	19
3. „Ob“ (Entschließungsermessen).....	20
a) Entstehungsgeschichte .....	20
b) Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung.....	21
aa) Sicherstellung der Rückbaupflicht.....	21
bb) Kostentragung im Falle der Zahlungsunfähigkeit.....	21
cc) Zwischenergebnis .....	22
c) Prognoseverfahren .....	23
aa) Grad der Wahrscheinlichkeit der Insolvenz.....	23
bb) Weitere Gesichtspunkte für das Prognoseverfahren .....	25

4.	Bewertung der Beurteilungsgrundlage .....	25
a)	Rückbaupflicht.....	25
b)	Erforderlichkeit.....	27
c)	Differenzierung des Risikos nach Projektphasen .....	28
d)	Berücksichtigung des voraussichtlichen Erlöses .....	30
e)	Ermessensausübung .....	30
5.	Zwischenergebnis .....	30
<b>II.</b>	<b>„Wie“ der Sicherheitsleistung .....</b>	<b>31</b>
1.	Art.....	31
a)	Allgemeine Aspekte der Sicherheitsleistung .....	31
aa)	Eigenkapitalgeber .....	31
bb)	Projektfinanzierung.....	33
	(A) Kennzeichen einer Projektfinanzierung .....	33
	(B) Funktion der Sicherheiten bei einer Projektfinanzierung.....	34
	(C) Sicherheiten bei Konsortialkrediten.....	35
	(D) Konsequenzen für die Rückbausicherheit.....	35
b)	Sicherheiten nach § 232 Abs. 1 BGB .....	36
aa)	Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren.....	36
bb)	Verpfändung von Schuldbuchforderungen .....	37
cc)	Verpfändung beweglicher Sachen .....	37
dd)	Bestellung von Hypotheken.....	38
c)	Bürgschaft (§ 232 Abs. 2 BGB) .....	39
d)	Weitere Sicherheiten nach Ziffer 2 Anhang zu § 12 Abs. 3 SeeAnlV .....	41
aa)	Konzernbürgschaft.....	41
bb)	Garantie.....	42
cc)	Sonstiges Zahlungsverprechen eines Kreditinstituts.....	43
dd)	Handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellung .....	43
e)	Sonstige nicht im Anhang der SeeAnlV genannte Sicherheiten .....	44
aa)	Sicherungsübereignung.....	45
	(A) Rechtsstellung des Sicherungsnehmers .....	46
	(B) Sicherungsübereignung bei Finanzierung .....	46
	(C) Gegenstand der Sicherungsübereignung und Bewertung .....	47
	(D) Rechtslage in der AWZ.....	48

bb)	Forderungsabtretung .....	49
cc)	Patronatserklärung (harte Patronatserklärung, weiche Patronatserklärung) .....	49
dd)	Treuhand .....	51
ee)	Versicherungslösung .....	53
ff)	Fondslösung .....	53
f)	§ 8 Hypothekenablöseverordnung .....	53
g)	Zwischenergebnis .....	54
2.	Umfang .....	57
3.	Höhe .....	58
a)	Kosten des Rückbaus .....	58
b)	Überprüfung und Anpassung der Sicherheit .....	58
c)	Anrechnung von Rücklagen .....	59
aa)	Betriebswirtschaftlicher Hintergrund der Bilanzrücklagen und Rücklagenbegriff .....	60
bb)	Offene Rücklagen .....	60
cc)	Stille Rücklagen .....	62
dd)	Begriff der Rücklage in der SeeAnIV .....	62
ee)	Entziehung der Verfügungsbefugnis .....	63
4.	Ermessensausübung .....	64
5.	Ergebnis .....	64
<b>III.</b>	<b>Exkurs: Regelung der Sicherheitsleistung in öffentlich-rechtlichem Vertrag .....</b>	<b>65</b>
1.	Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Handlungsmöglichkeit? .....	65
2.	Forderung einer teilweisen Sicherheit im öffentlich-rechtlichen Vertrag .....	65
a)	Zulässigkeit einer abweichenden vertraglichen Regelung .....	65
b)	Mögliche Rechtsfolgen für den Vertrag .....	66
aa)	Nichtigkeit nach § 59 Absatz 1 VwVfG .....	67
bb)	Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG .....	68
3.	Ergebnis .....	68

<b>IV.</b>	<b>Sicherheitsleistung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften .....</b>	<b>69</b>
1.	BBergG .....	69
a)	Entstehungsgeschichte und Aussagegehalt.....	69
b)	Rückschlüsse für die Auslegung der SeeAnIV .....	71
c)	Genehmigungspraxis .....	71
2.	BImSchG .....	71
a)	Entstehungsgeschichte .....	72
b)	Rückschlüsse auf die Auslegung der SeeAnIV .....	72
c)	Genehmigungspraxis .....	72
3.	Sicherheitsleistungen nach KrW-/AbfG .....	73
a)	Entstehungsgeschichte und Aussagegehalt.....	73
b)	Rückschlüsse für die Auslegung der SeeAnIV .....	75
c)	Genehmigungspraxis .....	75
4.	Zusammenfassung der unterschiedlichen Anforderungen und Auswirkungen auf die Auslegung des § 12 Abs. 3 SeeAnIV .....	76

<b>D.</b>	<b>Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Großbritannien.....</b>	<b>76</b>
<b>I.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>76</b>
<b>II.</b>	<b>Energy Act 2004.....</b>	<b>77</b>
<b>III.</b>	<b>Rückbauprogramme.....</b>	<b>77</b>
<b>IV.</b>	<b>Genehmigung des Rückbauprogramms .....</b>	<b>77</b>
<b>V.</b>	<b>Regelungen bezüglich Rückbau.....</b>	<b>77</b>
<b>VI.</b>	<b>Energy Act 2008.....</b>	<b>77</b>
<b>VII.</b>	<b>Rückbausicherheit .....</b>	<b>78</b>
<b>VIII.</b>	<b>Sicherheitsleistung während der Bauphase und der ersten Hälfte der Betriebsphase .....</b>	<b>80</b>
<b>IX.</b>	<b>Thanet Offshore Windfarm .....</b>	<b>80</b>
<b>E.</b>	<b>Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Dänemark.....</b>	<b>81</b>
<b>I.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>81</b>
<b>II.</b>	<b>Gesetzlicher Rahmen.....</b>	<b>82</b>
<b>III.</b>	<b>Tatsächliche Praxis der DEA.....</b>	<b>82</b>
<b>1.</b>	<b>Konzernbürgschaften .....</b>	<b>83</b>
<b>2.</b>	<b>Bankgarantien .....</b>	<b>83</b>
<b>3.</b>	<b>Grundstückshypotheken .....</b>	<b>84</b>

<b>Anhang 1.....</b>	<b>85</b>
<b>Anhang 2.....</b>	<b>93</b>
<b>Anhang 3.....</b>	<b>100</b>
<b>Anhang 4.....</b>	<b>102</b>
<b>I. Darstellung der Bilanzgliederung für Unternehmen nach dem Handelsgesetzbuch (HGB) .....</b>	<b>103</b>
<b>II. Begriff und Merkmale von Rückstellungen nach dem HGB.....</b>	<b>104</b>
<b>III. Rückstellungsbildung für die Rückbauverpflichtung .....</b>	<b>105</b>

## Abkürzungsverzeichnis

<b>ABergV</b>	Allgemeine Bundesbergverordnung
<b>AEUV</b>	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008
<b>AWZ</b>	Ausschließliche Wirtschaftszone
<b>BBergG</b>	Bundesberggesetz
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BImSchG</b>	Bundes-Immissionsschutzgesetz
<b>BSH</b>	Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie
<b>DepV</b>	Deponieverordnung
<b>IMO</b>	International Maritime Organization
<b>InsO</b>	Insolvenzordnung
<b>KrW-/AbfG</b>	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
<b>SeeAufgG</b>	Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Seeschifffahrt (Seeaufgabengesetz)
<b>SeeAnIV</b>	Seeanlagenverordnung vom 23.01.1997, zuletzt geändert durch Art. 26 Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege vom 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2542)
<b>SRÜ</b>	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen
<b>VermG</b>	Vermögensgesetz

## A. Sachverhalt und Fragestellung

Das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie („BSH“) ist Genehmigungsbehörde für Seeanlagen im Sinne der Seeanlagenverordnung („SeeAnIV“). Zu den Seeanlagen gehören insbesondere Offshore-Windenergieanlagen. Das BSH erlässt die Genehmigungsbescheide für Offshore-Windenergieanlagen regelmäßig mit einer Vielzahl an Nebenbestimmungen. Hierzu zählt unter anderem die Auflage, dass eine Sicherheitsleistung zur Sicherstellung der Rückbauverpflichtung nachzuweisen ist.<sup>1</sup>

Unter Berücksichtigung der Praxis in anderen Bereichen des Umweltrechts ist zu begutachten, welche Arten von Sicherheitsleistungen festgesetzt werden können und welche Möglichkeiten bei der konkreten Ausgestaltung der Sicherheitsleistung denkbar und verhältnismäßig sind. Ferner sollen Hinweise auf die Praxis in England und Dänemark gegeben werden.

Dem BSH liegen Gutachten hinsichtlich der Ausgestaltung von Sicherheitsleistungen der beiden Unternehmen „Trianel Windkraftwerk Borkum GmbH & Co. KG“ und [ ] vor. [ ]

Auch die schriftliche Stellungnahme von Trianel Windkraftwerk Borkum GmbH & Co. KG schlägt eine Absicherung nach Phasen vor. In Anlehnung an die „Guidance Notes for Industry“<sup>2</sup> der englischen Regierung sei das Sicherungsbedürfnis in der Errichtungsphase sehr gering. Im Laufe der Betriebsphase steige das Sicherungsbedürfnis an und erreiche in der Rückbauphase das höchste Ausmaß. Dementsprechend wurde vorgeschlagen, dass zunächst eine Bankbürgschaft über EUR 250.000,00 pro Anlage (insgesamt EUR 10 Mio.) gestellt werden sollte, die ab dem Jahr 2023 um jährlich EUR 1,5 Mio. erhöht wird. Im November 2010 hat Trianel eine weitere Kostenschätzung der Noble Denton Consultants Ltd. (Berkshire, England) vorgelegt. Unter Ziffer 5. des Gutachtens wird auf drei verschiedene Berechnungen Bezug genommen, die für Großbritannien erstellt wurden und Rückbaukosten von £ 18.000,00 pro MW (für 40 Anlagen also £ 3.5 Mio.), £ 40.000 pro MW (gesamt also £ 9.3 Mio.) und £ 275.000,00 pro Anlage zzgl. 25% für Wetterrisiko (für 40 Anlagen

<sup>1</sup> So z. B. Ziffer 12 des Genehmigungsbescheides für den Offshore Windpark Veja Mate vom 31.08.2009: „Eine Sicherheitsleistung gemäß § 12 Absatz 3 SeeAnIV i.V. mit dem Anhang zu § 12 Absatz 3 SeeAnIV wird zur Sicherstellung der Verpflichtung nach § 12 Absatz 1 SeeAnIV und Ziffer 20 der Nebenbestimmungen dieser Genehmigung angeordnet. Die Entscheidung gemäß Nr. 1 des Anhangs zu § 12 Absatz 3 SeeAnIV insbesondere über Art, Umfang und Höhe der Sicherheit bleibt vorbehalten. Der Genehmigungsinhaber legt der Genehmigungsbehörde mit den Unterlagen zur 2. Freigabe einen sachkundigen Nachweis zur Höhe der Rückbaukosten, sowie einen mit der Stellungnahme einer anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft versehenen Antrag zu Art, Umfang und Höhe der Sicherheit vor. Die Sicherheit ist der Genehmigungsbehörde vor Beginn der Errichtung für jede einzelne Anlage nachzuweisen.“

<sup>2</sup> Department of Trade and Industry, Decommissioning of Offshore Renewable Energy Installations Under the Energy Act 2004, Guidance Notes for Industry, December 2006,

also £ 15.9 Mio.) veranschlagen. Die Kalkulation mit Rückbaukosten von £ 3.5 Mio. wird von den Gutachtern nicht berücksichtigt und aus den beiden anderen Berechnungen wird ein Mittelwert errechnet, der – unter Berücksichtigung einer Inflation von jährlich 2,5% seit 2006 – umgerechnet EUR 14 Mio. entspricht. Der Bürgschaftsbetrag soll zum Ausgleich zukünftiger Inflation, die ebenfalls mit jährlich 2,5% angenommen wird, alle fünf Jahre angehoben werden. Anfänglich sollen demnach – auf heutiger Kostenbasis – EUR 14 Mio. als Bürgschaft gestellt werden, die bis zum Jahr 2037 – zum Inflationsausgleich – auf einen Bürgschaftsbetrag von EUR 25.955.217,61 ansteigen soll. Es ist allerdings nicht gänzlich nachvollziehbar, warum der konkrete Vorschlag von einem anderen Wert ausgeht, als der im Durchschnitt berechnete Wert von EUR 27.285.706,63.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Anregungen der beiden Unternehmen bei der Forderung von Sicherheitsleistungen berücksichtigt werden oder weitere flexible Möglichkeiten gewählt werden können.

## **B. Ergebnis**

### **I. Aktuelle Betreibervorschläge**

#### **1. Trianel**

- Dem von Trianel vorgeschlagenen Sicherungskonzept, welches die Leistung einer Bankbürgschaft vorsieht, kann grundsätzlich zugestimmt werden.
- Die Bankbürgschaft soll die Rückbaukosten auf heutiger Kostenbasis absichern, was nach der SeeAnIV ausreichend ist. Zum Ausgleich von Inflation soll die Bankbürgschaft alle fünf Jahre erhöht werden. Dabei erscheint eine angenommene Inflationsrate von jährlich 2,5% aus heutiger Sicht zunächst ausreichend. Eine Anpassung in etwas kürzeren Abständen als nach jeweils fünf Jahren ist zu erwägen, um die jeweilige Differenz zwischen den Bürgschaftsbeträgen zu verringern.
- Die für das Jahr 2037 vorgesehene letzte Erhöhung der Bürgschaft sollte jedenfalls auf das Jahr 2032 vorgezogen werden, da eine Bank am Ende der Projektlaufzeit keine neue höhere Bürgschaft mehr herauslegen dürfte.
- Ob die Kostenschätzung von Noble Denton (auch für die deutsche AWZ) angemessen ist, können wir nicht beurteilen. Die in Bezug genommenen Untersuchungen liegen nicht vor.

- Das BSH muss die Sicherheitsleistung nach dem Anhang zur SeeAnIV regelmäßig überprüfen. Bei einer erheblichen Änderung zwischen Sicherheit und Sicherheitszweck ist daher ggf. eine Anpassung auch über die vorgeschlagene Erhöhung alle fünf Jahre hinaus vorzunehmen.

2. [ ]

## II. „Ob“ der Sicherheitsleistung

- § 12 Abs. 3 SeeAnIV als Rechtsgrundlage für die Anordnung einer Sicherheitsleistung räumt dem BSH Ermessen ein.
- **Ziel der Sicherheit** ist nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck, den Rückbau abzusichern und im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Betreibers sicherzustellen, dass der Rückbau nicht auf Kosten der öffentlichen Hand erfolgen muss.
- Ob eine Sicherheit erforderlich ist, beurteilt sich danach, ob der Rückbau abgesichert werden muss und die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Betreibers besteht.
- Die Beurteilung der Erforderlichkeit kann nur zu dem Ergebnis führen, dass entweder eine Sicherheitsleistung erforderlich ist oder eine Sicherheitsleistung nicht erforderlich ist.
- Ist eine Sicherheitsleistung erforderlich, ist das Ermessen reduziert. Eine Sicherheit ist zu fordern.
- Für die Beurteilung der Gefahr der Zahlungsunfähigkeit bedarf es nicht der Feststellung einer konkreten Insolvenzgefahr. Vielmehr ist eine **abstrakte Insolvenzgefahr** ausreichend. Wird ein Offshore-Windpark von der öffentlichen Hand oder einem besonders wirtschafts- und finanzstarken Unternehmen unmittelbar betrieben, könnte von einer Sicherheitsleistung abgesehen werden. Wir gehen allerdings davon aus, dass Offshore-Windparks in der Praxis von Projektgesellschaften errichtet und betrieben werden und nicht unmittelbar von der öffentlichen Hand oder von den Unternehmen, die über eine entsprechende Bonität verfügen.
- Bei der Bewertung der Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung kann grundsätzlich eine **Differenzierung nach Projektphasen** erfolgen. Voraussetzung ist, dass das Risiko der Betriebseinstellung in den verschiedenen Projektphasen zuverlässig beurteilt werden kann. Ist danach das Rückbaurisiko

in einer bestimmten Projektphase außerordentlich gering, besteht kein Bedarf für die Anordnung einer Sicherheit.

- **Verwertungserlöse** für Komponenten oder Rohstoffe sind aus unserer Sicht nur im Rahmen des „Wie“ der Sicherheitsleistung und nur dann berücksichtigungsfähig, wenn das BSH darauf Zugriff hat. Auf eine darüber hinausgehende Sicherheit kann nur verzichtet werden, wenn davon auszugehen ist, dass die Verwertungserlöse die Rückbaukosten abdecken.

### III. „Wie“ der Sicherheitsleistung

- Als Sicherheitsleistungen kommen nach Ziffer 2 des Anhangs zur SeeAnIV insbesondere die Sicherheiten nach § 232 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in Betracht.
- Für den Sicherungsgeber hat eine **Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren** den Nachteil, dass er über das hinterlegte Geld oder die Wertpapiere während der Hinterlegung nicht verfügen kann. Darüber hinaus wird hinterlegtes Geld lediglich mit einem sehr geringen Prozentsatz verzinst. Der Berechtigte muss bei Eintritt des Sicherungsfalles die Berechtigung nachweisen; im Streitfall ist eine Klage unvermeidlich.
- Bei der **Verpfändung von Schuldbuchforderungen** ist der Wert auf drei Viertel des jeweiligen Kurswertes der die Forderung repräsentierenden Wertpapiere beschränkt. Dies macht die Leistung als Sicherheit wirtschaftlich ebenfalls eher unattraktiv.
- Die **Verpfändung beweglicher Sachen** scheidet regelmäßig aus, da hierfür der Verpfändungsgegenstand übergeben werden muss. Damit steht er nicht mehr zur Verfügung des Verpfänders.
- Eine **Hypothekenbestellung** ist mangels Eigentumsfähigkeit des Meeresbodens in der AWZ nur an Onshore-Grundstücken möglich. Damit die Forderungen des BSH im Falle der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung vor anderen hypothekengesicherten Ansprüchen bedient werden, müsste dem BSH eine erstrangige Hypothek bestellt werden. Eine Klage vor Verwertung der Hypothek ist entbehrlich, wenn sich der Grundstückseigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterwirft. Die Zwangsvollstreckung kann sehr zeitaufwendig sein.
- Bei der selbstschuldnerischen **Bürgschaft**, die häufig in Form der Bankbürgschaft gestellt wird, handelt es sich um die gebräuchlichste Form der Rückbausicherheit. Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern verpflichtet sich der Bürge zur Zahlung auf die erste schriftliche Aufforderung hin.

- Die **Konzernbürgschaft** ist eine Form der Bürgschaft gemäß § 232 Abs. 2 BGB. Die Werthaltigkeit hängt von der Bonität des bürgenden Konzernunternehmens ab, deren Nachweis beispielsweise durch ein Rating einer anerkannten Rating-Agentur erbracht werden kann. Dieses müsste dem BSH jedoch in regelmäßigen Abständen neu vorgelegt werden. Handelt es sich bei dem Bürgen um ein Unternehmen, dessen Gesellschafter die öffentliche Hand ist, kann ein Verzicht auf ein Rating erwogen werden.
- Nach der Ermächtigungsgrundlage (§ 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG) kann in der Verordnung die Leistung einer Sicherheit vorgeschrieben werden. Die Vorschrift könnte so ausgelegt werden, dass ausschließlich Sicherheiten i. S. v. § 232 BGB verlangt werden können und andere Sicherheiten ausscheiden. Unseres Erachtens widerspricht diese Auffassung aber dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers. Damit können auch andere Sicherheiten angeordnet werden. Voraussetzung ist jedoch, dass diese gleichwertig (insbesondere insolvenz sicher) zu der Sicherheit nach § 232 BGB sind.
- Die **handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellung** ist nicht gleichwertig mit den Sicherheiten nach § 232 BGB. Wir gehen daher von der Teilnichtigkeit der Seeanlagenverordnung aus, soweit auch die Bildung einer handelsrechtlich zu bildenden betrieblichen Rückstellung in Ziffer 1 des Anhangs zur Seeanlagenverordnung zugelassen wird.
- Die **Sicherungsübereignung** tritt in der Praxis an die Stelle der Verpfändung beweglicher Sachen. Eine Sicherungsübereignung der Anlagen (Windenergieanlagen, Umspannwerk und Kabel) ist möglich, da erstens davon auszugehen ist, dass das BGB in der AWZ Anwendung findet und zweitens der Meeresboden in niemandes Eigentum steht und daher kein Grundstück vorhanden ist, als dessen wesentlicher Bestandteil die Anlagen angesehen werden könnten. Eine Sicherungsübereignung der Anlagen an das BSH setzt voraus, dass diese nicht bereits anderweitig (z. B. im Rahmen einer Finanzierung an die finanzierende Bank) sicherungsübereignet worden sind (oder nach Rückführung der Finanzierung eine Freigabe erfolgt ist). Problematisch ist die Frage des Wertes der Anlagen als Rückbausicherheit. Da die Anlagen zum Rückbauzeitpunkt im Zweifel nicht mehr funktionsfähig sind, kann nur der Schrottwert berücksichtigt werden. Diesbezüglich wäre die Ermittlung durch einen Sachverständigen erforderlich, die dem BSH im Hinblick auf mögliche Preisschwankungen in regelmäßigen Abständen neu vorgelegt werden müsste.
- Eine **Forderungsabtretung** scheidet häufig wegen der Sicherungsabtretung an die Kreditgeber aus. Eine Abtretung der Einspeiseerlöse kommt aber auch deshalb nicht in Betracht, weil die Anlagen im Rückbaufall nicht mehr betrieben und keine Einspeiseerlöse mehr erzielt werden. Gleiches gilt für die Abtretung

von Versicherungsansprüchen, da der Rückbau im Zweifel nicht von der Versicherung gedeckt wird.

- **Weiche Patronatserklärungen** sind unverbindlich und daher für Sicherungszwecke ungeeignet. **Harte Patronatserklärungen** begründen verbindliche, einklagbare Ansprüche. Die Muttergesellschaft verpflichtet sich gegenüber Dritten, die Tochtergesellschaft so zu leiten und finanziell auszustatten, dass diese ihre Verbindlichkeiten erfüllen kann. Im Falle der Insolvenz der Tochtergesellschaft besteht ein unmittelbarer Zahlungsanspruch gegen die Muttergesellschaft.
- Als Sicherheit kommt auch die Übertragung von Vermögen auf einen **Treuhänder** in Betracht (z. B. Einrichtung eines Treuhandkontos).
- Spezielle **Rückbauversicherungen** werden nach unserer Kenntnis bisher nicht angeboten.
- Eine attraktive Lösung könnte die Errichtung eines **Fonds** sein. Dabei könnten Projekte mit unterschiedlichem Risikoprofil gemeinsam abgesichert werden. Das einzelne Vorhaben müsste nicht das jeweilige Rückbaurisiko isoliert und vollständig tragen. Vielmehr könnte sich der Anteil an dem Gesamtrisiko des Pools orientieren. Die konkrete Ausgestaltung der Vermögensgegenstände des Sicherungsfonds kann dabei variieren. Denkbar wäre ein treuhänderisch geführtes Konto, auf das Beiträge der beteiligten Projekte eingezahlt werden, oder aber auch die treuhänderische Verwaltung von Sicherheiten, wie z. B. Bankbürgschaften oder Garantien.
- § 8 Hypothekenablöseverordnung, auf den in Satz 2 der Ziffer 2 des Anhangs zur SeeAnlV Bezug genommen wird, dürfte für alle Zahlungsverprechen nach Ziffer 2 (vor allem Konzernbürgschaft und Garantie) gelten. Diese sollen (von einem Kreditinstitut) auf erstes Anfordern gestellt werden.
- Der Umfang und die Höhe der Sicherheit müssen so bemessen sein, dass sie den Rückbau **vollständig** absichern. Maßstab ist dabei der im Genehmigungsbescheid angeordnete Rückbau.
- Rücklagen sollen angerechnet werden, soweit sie der Verfügungsbefugnis des Genehmigungsinhabers oder des Betreibers entzogen sind. Der Begriff Rücklage ist nicht handelsrechtlich zu verstehen, sondern als tatsächliche Vorhaltung von liquiden Mitteln und zwar unabhängig von einem Ausweis etwaiger Rücklagen in der Bilanz. Eine Entziehung der Verfügungsbefugnis durch bloße Vereinbarung mit dem BSH ist rechtlich nicht möglich. Jedoch kann eine Verfügung durch andere rechtliche Maßnahmen, z. B. Einrichtung eines

Treuhandkontos oder eines an das BSH verpfändeten Sperrkontos, verhindert werden.

- Zur ausreichenden Besicherung der Rückbaukosten können verschiedene Sicherheiten kombiniert werden. So könnte beispielsweise das Rückbaurisiko in der Bauphase durch eine Bank- oder Konzernbürgschaft (bei ausreichender Finanzstärke des Bürgen) abgesichert und die Bürgschaft ab Betriebsbeginn bei gleichzeitigem Aufbau einer Rückbaurücklage „abgeschmolzen“ werden. Dies hat im Falle einer Bankbürgschaft für die Projektgesellschaft den Vorteil, dass sich die zu zahlenden Bürgschaftsprovisionen verringern, im Falle einer Konzernbürgschaft vermindert sich mit deren Reduktion und ansteigender Rücklage für das BSH das aus einer möglichen Bonitätsverschlechterung der bürgenden Konzerngesellschaft resultierende Ausfallrisiko. Soweit Erlöse aus einer Verwertung der Anlagen nach deren Rückbau wegen einer Sicherungsübereignung an die finanzierenden Banken zunächst nicht berücksichtigt werden können, könnte eine nachträgliche Berücksichtigung nach vollständiger Rückführung der Finanzierung möglich werden.
- Die Sicherheit ist regelmäßig mit dem Ziel des Erhalts ihres realen Wertes zu überprüfen und bei einer erheblichen Veränderung zwischen dem realen Wert der Sicherheit und dem angestrebten Sicherungszweck neu festzusetzen.
- Aus anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften lassen sich keine Schlußfolgerungen für die Anordnung von Sicherheitsleistungen nach der Seeanlagenverordnung ziehen.

#### IV. Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Großbritannien

- Gesetzliche Grundlage für den Rückbau ist der Energy Act 2004 in der Fassung des Energy Act 2008. Als Ausdruck des Verursacherprinzips („polluter pays principle“) verlangt er ein **Rückbauprogramm** des Betreibers, das die **voraussichtlichen Rückbaukosten** berücksichtigt. Daneben können vom Secretary of State Angaben zur finanziellen Sicherheit verlangt werden.
- Als Sicherheiten nennt der Energy Act 2004 beispielhaft die Verpfändung eines Bankkontos oder eines anderen Vermögenswertes, die Hinterlegung eines Geldbetrages, eine Erfüllungsbürgschaft oder eine Garantie, ein Akkreditiv und eine Patronatserklärung (nach den 2006 Richtlinien sind Konzernbürgschaften allerdings eher nicht akzeptabel, siehe nachfolgend). Diese können auch zur Auflage einer Genehmigung gemacht werden.
- Der Secretary of State kann einen **Rückbaubescheid gegenüber einem verbundenen Unternehmen** („associate“), wie zum Beispiel einer Mutter- oder

Tochtergesellschaft, erlassen, wenn der Betreiber/Entwickler eine juristische Person ist und wenn keine ausreichenden Rückbauvorkehrungen, einschließlich finanzieller Sicherheit, getroffen wurden.

- Nach einem Bericht von Climate Change Capital (CCC), auf den die 2006 Richtlinien des Department of Business, Innovation and Skills (BIS) Bezug nehmen, **variiert das Ausfallrisiko während der verschiedenen Lebensphasen** eines Windparks: während der Bauphase ist es relativ niedrig, es steigt während der Betriebsphase an und ist in der Rückbauphase am höchsten. Aufgrund der hohen Kapitalkosten und niedrigen Betriebskosten geht CCC davon aus, dass ein Windpark nach seiner Fertigstellung die Rückbaukosten decken kann. Die empfohlene Sicherheit deckt die verbleibenden Risiken.
- Als wahrscheinlich akzeptable Formen von Sicherheiten nennen die 2006 Richtlinien Barmittel, unwiderrufliche Akkreditive oder Bürgschaften einer Bank eines OECD-Staates mit einem bestimmten Rating (mindestens AA bzw. Aa2), Bürgschaften einer Versicherung, eine sichere, abgesonderte Rückbaurücklage oder u. U. auch eine Versicherung (die aber nach unserer Kenntnis bisher nicht erhältlich ist). Wahrscheinlich nicht akzeptabel sind hingegen Garantien der Muttergesellschaft oder Rücklagen, die erst gegen Ende der Betriebsdauer gebildet werden.
- Da einerseits das Ausfallrisiko in der ersten Hälfte der Betriebsdauer als relativ gering angesehen wird und gleichzeitig die frühe Sicherheitsleistung mit erheblichen Kosten verbunden ist und andererseits die Regierung die Offshore-Industrie im Bereich Erneuerbare Energien fördern will, wird in der Regel für die erste Hälfte der Betriebsdauer keine Sicherheit verlangt. Derartige **politische Erwägungen** können im Rahmen der Seeanlagenverordnung nicht berücksichtigt werden.
- Gemäß Rückbauprogramm der Thanet Offshore Windfarm (TOW) soll eine Sicherheit ohne Rückgriff auf einen Gesellschafter geleistet werden, wobei ein „Trust“ für die Branche zur Absicherung gebildet werden könnte, an dem TOW teilnehmen würde.

Die Sicherheit könnte durch Einzahlung von einem Zehntel der voraussichtlichen Nettorückbaukosten ab dem zehnten Betriebsjahr auf ein Treuhandkonto erfolgen (wobei die Einzahlungen im Rahmen der Projektfinanzierung berücksichtigt sind), alternativ durch eine Bürgschafts- oder Akkreditivstruktur, anwachsend ab dem zehnten Betriebsjahr.

Als zeitlicher Horizont für einen Rückbau wird ein Zeitraum von 40 Jahren bzw., falls Turbinen nicht ersetzt würden, von 20 Jahren angenommen.

## V. Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Dänemark

- Nach Angabe der dänischen Energiebehörde (DEA) wurden Rückbausicherheiten in der Praxis bisher stets in Form einer betragsmäßig unbegrenzten **Konzernbürgschaft** geleistet (einzige Ausnahme: Grundstückshypothek). Besondere Anforderungen wurden an die Konzernbürgschaft nicht gestellt. Grund hierfür ist, dass es sich bei den Konzernbürgen ausschließlich um Unternehmen handelt, die sich ganz oder teilweise in staatlicher Hand befinden. Allgemein ist davon auszugehen, dass die DEA bei Konzernbürgschaften eine Einschätzung z. B. aufgrund des Ratings vornimmt. Unter gleichen Voraussetzungen wäre auch eine solche Lösung nach der Seeanlagenverordnung möglich.
- Die DEA ist bereit, den Unternehmen eine gewisse Wahlfreiheit zu gewähren. Erforderlich ist lediglich, dass die Sicherheit angemessen und ausreichend ist. Dies hängt vom Einzelfall ab. Insbesondere dürften Konzernbürgschaften, Bankgarantien und Hypotheken in Betracht kommen.
- Eine konkrete Einschätzung basierend auf Solidität, Rating etc. liegt jedoch nahe.
- Im Rahmen der praxisüblichen unbegrenzten Konzernbürgschaft ist bislang **keine Bewertung der Kosten für Rückbau und Wiederherstellung der Flächen nach Betriebsende** erfolgt. Eine Bankbürgschaft würde eine Bewertung der Kosten für Rückbau und Wiederherstellung der Flächen erfordern. Eine sukzessive Bankgarantie kann ausreichend sein, dies hängt jedoch vom Einzelfall ab.
- Die bislang einmalige Sicherheit durch eine **Grundstückshypothek** erfolgte durch eine lokale dänische Behörde. Auch hier wurde nach Übertragung des Windparks auf ein anderes Unternehmen eine Konzernbürgschaft gestellt.

## C. Rechtliche Würdigung

Rechtsgrundlage für die Forderung einer Sicherheitsleistung für Offshore-Windparks ist § 12 SeeAnlV. Die SeeAnlV wurde zuletzt durch Gesetz vom 29.07.2009<sup>3</sup> geändert. Durch die Erste Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung vom 15.07.2008<sup>4</sup> wurde § 12 Abs. 3 SeeAnlV wie folgt gefasst:

*„Die Genehmigungsbehörde kann die Genehmigung nach § 2 von der Leistung einer Sicherheit nach Maßgabe des Anhanges abhängig machen, soweit diese erforderlich ist, um die Erfüllung der in Absatz 1 genannten Voraussetzungen sicherzustellen.“*

*(Hervorhebungen durch die Verfasser)*

Der in Bezug genommene § 12 Abs. 1 SeeAnlV bestimmt, dass genehmigungspflichtige Anlagen nach Erlöschen der Genehmigung zu beseitigen sind, sofern weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

Ergänzend zu § 12 Abs. 3 SeeAnlV finden sich in dem Anhang zu § 12 Abs. 3 SeeAnlV weitere Ausführungen zu der Sicherheitsleistung, insbesondere zu Art, Umfang, Höhe und zur Überprüfung der Sicherheitsleistung durch das BSH.

Rechtsgrundlage der Seeanlagenverordnung ist § 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG<sup>5</sup>. Durch die Vorschrift wird das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung ermächtigt, ohne Zustimmung des Bundesrates Rechtsverordnungen zu erlassen über die Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen, Bauwerken und künstlichen Inseln im Sinne des § 1 Nr. 10a,

*„wobei zur Gewährleistung des Rückbaus von aufgegebenen oder nicht mehr genutzten Anlagen die Leistung einer Sicherheit vorgeschrieben werden kann.“*

*(Hervorhebung durch die Verfasser)*

Für die Frage, welche Formen an Sicherheitsleistungen von den Betreibern von Offshore-Windenergieanlagen gefordert und wie diese ausgestaltet werden können, ist vorgreiflich zu beantworten, ob dem BSH als zuständiger Genehmigungsbehörde hinsichtlich der Anordnung sowie der Auswahl von verschiedenen Sicherheitsleistungen ein Spielraum eingeräumt wird.

---

<sup>3</sup> BGBl. I S. 2542.

<sup>4</sup> BGBl. I S. 1296.

<sup>5</sup> Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Seeschifffahrt (Seeaufgabengesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.07.2002 (BGBl. I S. 2876), zuletzt geändert durch Art. 4 G. v. 02.06.2008 (BGBl. II S. 520).

## I. „Ob“ der Sicherheitsleistung

Zunächst stellt sich die Frage, ob das BSH eine Sicherheitsleistung verlangen muss oder ob von einer Sicherheitsleistung abgesehen werden kann.

Ob und ggf. in welcher Hinsicht der Behörde in einer Sache ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zukommt, ist eine Frage der Auslegung der einschlägigen Vorschriften, insbesondere der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass des in Frage stehenden Verwaltungsaktes.

### 1. Wortlaut - Ermessen

Die Verwendung des Wortes „*kann*“ in § 12 Abs. 3 SeeAnIV indiziert, dass dem BSH auf der Rechtsfolgenseite Ermessen eingeräumt wird. Das Ermessen kann sich darauf beziehen, ob die Verwaltung überhaupt eingreifen und tätig werden soll (Entschließungsermessen), oder darauf, welche der möglichen und zulässigen Maßnahmen im konkreten Fall getroffen werden soll (Auswahlermessen).<sup>6</sup> Das Fehlen näherer Normierung der Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes spricht in der Regel dafür, dass der Erlass in das Ermessen der Behörde gestellt ist.<sup>7</sup>

### 2. Einräumung eines Beurteilungsspielraums

Die Wortwahl „*kann*“ in Verbindung mit der Wendung „*soweit dies erforderlich ist*“ in Absatz 3 legt durch die Bezugnahme auf die Erforderlichkeit nahe, dass die Forderung einer Sicherheitsleistung davon abhängig ist, ob die Voraussetzungen nach Absatz 1 auch auf andere Weise erreicht werden können. Für die Anordnung der Sicherheitsleistung („*kann die Genehmigung ... abhängig machen*“ - Rechtsfolgenseite) ist die Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung somit eine Vorbedingung.

Bei der Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung handelt es sich um einen unbestimmten Begriff. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind solche, deren Inhalt nicht durch einen festumrissenen Sachverhalt ausgefüllt wird.<sup>8</sup> Die Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Einzelfall erfordert eine Wertung und oft auch eine Prognose in die Zukunft. Wird der Behörde eine eigene, gerichtlich nicht weiter überprüfbare Entscheidung eingeräumt, spricht man von einem Beurteilungsspielraum.<sup>9</sup> Die Lehre vom Beurteilungsspielraum hat sich im Wesentlichen an verschiedenen Fallgruppen entwickelt. Ein Beurteilungsspielraum wird beispielsweise angenommen, wenn und soweit der Gegenstand des unbestimmten Rechtsbegriffs von einer prognostischen

<sup>6</sup> Statt vieler vgl. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 7 Rn. 7.

<sup>7</sup> OVG Koblenz, NVwZ-RR 1991, 573, 575.

<sup>8</sup> *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 13. Aufl. 1996, S. 1267.

<sup>9</sup> *Maurer*, § 7 Rn. 29 f.

Entscheidung und von Risiken mit wertendem Charakter abhängt.<sup>10</sup> Allerdings ist die Rechtsprechung sehr restriktiv hinsichtlich der Annahme eines Beurteilungsspielraumes aufgrund prognostischer Entscheidungen. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Sicherheitsleistung handelt es sich um keine der von den Gerichten anerkannten Fallgruppen. Ein Beurteilungsspielraum ist daher nicht anzunehmen. Vielmehr ist im Rahmen des Entschließungsermessens zu beurteilen, ob eine Sicherheitsleistung erforderlich ist.

### 3. „Ob“ (Entschließungsermessens)

Für die Frage, in welchem Umfang der Behörde Ermessen eingeräumt wird, ist nach § 40 VwVfG der Zweck der Ermächtigungsgrundlage maßgeblich. Der Zweck der Ermächtigung ist primär § 12 SeeAnIV zu entnehmen. Daneben bestimmt § 40 VwVfG, dass die Behörde bei der Ermessensausübung die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten hat. Bei der Anordnung der Sicherheitsleistung hat das BSH frei von Ermessensfehlern zu entscheiden.

Für die Frage der Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung ist zunächst entscheidend, ob der Seeanlagenverordnung als Fachgesetz Bewertungsmaßstäbe entnommen werden können. Solche können sich aus der Entstehungsgeschichte oder dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergeben.

#### a) Entstehungsgeschichte

Die Möglichkeit der Anordnung einer Sicherheitsleistung wurde erstmalig mit der Ersten Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung vom 15. Juli 2008<sup>11</sup> in § 12 SeeAnIV eingefügt. In der Begründung wird lediglich ausgeführt, dass ein Bedürfnis besteht, das Risiko abzusichern, dass Anlagen nach Einstellung des Betriebes, z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit des Betreibers, nicht beseitigt werden. Weiter heißt es in der Begründung:

*„Die Windenergieanlagen würden als Hindernisse im Meer verbleiben und so eine Beeinträchtigung für den Schiffsverkehr und die Meeresumwelt darstellen. Das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen bestimmt, dass alle aufgegebenen oder nicht mehr benutzten Anlagen oder Bauwerke zu beseitigen sind, um die Sicherheit der Schifffahrt zu gewährleisten. Das bedeutet, dass der Rückbau ggf. auf Kosten des Staates erfolgen muss.“<sup>12</sup>*

Der Begründung lassen sich deutliche Hinweise auf den Sinn und Zweck einer Sicherheitsleistung entnehmen. Ziel der Sicherheit ist demnach

<sup>10</sup> Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 31 Rn. 20; Maurer, § 7 Rn. 41; Bamberger, Behördliche Beurteilungsermächtigungen im Lichte der Bereichsspezifität des Verwaltungsrechts, VerwArch 2002, 217, 247 f.

<sup>11</sup> BGBl. I S. 1296.

<sup>12</sup> Begründung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung, S. 10.

1. den Rückbau abzusichern und
2. im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Betreibers sicherzustellen, dass der Rückbau nicht auf Kosten der öffentlichen Hand erfolgen muss.

Diese Ziele sind als Beurteilungsmaßstäbe für die Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung zu berücksichtigen.

Die Begründung zu § 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG als Rechtsgrundlage für die Seeanlagenverordnung enthält keine weitergehenden Anhaltspunkte. Vielmehr stimmt die Begründung im Wesentlichen mit der zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV überein. Die Ausübung des Entschließungsermessens hat sich demzufolge an den zuvor genannten Zielen zu orientieren.

Die Seeanlagenverordnung beruht nicht auf Unionsrecht. Ausweislich der Verordnungsbegründung wird das Recht der EU nicht berührt.<sup>13</sup>

b) Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung

Neben der Entstehungsgeschichte könnten sich Beurteilungsmaßstäbe für die Ermessensausübung aus dem Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung ergeben.

aa) Sicherstellung der Rückbaupflicht

Die Sicherheitsleistung soll nach § 12 Abs. 3 SeeAnIV die Erfüllung der in Absatz 1 genannten Voraussetzungen sicherstellen. Nach § 12 Abs. 1 SeeAnIV besteht die Rückbaupflicht für Anlagen in dem Umfang, wie sie nach Erlöschen der Genehmigung bzw. endgültiger Betriebseinstellung Hindernisse für den Verkehr darstellen oder der Schutz der Meeresumwelt, die Erfordernisse der Raumordnung nach § 2 Abs. 2 oder sonstige überwiegende öffentliche Belange dies erfordern. Rufen stillgelegte Anlagen beispielsweise Hindernisse für den Verkehr hervor oder wird die Meeresumwelt beeinträchtigt, sind die Anlagen zu beseitigen. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen kann jedoch nicht im Sinne von § 12 Abs. 3 SeeAnIV **durch** eine Sicherheitsleistung sichergestellt werden. Ziel der Sicherheitsleistung kann vielmehr nur der (mittelbare) Schutz der Rechtsgüter Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, Meeresumwelt, Erfordernisse der Raumordnung und sonstige überwiegende öffentliche Belange sein. Der Schutz dieser Rechtsgüter soll durch den Rückbau sichergestellt werden.

bb) Kostentragung im Falle der Zahlungsunfähigkeit

Des Weiteren könnte die Vorschrift bezwecken, ein potentielles Kostenrisiko von der öffentlichen Hand abzuwenden. Im Fall der Zahlungsunfähigkeit würde der verantwortliche Betreiber finanziell nicht mehr in der Lage sein, die Kosten des

---

<sup>13</sup> Begründung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung, S. 5, VI.

Rückbaus zu tragen. Die öffentliche Hand müsste den Rückbau auf eigene Kosten ausführen.

Abstrakt sollen Ansprüche, die erst in Zukunft zu erfüllen sind und deren Erfüllung aus tatsächlichen Gründen zweifelhaft ist, durch die Sicherheitsleistung gesichert werden.<sup>14</sup> Die Sicherheit dient somit dazu, den Sicherungsnehmer vor drohenden Rechtsnachteilen zu bewahren. Für den Fall der Zahlungsunfähigkeit der verantwortlichen Person soll gewährleistet werden, dass die wirtschaftlichen Lasten, die nach der Einstellung des Betriebs der Anlagen mit dem verpflichtenden Rückbau verbunden sind, um Beeinträchtigungen für die Schifffahrt, die Meeresumwelt oder andere Schutzgüter im Sinne der SeeAnIV zu verhindern, nicht von der öffentlichen Hand zu tragen sind.<sup>15</sup> Das BSH wird durch die Sicherheitsleistung in die Lage versetzt, bei einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Rückbaupflicht durch den Genehmigungsinhaber und insbesondere bei dessen völligem Untätigbleiben (z. B. infolge Zahlungsunfähigkeit) die erforderlichen Maßnahmen ohne zeitlichen Verzug zu treffen, ohne dass die Kosten hierfür ungedeckt wären. Die wirtschaftliche Last für die tatsächliche Erfüllung der Rückbaupflichtung soll damit bei dem Unternehmen liegen und nicht auf die Allgemeinheit abgewälzt werden.

cc) Zwischenergebnis

Aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck des § 12 SeeAnIV folgt, dass das BSH hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Sicherheitsleistung ermessenslenkend zu berücksichtigen hat, dass das finanzielle Risiko des Rückbaus nicht die öffentliche Hand trifft.

Im Ergebnis dient die Sicherheitsleistung dazu, die Erfüllung der Rückbaupflicht für genehmigungspflichtige Anlagen (Satz 1) und nicht genehmigungspflichtige Anlagen (Satz 2) finanziell sicherzustellen. Der Wortlaut des § 12 Abs. 3 SeeAnIV ist insofern irreführend. Alternativ könnte Absatz 3 wie folgt formuliert werden:

*„Die Genehmigungsbehörde kann die Genehmigung nach § 2 von der Leistung einer Sicherheit nach Maßgabe des Anhangs abhängig machen, soweit*

- 1. ein Rückbau der Anlagen nach Abs. 1 erforderlich ist und*
- 2. die Sicherheit erforderlich ist, damit die Kosten des Rückbaus nicht von der Allgemeinheit zu tragen sind.*

<sup>14</sup> BVerwGE, 131, 11 ff.; BVerwG, DÖV 2008, 920, 921; *Reppen*, in: Staudinger, BGB, Aufl. 2009, Vor. §§ 232 ff Rn. 2; *Fahse*, in: Soergel, BGB, Band 2, 13. Aufl. 1999, Vor. § 232 Rn. 1.

<sup>15</sup> Dies stellt auch die Begründung zu § 12 Abs. 3 zur Ersten Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung klar. So auch für eine bauordnungsrechtliche Sicherheitsleistung, VG Halle, Urteil vom 27.10.2009, Az. 2 A 3/08, zitiert nach juris Rn. 24.

## c) Prognoseverfahren

Soweit die Beurteilung eine Prognose erfordert, muss eine Entscheidung über das Prognoseverfahren getroffen und sodann die hierfür erforderliche Tatsachengrundlage geschaffen werden.<sup>16</sup> Im Rahmen der Anordnung einer Sicherheitsleistung ist zu beurteilen, ob ein Rückbau unter Umständen unterbleibt bzw. ob das Unternehmen nicht über die finanziellen Mittel für einen Rückbau verfügt (Ausfallrisiko). Aus rechtlicher Sicht kann die Antwort nur positiv oder negativ ausfallen. Entweder ist eine Sicherheitsleistung erforderlich oder eine Sicherheitsleistung ist nicht erforderlich.

## aa) Grad der Wahrscheinlichkeit der Insolvenz

Hinsichtlich der Prognose, ob ein finanzielles Risiko für die öffentliche Hand besteht, ist entscheidend, ob es für die Forderung der Sicherheitsleistung der Darlegung einer konkreten Insolvenzgefahr bedarf oder ob eine abstrakte bzw. latente Gefahr hierfür ausreicht. Zu § 17 Abs. 4a BImSchG a. F. hat das BVerwG unter ausführlicher Würdigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck sowie Systematik des Gesetzes entschieden, dass vom Betreiber einer Abfallentsorgungsanlage i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG zur Sicherstellung der Anforderungen nach § 5 Abs. 3 BImSchG eine Sicherheitsleistung auch ohne Zweifel an dessen Liquidität gefordert werden kann.<sup>17</sup>

Die zum Immissionsschutzrecht ergangene Entscheidung lässt sich ohne Weiteres auch auf die Regelung zur Sicherheitsleistung nach der Seeanlagenverordnung übertragen. Der Wortlaut von § 12 Abs. 3 SeeAnlV stimmt mit dem Wortlaut des § 17 Abs. 4a BImSchG a. F. weitgehend überein. Der Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung nach § 12 SeeAnlV entspricht dem des § 17 Abs. 4a BImSchG. Würde das Risiko, dass Anlagen nach Einstellung des Betriebes (z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit des Betreibers) nicht beseitigt werden, nicht abgesichert, und Anlagen als Hindernisse im Meer verbleiben, müsste der Rückbau ggf. auf Kosten des Staates erfolgen.

Entsprechend den Nachsorgepflichten für Abfallentsorgungsanlagen entsteht die Rückbaupflicht für Anlagen im Sinne der Seeanlagenverordnung erst nach der Betriebseinstellung. Dieser Zeitpunkt kann – von dem Erreichen der Befristung der Genehmigung abgesehen – bei Genehmigungserteilung nicht vorhergesehen werden. So erlischt die Genehmigung nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 lit. b SeeAnlV beispielsweise, wenn die Anlage während eines Zeitraums von mehr als drei Jahren nicht mehr betrieben worden ist oder das BSH die Genehmigung nach § 15 Abs. 3 Satz 2 SeeAnlV widerrufen hat. Auch wenn der Befristungstermin erreicht wird, kann die Genehmigungsbehörde bei Erlass des Genehmigungsbescheides regelmäßig nicht vorhersehen, ob der Anlagenbetreiber zu diesem Zeitpunkt noch liquide sein wird.

<sup>16</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 40 Rn. 83.

<sup>17</sup> BVerwGE 131, 11 ff.; grundsätzlich bestätigt durch BVerfG, NVwZ 2009, 1484.

Zwar liegt bei Offshore-Windenergieanlagen im Vergleich zu anderen genehmigungsbedürftigen Anlagen kein gesteigertes Insolvenzrisiko vor. Die Kosten für den Rückbau der Anlagen sind in diesem Fall jedoch relativ hoch.<sup>18</sup> Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Anlagen in der AWZ errichtet werden und nur durch hoch spezialisierte Unternehmen mit entsprechender Ausrüstung beseitigt werden können. Darüber hinaus dürfte der Rückbau auch regelmäßig mit hohem technischem Aufwand verbunden sein. Die Kosten müsste die öffentliche Hand im Falle der Insolvenz tragen, wenn eine entsprechende Sicherheit fehlt. Dieses besondere Kostenrisiko soll durch die Anordnung einer Sicherheitsleistung vermieden werden. Daher ist entsprechend der Rechtsprechung zum Bundes-Immissionsschutzgesetz auch für die Anordnung einer Sicherheit nach § 12 Abs. 3 SeeAnlV ein abstraktes Insolvenzrisiko ausreichend.

Würden hingegen konkrete Anhaltspunkte für eine Liquiditätsschwäche des Betreibers für die Anordnung einer Sicherheitsleistung gefordert, wäre es für die Bestellung einer Sicherheit wohl in der Regel zu spät, weil keine Mittel für die Bestellung einer Sicherheit mehr vorhanden wären bzw. auch Dritte keine Sicherheit mehr leisten würden. Darüber hinaus ist es weder möglich, den Zeitpunkt zu erkennen, an dem erstmalig Zweifel an der Liquidität des Betreibers bestehen, noch ist das BSH in der Lage, ständig die Betreiber hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu überwachen.<sup>19</sup> Aufgrund der Ratio der Norm spricht dies ebenfalls dafür, eine lediglich abstrakte Insolvenzgefahr ausreichen zu lassen.

Etwas anderes gilt nur für Betreiber, bei denen eine Insolvenz von vornherein ausgeschlossen ist, etwa wenn die Anlagen von einer insolvenzunfähigen Körperschaft des öffentlichen Rechts betrieben werden.<sup>20</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht in diesem Fall keine Ungleichbehandlung zwischen Abfallentsorgungsanlagen, die von privaten Betreibern einerseits und von Körperschaften des öffentlichen Rechts andererseits betrieben werden. Eine solche unterschiedliche Behandlung ist sachlich gerechtfertigt.<sup>21</sup>

Entsprechend dem Betrieb eines Windparks durch die öffentliche Hand könnte möglicherweise auch bei besonders wirtschafts- und finanzstarken Unternehmen gänzlich von einer Sicherheitsleistung abgesehen werden, wenn durch ein zuverlässiges Verfahren das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit bewertet werden könnte. Eine eigenständige Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit wäre dem BSH nicht möglich

---

<sup>18</sup> Eine Studie von KPMG und der Stiftung Offshore Windenergie geht von Rückbaukosten von EUR 0,2 Mio./MW bzw. EUR 1 Mio./je 5 MW Offshore Windenergieanlage aus, *KPMG/Stiftung Offshore Windenergie, Offshore-Windparks in Europa, Marktstudie 2010*, S. 82. Die Stellungnahme von Trianel Windkraft Borkum GmbH & Co. KG verweist auf Studien zum englischen Offshore-Markt, die die Rückbaukosten mit GBP 40.000,00/MW bzw. GBP 275.000,00/Windenergieanlage zzgl. Wetterrisiko von 25% angeben.

<sup>19</sup> So auch zum BImSchG, BVerwGE, 113, 11 ff.

<sup>20</sup> Vgl. zu den Nachsorgepflichten für Abfallentsorgungsanlagen, BVerwGE 113, 11 ff.

<sup>21</sup> BVerfG, NVwZ 2009, 1484.

oder zumindest mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Daher könnte überlegt werden, ein Rating des Unternehmens durch eine anerkannte Rating-Agentur zu berücksichtigen. Diese Lösung kommt aber nur in Betracht, wenn das beurteilte Unternehmen die Offshore-Windenergieanlagen selbst betreibt. In der Praxis werden die Windparks regelmäßig von Projektgesellschaften errichtet und betrieben.

bb) Weitere Gesichtspunkte für das Prognoseverfahren

Im Rahmen der Prognoseentscheidung müssen auch verfügbare Daten, Werte und Zahlen berücksichtigt werden. Soweit verfügbar, ist beispielsweise die Häufigkeit von Betriebseinstellungen in verschiedenen Projektphasen zu berücksichtigen. Dazu nachfolgend unter 4.c).

#### 4. Bewertung der Beurteilungsgrundlage

Für die Ermessensentscheidung, ob eine Sicherheitsleistung erforderlich ist, hat eine Abwägung sämtlicher maßgeblicher Gesichtspunkte zu erfolgen. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie der Gleichheitsgrundsatz.

a) Rückbaupflicht

Für die Ermessensentscheidung könnte entscheidend sein, ob die Rückbaupflicht nach § 12 Abs. 1 SeeAnIV obligatorisch oder fakultativ ist.

Eine Rückbaupflicht besteht nach Absatz 1 zwar nur in dem Umfang, wie die Anlagen Hindernisse für den Verkehr darstellen oder der Schutz der Meeresumwelt, die Erfordernisse der Raumordnung oder sonstige überwiegende öffentliche Belange dies erfordern. Die Begründung zu der Ersten Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung führt zu § 12 Abs. 1 SeeAnIV aus, dass ein **vollständiger** Rückbau nicht in jedem Fall erforderlich ist. Allerdings schweigt die Begründung dazu, ob auf einen Rückbau unter Umständen auch verzichtet werden könnte. Gegen einen solchen Verzicht spricht zunächst der Wortlaut, dass die Anlagen zu beseitigen „*sind*“. Aus der Wendung „*in dem Umfang wie sie Hindernisse für den Verkehr darstellen (...)*“ kann – im Gegensatz zu dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 SeeAnIV a. F. „*wenn sie ein Hindernis für den Verkehr (...) darstellen*“ – der Schluss gezogen werden, dass generell von einem Erfordernis der Beseitigung ausgegangen wird und die Behörde lediglich den Umfang konkretisieren kann.

Für das Bestehen einer generellen Rückbaupflicht sprechen die folgenden Gründe:

- § 12 Abs. 2 SeeAnIV bestimmt, dass die allgemein anerkannten internationalen Normen zur Beseitigung als Mindeststandard zu berücksichtigen sind:

- Art. 60 Abs. 3 SRÜ bestimmt, dass alle aufgegebenen oder nicht mehr benutzten Anlagen oder Bauwerke zu beseitigen sind, um die Sicherheit der Schifffahrt zu gewährleisten. Entsprechend § 12 Abs. 3 SeeAnlV sind die allgemein anerkannten internationalen Normen zu berücksichtigen, die in dieser Hinsicht von der zuständigen internationalen Organisation festgelegt sind.
- Nach Ziffer 1.2 der Resolution A.672(16) vom 19.10.1989 der IMO<sup>22</sup> soll der Küstenstaat sicherstellen, dass Anlagen vollständig oder partiell beseitigt werden sollen, wenn sie nicht mehr ihrem ursprünglichen Zweck oder einem anschließenden neuen Zweck dienen oder wo andere angemessene Gründe dieser Resolution dafür sprechen, die Anlage nicht vollständig oder partiell zu beseitigen.
- Ziffer 3 der vorgenannten IMO Resolution legt in insgesamt vierzehn Unterpunkten Standards fest, unter welchen Voraussetzungen eine Beseitigung zu erfolgen hat. So sind insbesondere nach Ziffer 3.2 alle aufgegebenen oder stillgelegten Anlagen, die mit dem Meeresboden verbunden sind und nach dem 1.1.1998 in einer Wassertiefe von weniger als 100 Meter errichtet wurden und ein Gewicht von weniger als 4.000 Tonnen haben (gemessen über der Wasseroberfläche und ohne Deck und Aufbauten), vollständig zu beseitigen. Die Beseitigung soll nach Ziffer 3.3 so ausgeführt werden, dass keine wesentlichen nachteiligen Auswirkungen auf die Schifffahrt und die Meeresumwelt hervorgerufen werden. Soweit Anlagenteile nicht vollständig beseitigt werden, sollen umgehend deren Position und Ausmaße an die zuständigen nationalen Behörden weitergeleitet werden. Die Mittel zur Beseitigung oder partiell beseitigte Anlagen sollen keine negativen Auswirkungen auf lebende Ressourcen, die marine Umwelt und speziell auf bedrohte oder gefährdete Arten haben.
- Daneben sprechen die OSPAR-Konvention (vom 22.09.1992)<sup>23</sup> sowie die London-Konvention (Konvention über die Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen)<sup>24</sup> von 1972 für eine generelle Rückbaupflicht.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone.

<sup>23</sup> BGBl. 1994 II S. 1360.

<sup>24</sup> BGBl. 1977 II S. 180

<sup>25</sup> Zu den einzelnen internationalen Regelungen vgl. *Jenisch*, in: Ehlers/Erbguth (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Seerecht, 2000, S. 21, 37 ff.; *Kahle/Schomerus/Tolkmitt*, Erläuterungen zur Seeanlagenverordnung, § 12 Rn. 11 f., in: Das Deutsche Bundesrecht, 1037. Lieferung, 2008.

- Schließlich gehen auch die Begründung zu § 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG<sup>26</sup> sowie zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV davon aus, dass Anlagen, die nach Einstellung des Betriebes nicht beseitigt werden, (stets) als Hindernisse im Meer verbleiben und so eine Beeinträchtigung für den Schiffsverkehr und die Meeresumwelt darstellen. Auch unter Bezug auf das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen wird von einer Beseitigungspflicht zur Gewährleistung der Sicherheit der Schifffahrt ausgegangen.<sup>27</sup>
- Bei dem heutigen Verkehr in der Nord- und Ostsee ist im Zweifel immer von einer Gefährdung der Schifffahrt auszugehen.<sup>28</sup>

Damit besteht eine generelle Rückbaupflicht. Eine vollständige Beseitigung muss jedoch nicht zwingend erfolgen.

Auch die Literatur geht – allerdings noch zu der im Wortlaut leicht abweichenden Vorgängerregelung des § 12 Abs. 1 SeeAnIV – von einer grundsätzlichen Rückbaupflicht aus. Das BSH habe im Fall des Hindernisses für den Verkehr oder den Fischfang kein Entschließungsermessen. Die Anlage sei vielmehr zu beseitigen. Lediglich bei der Wahl des Mittels – vollständige oder teilweise Beseitigung – habe die Behörde volles Auswahlermessen.<sup>29</sup>

Da die Genehmigung für Offshore-Windparks regelmäßig auch die parkinternen Kabel und die Umspannstation umfasst, ist weiterhin zu prüfen, ob auch für diese Anlagen eine vollständige Beseitigung erforderlich ist. Hinsichtlich der parkinternen Kabel ist davon auszugehen, dass diese kein Hindernis für den Verkehr darstellen, wenn sie im Meeresboden verbleiben. Unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Meeresumwelt ist darüber hinaus zu prüfen, ob eine Beseitigung der Kabel unter Umständen zu erneuten erheblichen Beeinträchtigungen der marinen Umwelt führen kann.

Im Ergebnis ist die Rückbaupflicht somit obligatorisch. Dem BSH wird hinsichtlich des Umfangs jedoch ein Ermessen eingeräumt.

#### b) Erforderlichkeit

Da die Anlagen grundsätzlich beseitigt werden müssen, ist allein entscheidend, ob die Anordnung einer Sicherheit erforderlich ist, um den Rückbau sicherzustellen. Der Begriff der Erforderlichkeit wird in der Rechtswissenschaft im Wesentlichen gleich verwandt: Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn keine andere, gleich geeignete

---

<sup>26</sup> BR-Drs. 722/07, S. 38 f.

<sup>27</sup> Unter Bezugnahme auf Art. 60 Abs. 3 SRÜ, BR-Drs. 722/07, S. 39 und die Begründung zu § 12 Abs. 3 der Ersten Verordnung zur Änderung der SeeAnIV.

<sup>28</sup> In diesem Sinne, *Jenisch*, in: Ehlers/Erbguth, S. 21, 35.

<sup>29</sup> *Beckmann*, Die Seeanlagenverordnung, NordÖR 2001, 273, 278; *Brandt/Gassner*, Seeanlagenverordnung, 2002, § 12 Rn. 17. So auch unter Bezugnahme auf § 15 SeeAnIV, *Kahle/Schomerus/Tolkmitt*, § 12 Rn. 7, in: Das Deutsche Bundesrecht, 1037. Lieferung, 2008.

Maßnahme zur Verfügung steht, mit der das angestrebte Ziel auf mildere Weise erreicht werden kann. Besteht aufgrund der vorgenannten Beurteilungsmaßstäbe bereits kein Bedürfnis für eine Sicherheitsleistung, kann hiervon auch gänzlich abgesehen werden.

Wird eine Sicherheitsleistung gefordert, ist zu prüfen, ob mildere Mittel zur Verfügung stehen. Als milderes Mittel gegenüber einer Sicherheitsleistung kommt beispielsweise die Anordnung der vollständigen oder teilweisen Beseitigung der Anlagen nach Erlöschen der Genehmigung in der Genehmigung in Betracht. Wird dieser Nebenbestimmung nicht nachgekommen, kann die Durchsetzung gemäß § 16 SeeAnIV im Wege der Verwaltungsvollstreckung erfolgen. Im Fall der unterlassenen Beseitigung könnte somit beispielsweise ein Zwangsgeld oder die Ersatzvornahme angedroht werden. Die Rückbaupflicht kann damit auch auf andere Weise sichergestellt werden. Allerdings ist die bloße Aufnahme einer Rückbaupflicht in den Genehmigungsbescheid nicht geeignet, das finanzielle Risiko für die öffentliche Hand zu beherrschen. Das Ziel der Sicherheitsleistung kann damit nicht erreicht werden. Bei einem insolventen Unternehmen führt auch ein Zwangsgeld nicht weiter. Bei der Ersatzvornahme wird der Rückbau durch die öffentliche Hand auf Kosten des Verantwortlichen durchgeführt. Ist der Verantwortliche jedoch insolvent, können auch die Kosten der Ersatzvornahme nicht beigetrieben werden.

Als weitere Alternative zur Sicherheitsleistung könnte die zur Sicherstellung von Rückbaupflichten im Baurecht häufig Verwendung findende Sicherstellung durch Baulast oder die Eintragung einer Grunddienstbarkeit nach § 1090 BGB in Betracht kommen.<sup>30</sup> Diese Arten der Sicherstellung scheiden in der AWZ mangels einer Eigentümerstellung des Betreibers an dem Meeresboden<sup>31</sup> jedoch aus.

#### c) Differenzierung des Risikos nach Projektphasen

Für die Frage der Forderung einer Sicherheitsleistung ist zu prüfen, ob das Risiko der Betriebseinstellung und der daraus folgenden Rückbaupflicht in allen Phasen eines Projektes gleich hoch ist. Sowohl [ ] als auch der Vorschlag von Trianel für den Windpark Borkum-West II schlagen eine Differenzierung der Sicherheitsleistung nach unterschiedlichen Projektphasen vor. Sind aus anderen Projekten ausreichende Kenntnisse verfügbar, in welchen Phasen der Betrieb eines Windparks eingestellt wurde und lassen sich diese Erkenntnisse verallgemeinern, können daraus Rückschlüsse auf den Grad der Wahrscheinlichkeit gezogen werden, ob und wann generell mit einer Betriebseinstellung gerechnet werden muss. Derartige Überlegungen können grundsätzlich berücksichtigt werden, da sie im Rahmen der Prognose des Rückbaurisikos Relevanz besitzen.

<sup>30</sup> Vgl. nur *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Hrsg.), BauGB, 93. Ergänzungslieferung 2009, § 35 Rn. 166.

<sup>31</sup> Siehe nachfolgend unter C.II.1.b)dd).

Nach unserer Kenntnis ist kein Projekt in der Errichtungsphase eingestellt worden. Auch eine frühzeitige Betriebseinstellung ist uns nicht bekannt. Der Windpark Blyth in England wurde nach unserer Kenntnis zumindest 10 Jahre betrieben. Aufgrund der hohen Investitionen schon vor Baubeginn besteht ein erheblicher Anreiz, das Projekt tatsächlich zu errichten und in Betrieb zu nehmen, um zumindest etwaige Verluste zu minimieren. Bisher bestehen jedoch praktisch keine Erfahrungen mit Projekten in größeren Tiefen.

[ ]

Technische Probleme und Konstruktionsfehler können noch einige Zeit nach der Errichtung und Inbetriebnahme auftreten. Zudem kann das Projekt in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und unter Umständen insolvent werden. Hierzu kann es zum Beispiel durch Mehrkosten kommen, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der Projektgesellschaft übersteigen. Mehrkosten können insbesondere aufgrund von Bauverzögerungen (vor allem wegen schlechten Wetters) entstehen.<sup>32</sup> Insbesondere, wenn ein Bauzeitenfenster nicht eingehalten werden kann, verzögert sich ein Vorhaben erheblich. Zu Mehrkosten kann es auch aus anderen Gründen kommen. Werden die Kosten deutlich überschritten und können die Mehrkosten nicht auf den Bauunternehmer abgewälzt werden, kann dies zur Insolvenz führen. Auch die eingeplante Einspeisevergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz könnte aufgrund der gesetzlich festgelegten Degression sinken, was sich ebenfalls auf die Wirtschaftlichkeit des Projektes auswirkt. Derartige Sachverhalte können weder von den Unternehmen noch von dem BSH vorhergesehen werden.

Hinzu kommt, dass andere Vorhaben unter Umständen in anderen Tiefen errichtet werden und andere Techniken zum Einsatz kommen. Insbesondere liegen keine mittel- oder längerfristigen Kenntnisse mit Offshore-Windparks in Deutschland vor. Alpha ventus als erster deutscher Offshore-Windpark wurde erst Ende 2009 in Betrieb genommen. Nach derzeitigem Kenntnisstand ist daher davon auszugehen, dass es grundsätzlich erforderlich ist, eine Sicherheitsleistung zu fordern.

Ließe sich eine Feststellung über das Rückbaurisiko in verschiedenen Projektphasen treffen, bedürfte es auf dieser Grundlage dann einer Entscheidung über die Sicherheit. Da die vorgenannten Vorkommisse in jeder Projektphase grundsätzlich auftreten können, muss vorläufig – solange keine gesicherten Erkenntnisse über deren Eintretenswahrscheinlichkeit in bestimmten Projektphasen vorliegen – mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzgefahr allein auf das (in der Regel kaum auszuschließende) allgemeine und abstrakte Risiko abgestellt werden.

---

<sup>32</sup> So war schlechtes Wetter eine der Hauptursachen für die verspätete Inbetriebnahme von alpha ventus.

d) Berücksichtigung des voraussichtlichen Erlöses

[ ] [Es] ist davon auszugehen, dass Verwertungserlöse grundsätzlich bei der Anordnung einer Sicherheitsleistung berücksichtigt werden können. Allerdings muss sichergestellt sein, dass das BSH auch Zugriff auf die Erlöse hätte, so dass auf die Bestellung einer Sicherheit jedenfalls hinsichtlich der Verwertungserlöse nicht verzichtet werden kann. Zudem bestehen erhebliche Unsicherheiten bezüglich der Höhe eines möglichen Erlöses, so dass eine ergänzende Sicherheit erforderlich sein dürfte.<sup>33</sup> Verwertungserlöse für Komponenten oder Rohstoffe sind aus unserer Sicht daher nur im Rahmen des „Wie“ der Sicherheitsleistung und nur dann berücksichtigungsfähig, wenn das BSH darauf Zugriff hat. Auf eine darüber hinausgehende Sicherheit kann nur verzichtet werden, wenn davon auszugehen ist, dass die Verwertungserlöse die Rückbaukosten abdecken.

e) Ermessensausübung

Hinsichtlich der zu treffenden Entscheidung hat das BSH das ihm eingeräumte Ermessen fehlerfrei auszuüben. Eine gerichtliche Kontrolle der Ermessensentscheidung erfolgt grundsätzlich nur auf Ermessensfehler hin.

Ob ein Ermessensfehler vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Werden die vorgenannten Aspekte bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung gemäß § 12 Abs. 3 SeeAnIV berücksichtigt, hat das BSH den Ermessensspielraum fehlerfrei ausgeübt.

## 5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis steht dem BSH hinsichtlich der Beurteilung der Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung nach § 12 Abs. 3 SeeAnIV ein Entschließungsermessen zu. Die Beurteilung, ob die Sicherheitsleistung zur Sicherstellung der Rückbaupflicht erforderlich ist, kann nur zu dem Ergebnis führen, dass entweder eine Sicherheit erforderlich ist, oder eine Sicherheit nicht erforderlich ist. Dies zu beurteilen ist Aufgabe des BSH.

Kommt das BSH im Rahmen der Ermessensentscheidung zu dem Ergebnis, dass eine Sicherheitsleistung erforderlich ist, ist die Leistung einer Sicherheit anzuordnen. Umgekehrt ist die Forderung einer Sicherheitsleistung ausgeschlossen, wenn das BSH zu der Erkenntnis gelangt, dass auf eine Sicherheitsleistung verzichtet werden kann. Ein Bedarf für eine Sicherheit könnte verneint werden, wenn ausreichend finanzielle Mittel verfügbar sind. Davon ist etwa bei insolvenzunfähigen öffentlich-rechtlichen Betreibern auszugehen. Ein Verzicht erscheint auch bei besonders finanzstarken Unternehmen

---

<sup>33</sup> Vgl. zu der Berücksichtigung von Verwertungserlösen im Rahmen der Höhe der Sicherheit unten unter C.II.1.e)aa)(C).

denkbar, falls diese den Windpark selbst betreiben, was in der Praxis regelmäßig nicht der Fall ist.

## II. „Wie“ der Sicherheitsleistung

Kommt das BSH zu dem Ergebnis, dass eine Sicherheitsleistung erforderlich ist, wird ihm auf Rechtsfolgenseite des Weiteren ein Ermessen hinsichtlich des „Wie“ der Sicherheitsleistung eingeräumt (Auswahlermessen). Es ist nicht ersichtlich, dass das Auswahlermessen beschränkt ist.

### 1. Art

Welche Art der Sicherheitsleistung angeordnet wird, beurteilt sich danach, welche Sicherheitsleistung geeignet ist, den Sicherungszweck zu erreichen.

Bei dem in Ziffer 2 des Anhangs zu § 12 Abs. 3 SeeAnlV ausdrücklich genannten Katalog an Sicherheitsleistungen handelt es sich nicht um eine abschließende Aufzählung, wie das Wort „*insbesondere*“ verdeutlicht. Damit können grundsätzlich auch andere Arten von Sicherheitsleistungen angeordnet werden. Einschränkend verlangt Ziffer 2 des Anhangs jedoch, dass die Sicherheit gleichwertig ist.

#### a) Allgemeine Aspekte der Sicherheitsleistung

Welche Sicherheiten von dem Projektbetreiber gestellt werden können, hängt in der Praxis unter anderem davon ab, wie das Projekt finanziert wird. Nachfolgend gehen wir daher kurz auf die Finanzierung durch den Konzern einerseits und die Projektfinanzierung andererseits ein, um die Auswirkungen auf die Sicherheitenstellung aufzuzeigen.

#### aa) Eigenkapitalgeber

Die bis heute in Dänemark, Großbritannien und in den Niederlanden errichteten Offshore-Windparks sind ganz überwiegend von den großen europäischen Energieversorgern über die eigene Bilanz finanziert worden, d. h. unter Rückgriff auf die eigene Verschuldungskapazität. Die klassische Unternehmensfinanzierung, die auf die Bonität des Konzerns abstellt, führt zu geringeren Finanzierungskosten als bei einer Projektfinanzierung und ist schneller und flexibler, da keine aufwendige Projektprüfung und –strukturierung erforderlich ist.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> KPMG/Stiftung Offshore Windenergie, Offshore-Windparks in Europa, Marktstudie 2010, S. 52 und 63.

In Deutschland treten daneben zunehmend Energieversorger mit kommunalem Hintergrund als Sponsoren auf (Bsp. Borkum West II, BARD Offshore 1), die jedoch überwiegend auf eine Projektfinanzierung angewiesen sind.<sup>35</sup>

Die unabhängigen Projektentwickler sind teilweise Kooperationen mit Energieversorgern eingegangen, da sie finanziell nicht stark genug sind, die Realisierung eines Offshore-Windparks nach Erlangung der BSH-Genehmigung allein weiter voranzutreiben.<sup>36</sup>

Finanzinvestoren haben sich – mit Ausnahme des Erwerbs von Meerwind Süd und Meerwind Ost durch Blackstone – bisher nicht bei Offshore-Windparks engagiert. Grund hierfür sind die vergleichsweise niedrigen Renditen, fehlende Projektfinanzierungsmöglichkeiten (zur Verringerung des Eigenkapitalanteils) und die notwendige Übernahme von Entwicklungs- und Baurisiken.<sup>37</sup>

Auch internationale Energieversorger und Industriekonglomerate sind bisher nicht als Eigenkapitalgeber aufgetreten.<sup>38</sup>

Aus Eigenkapitalgebersicht bieten Offshore-Projekte bisher keine attraktive Rendite. Nach der Marktstudie 2010 ergibt sich auf Basis der Daten aktueller deutscher Offshore-Windprojekte für einen Modellwindpark bei einer vollständigen Eigenkapitalfinanzierung eine Rendite von lediglich 7,1 Prozent nach Steuern.<sup>39</sup> Diese Rendite liegt eher im unteren Bereich der allgemeinen Renditeanforderungen eines Eigenkapitalinvestors und – trotz der wesentlich höheren Risiken bei Offshore-Projekten – unter den bei Onshore-Projekten erzielbaren Renditen. Für Repowering Projekte wird eine Rendite von 6-7% nach Steuern als Mindestrendite genannt.<sup>40</sup>

Angesichts der niedrigen Renditen liegt es im nachvollziehbaren Interesse der Investoren zusätzliche Kosten für die Stellung von Rückbausicherheiten (insbesondere Provisionen für Bankbürgschaften) nach Möglichkeit zu vermeiden.

Ferner wirkt sich der Umfang der zu stellenden Sicherheiten auf die allgemeine Verschuldungsfähigkeit des Unternehmens aus, da diese Sicherheiten für andere Kredite nicht mehr zur Verfügung stehen. Konzernsicherheiten, wie Konzernbürgschaften oder Patronatserklärungen sind unter der Bilanz auszuweisen und beeinflussen deshalb ebenfalls die Fähigkeit zur Kreditaufnahme.

---

<sup>35</sup> Ebd. S. 56 f.

<sup>36</sup> Ebd. S. 57.

<sup>37</sup> Ebd. S. 57.

<sup>38</sup> Ebd. S. 57 f.

<sup>39</sup> Ebd. S. 84.

<sup>40</sup> Ebd. S. 84 mit Verweis auf die KPMG-Studie „Onshore-Windenergie – Repowering- Potenziale in Deutschland“ (2009).

## bb) Projektfinanzierung

Projektfinanzierungen von Offshore-Windparks gab es in der Vergangenheit nur wenige (Zephyr/Großbritannien, Q7 (Princess Amalia)/Niederlande, C-Power (Thornton Bank)/Belgien, BARD Offshore 1/Deutschland, Belwind 1 (Bligh Bank)/Belgien und Boreas/Großbritannien): Dabei wurde nur in drei Fällen (Princess Amalia, Thornton Bank, Bligh Bank) bereits für die Bauphase eine Projektfinanzierung abgeschlossen, bei den übrigen Parks wurde die konzerninterne Finanzierung erst in der Betriebsphase durch eine Projektfinanzierung abgelöst.<sup>41</sup> In jüngster Zeit sind noch die Projekte C-Power II in Belgien und Borkum West II hinzu gekommen, bei denen ebenfalls bereits die Bauphase finanziert wird.

Nach der Finanzkrise haben viele Banken ihre Kreditvergabe reduziert. Zudem sind Banken meist nicht mehr bereit, Kreditverträge über größere Volumina zunächst allein zu unterzeichnen und erst anschließend Konsortialpartner zu suchen, an die Teile des Kreditengagements weiter gegeben werden. Bei größeren Finanzierungen müssen daher von Anfang an Konsortien gebildet werden.<sup>42</sup> Die meisten Banken begrenzen dabei ihr Engagement auf max. EUR 50 Mio., so dass angesichts des für einen Offshore-Windpark erforderlichen Investitionsvolumens sehr große Bankenkonsortien erforderlich wären. Dies hat z. B. bei dem Projekt Borkum West II zu einer Aufteilung des Projekts in zwei Tranchen geführt.<sup>43</sup>

Da die im Rahmen einer Projektfinanzierung zu stellenden Kreditsicherheiten bestimmen, welche Sicherheiten als Rückbausicherheit eingesetzt werden können, werden nachfolgend die Charakteristika und die Sicherheitenstruktur einer Projektfinanzierung kurz erläutert.

### (A) Kennzeichen einer Projektfinanzierung

Eine Projektfinanzierung ist gekennzeichnet durch

- die Einschaltung einer Projektgesellschaft, deren alleiniger Zweck in der Durchführung des Projekts besteht.
- die Begrenzung der Haftung der Initiatoren und Eigenkapitalgeber (Sponsoren<sup>44</sup>). Für die Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem Projekt haftet nur die Projektgesellschaft als Träger / Eigentümer des Projekts, die Sponsoren haften nicht oder nur beschränkt, z. B. in der Bauphase („non recourse“ bzw. „limited recourse“ Finanzierung). Ggf. soll aus Sponsorsicht

---

<sup>41</sup> Ebd. S. 66 f.

<sup>42</sup> Ebd. S. 59.

<sup>43</sup> Ebd. S. 60.

<sup>44</sup> Zum Begriff des Sponsors vgl. *Fissenewert*, in: Siebel/Röver/Knützel, Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, 2. Aufl. 2008, Rn. 173.

- auch erreicht werden, dass das Projekt nicht in der Bilanz des Sponsors berücksichtigt werden muss („off balance sheet“ Finanzierung).
- das Abstellen der Finanzierung auf die zukünftigen Einnahmen (Cashflow) der Projektgesellschaft. Während die klassische Unternehmensfinanzierung auf die Bonität eines bestehenden Unternehmens abstellt, ist der geplante, zukünftige Cashflow (also die Einnahmen des Projekts) Grundlage einer Projektfinanzierung.
  - die Verteilung der Projektrisiken auf die Projektbeteiligten.<sup>45</sup>

#### (B) Funktion der Sicherheiten bei einer Projektfinanzierung

Im Rahmen einer Projektfinanzierung haben die Sicherheiten folgende Ziele:

- Kontrolle des Cash flow als Grundlage der Finanzierung, insbesondere durch Kontoverpfändung und Sicherungsabtretung von Forderungen,
- Ausschluss Dritter. Um den Zugriff Dritter zu verhindern und eine Restrukturierung zu ermöglichen, falls das Projekt in Schwierigkeiten gerät, werden Sicherheiten möglichst an allen Vermögensgegenständen des Projekts bestellt,
- Verwertung und Vollstreckung bzw. im Fall einer Insolvenz der Projektgesellschaft Aus- und Absonderungsrechte.<sup>46</sup>

Bei einer Projektfinanzierung spielt die Einzelverwertung von Vermögensgegenständen nur eine untergeordnete Rolle, da der Cashflow Grundlage der Finanzierung ist und der Kredit nur aus dem Cashflow (vollständig) zurück geführt werden kann. Demgegenüber könnte aus der Verwertung einzelner Sicherheiten bzw. Vermögenswerte kein wesentlicher Erlös für die Rückzahlung des Kredits erzielt werden. Es ist daher für die projektfinanzierende Bank von erheblicher Bedeutung, dass das Projekt als solches erhalten bleibt und weiterhin Einnahmen zur Bedienung der Kreditverbindlichkeiten generieren kann. Für den Verwertungsfall soll ferner ermöglicht werden, das Projekt ggf. in seiner Gesamtheit (über die Veräußerung der Anteile an der Gesellschaft oder über die Veräußerung sämtlicher Vermögenswerte) auf einen neuen Sponsor zu übertragen. Dies ist nur möglich, wenn Dritte keinen Zugriff auf Vermögenswerte des Projekts haben.

Um das Projekt gegen den Zugriff Dritter zu schützen, wird in den Kreditverträgen ergänzend vereinbart, dass die Projektgesellschaft ohne Zustimmung der projektfinanzierenden Banken keine weiteren Darlehen aufnehmen und keine weiteren Sicherheiten bestellen darf.

<sup>45</sup> Vgl. Röver/Knüttel, in: Siebel/Röver/Knüttel, Rn. 1639.

<sup>46</sup> Vgl. Röver, in: Siebel/Röver/Knüttel, Rn. 2373.

Hieraus folgt, dass die Vermögenswerte der Projektgesellschaft im Falle einer Projektfinanzierung nicht für eine Sicherheitsleistung nach der SeeAnIV zur Verfügung stehen.

(C) Sicherheiten bei Konsortialkrediten

Aufgrund der Höhe des Investitionsvolumens und der bei Offshore-Projekten höheren Risiken wird es Projektfinanzierungen nur als Konsortialkredite geben. Dementsprechend müssen die Kreditsicherheiten die Kreditforderungen aller beteiligten Banken besichern. In solchen Fällen übernimmt eine Bank die Funktion eines Sicherheitentreuhänders (Sicherheitenagent), der die Kreditsicherheiten für alle Mitglieder des Konsortiums treuhänderisch verwaltet und verwertet (und teilweise auch hält). Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Sicherheitenagent, den Konsortialbanken und der Projektgesellschaft werden in einem Sicherheiten-Treuhandvertrag geregelt. Gegenstand des Sicherheiten-Treuhandvertrages ist insbesondere auch die Verteilung von Erlösen aus der Verwertung von Sicherheiten.<sup>47</sup>

(D) Konsequenzen für die Rückbausicherheit

Aus den dargestellten Prinzipien und Strukturen einer Projektfinanzierung ergibt sich, dass für die Bestellung einer Rückbausicherheit an Vermögensgegenständen des Projekts kein oder nur sehr wenig Raum ist. Allerdings ist die Laufzeit einer Projektfinanzierung kürzer als die erwartete Betriebsdauer eines Offshore-Windparks, so dass nach Auslaufen der Finanzierung eine nachträgliche Sicherheitenbestellung prinzipiell möglich wäre.

Bei Onshore-Projekten wird üblicherweise im Rahmen der Projektfinanzierung ein Avalkredit (Bürgschaftskredit) eingeräumt, der für die Stellung einer Bankbürgschaft als Rückbausicherheit genutzt werden kann. Die Projektgesellschaft ist dann verpflichtet, aus den Projekterlösen eine Rückbaureserve auf einem der finanzierenden Bank als Sicherheit verpfändeten Konto anzusparen.

Das Ansparen einer Rückbaurücklage, beispielsweise auf einem dafür bestimmten Konto, als unmittelbare Rückbausicherheit – wie dies in dem Anhang zur SeeAnIV vorgesehen ist – muss ebenfalls im Rahmen der Projektfinanzierung berücksichtigt werden. Projektfinanzierungsverträge enthalten eine detaillierte Regelung, wie die Einnahmen des Projekts zu verwenden sind und welche Kosten in welcher Reihenfolge daraus gedeckt werden (sog. Cashflow Waterfall). In diesem Cashflow Waterfall muss die Einzahlung auf das Rücklagenkonto aufgeführt sein; andernfalls könnte die Projektgesellschaft solche Einzahlungen nur aus den nach Begleichung aller Positionen des Cashflow Waterfalls für eine Ausschüttung an die Gesellschafter zur Verfügung stehenden Beträgen vornehmen.

<sup>47</sup> Vgl. Röver, in: Siebel/Röver/Knütel, Rn. 2443 ff.

Falls eine Rückbausicherheit nicht durch die Projektgesellschaft selbst (in Form einer Bankbürgschaft oder an Vermögenswerten der Projektgesellschaft) gestellt werden kann, kommen nur Sicherheiten der Gesellschafter (wie z. B. Konzernbürgschaften) oder Sicherheiten an Vermögenswerten der Gesellschafter in Betracht.

b) Sicherheiten nach § 232 Abs. 1 BGB

Im Folgenden erläutern wir zunächst die in § 232 Abs. 1 BGB genannten Sicherheiten. Von einer Darstellung der Schiffshypotheken und der Verpfändung von Hypothekenforderungen wird mangels Praxisrelevanz abgesehen. Anschließend gehen wir auf die Stellung einer Bürgschaft nach § 232 Abs. 2 BGB ein.

aa) Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren

Im Rahmen der Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren gem. § 232 Abs. 1 1. Alt. BGB werden diese, wie dies der Wortlaut bereits verdeutlicht, bei einer dazu ermächtigten Stelle zu Sicherungszwecken deponiert. Zu beachten sind dabei neben §§ 233 f. BGB auch die Vorschriften der Hinterlegungsordnung.

Grundsätzlich sind gem. § 232 Abs. 1 1. Alt. BGB nur Geld und Wertpapiere hinterlegungsfähig, wobei unter dem Begriff „Geld“ ausschließlich bare, gesetzliche Zahlungsmittel zu verstehen sind. Wertpapiere sind nur dann hinterlegungsfähig, wenn sie die Voraussetzung des § 234 BGB erfüllen. Insbesondere müssen sie „mündelsicher“ gem. § 1807 Abs. 1 Nr. 4 BGB sein und können gem. § 234 Abs. 3 BGB grundsätzlich nur mit drei Vierteln ihres Kurswertes angesetzt werden. Mündelsicher sind Wertpapiere dann, wenn ein Wertverlust praktisch ausgeschlossen ist, weil das Papier selbst keinen Schwankungen unterliegt und es auch im Fall der Insolvenz des Emittenten zu keinem Verlust des Investments kommt. Die Anlage von Mündelgeld durch einen Betreuer oder Vormund kann daher in solche Wertpapiere erfolgen.

Die Hinterlegung selbst richtet sich nach den Vorschriften der Hinterlegungsordnung, so dass die zu hinterlegende Sache im Rahmen einer Verfügung an die Hinterlegungsstelle, mangels expliziter Vorschriften zur örtlichen Zuständigkeit ein frei zu wählendes Amtsgericht, gem. § 6 HintO übereignet werden muss. Es entsteht dadurch ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis an den hinterlegten Sachen, wobei hinterlegte Euro-Banknoten in das Eigentum des Staates übergehen, während alle anderen Gegenstände als solche verwahrt werden. Hinterlegtes Geld wird dabei gem. § 8 Nr. 2 HintO mit einem Promille pro Monat, beginnend drei Monate nach Hinterlegung des Betrages, verzinst; die Hinterlegung von Geld ist daher für den Sicherungsgeber wirtschaftlich unattraktiv. Der Hinterleger (Schuldner) erwirbt einen Anspruch auf Rückgabe der hinterlegten Sache bzw. eine Rückerstattungsforderung in Höhe des hinterlegten Geldbetrages, den er während des Bestehens des Hinterlegungsgrundes jedoch regelmäßig nicht durchsetzen kann, während der

Gläubiger der zu sichernden Forderung an diesen Ansprüchen ein gesetzliches Pfandrecht erwirbt.

Bei Eintritt des Sicherungsfalls (und damit Pfandreife) kann der Gläubiger/Pfandrechtsinhaber die Befriedigung aus dem Pfandrecht verfolgen, d. h. von der Hinterlegungsstelle Herausgabe des Hinterlegungsgegenstandes verlangen und diesen anschließend verwerten. Erforderlich ist hierzu jedoch der Nachweis der Berechtigung, der durch eine Freigabeerklärung des Schuldners/Hinterlegers (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 HintO) oder eine rechtswirksame Entscheidung gegen diesen (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 HintO) geführt werden kann. Im Streitfall über den Eintritt des Sicherungsfalles ist daher eine Klage unvermeidlich, um auf die Sicherheit zugreifen zu können, was die Hinterlegung im Hinblick auf eine möglichst schnelle und reibungslose Sicherheitenverwertung wenig attraktiv macht.

#### bb) Verpfändung von Schuldbuchforderungen

Eine zweite Möglichkeit der Sicherungsleistung nach § 232 BGB ist die Verpfändung von Schuldbuchforderungen (Abs. 1 2. Alt.). Eine Schuldbuchforderung bezeichnet eine Forderung gegen den Fiskus, die in das öffentliche Schuldbuch (§ 5 Bundesschuldwesengesetz) eingetragen ist. Dies sind insbesondere Bundesanleihen, -obligationen oder -schatzanweisungen.<sup>48</sup> Diese Forderungen können, solange im Schuldbuch ein Vermerk hierüber eingetragen ist (siehe § 8 Abs. 1 BSchuWG), verpfändet werden. Allerdings ist auch hier der Wert der Sicherungsleistung auf drei Viertel des jeweiligen Kurswertes der die Forderungen repräsentierenden Wertpapiere beschränkt, wenn diese börsennotiert sind (§ 236 BGB). Anderenfalls, so z. B. bei Bundesschatzbriefen, können sie in Höhe ihres Nennwertes als Sicherheit dienen.<sup>49</sup>

Bei Eintritt des Sicherungsfalles hat der Sicherungsnehmer die Möglichkeit, sich aus dem Pfandrecht zu befriedigen, d. h. die Vollstreckung in die Bundeswertpapiere zu betreiben. Diese können, sollten sie einen Börsenwert haben, freihändig gem. § 1221 BGB verkauft werden, anderenfalls im Wege öffentlicher Versteigerung gem. § 1235 Abs. 1 BGB. Eine abweichende Art des Pfandverkaufs kann vereinbart werden, § 1245 BGB. Aus dem erzielten Verkaufserlös erfolgt dann die Befriedigung des Sicherungsnehmers.

#### cc) Verpfändung beweglicher Sachen

Eine dritte Möglichkeit der Sicherungsleistung stellt die Verpfändung beweglicher Sachen, so z. B. der Windenergieanlagen, Umspannwerke oder Kabel, dar (§ 232 Abs. 1 3. Alt. BGB), durch die ein Pfandrecht des Gläubigers/Sicherungsnehmers an den Anlagen entsteht (§1204 Abs. 1 BGB). Dazu, dass es sich bei den Anlagen um

<sup>48</sup> *Dennhardt*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 236 Rn. 1.

<sup>49</sup> *Dennhardt*, in: Bamberger/Roth, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 236 Rn. 2; *Grothe* in: MünchKomm-BGB, 1. Halbband, 5. Aufl. 2007, § 236 Rn. 1.

bewegliche Sachen handelt, siehe nachfolgend unter II.1.e)aa). Das Pfandrecht sichert eine bestimmte Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner ab, indem dem Sicherungsnehmer gestattet wird, die fällige Forderung im Falle der Nichtleistung durch Verwertung der Pfandsache zu befriedigen. Hierzu ist, wie bei der Verpfändung der Schuldbuchforderungen, eine Versteigerung der Pfandsache nach Eintritt der Pfandreife (Nichtleistung trotz Fälligkeit der Forderung) erforderlich (soweit keine andere Form der Verwertung vereinbart ist).

In der Sicherungspraxis wird auf eine Verpfändung beweglicher Sachen regelmäßig nicht zurückgegriffen.<sup>50</sup> Dies liegt hauptsächlich daran, dass eine Voraussetzung der Entstehung und Bewahrung des Pfandrechts die Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger ist. Der Eigentümer darf keinen Besitz behalten, so dass die Sache dem Verpfänder nicht mehr zur Verfügung steht. Dieser kann die Sache folglich nicht mehr zu gewerblichen Zwecken verwenden. Aus diesem Grund wurde das Pfandrecht in der Sicherungspraxis weitestgehend von der gesetzlich nicht geregelten Sicherungsübereignung verdrängt,<sup>51</sup> die eine dem Pfandrecht vergleichbare Sicherungssituation schafft, ohne dem Sicherungsgeber den Besitz am Sicherungsgut zu entziehen (siehe zur Sicherungsübereignung noch ausführlich unten unter II.1.e)aa)).

#### dd) Bestellung von Hypotheken

§ 232 Abs. 1 4. Alt. BGB sieht die Bestellung einer Hypothek vor. Eine Hypothekenbestellung durch die Projektgesellschaft selbst ist nicht möglich, da diese kein Grundeigentum besitzt. Der Meeresboden ist nicht eigentumsfähig – ausgenommen der Küstenmeeresboden, der im Eigentum des Bundes steht.<sup>52</sup> Im übrigen ist es – auch bei Onshore-Projekten – unüblich, dass die Projektgesellschaft Eigentum (oder ein Erbbaurecht, das ebenfalls mit einer Hypothek belastet werden kann) an den benötigten Grundstücken erwirbt; dies kommt nur ausnahmsweise hinsichtlich einzelner Flurstücke vor. Eine Hypothek könnte daher nur an einem Onshore-Grundstück (z. B. an einem Grundstück, das sich im Eigentum des Konzerns befindet) bestellt werden.

Der Hypothekengläubiger kann sich im Falle der Nichtleistung trotz Fälligkeit aus dem Grundstück befriedigen (vgl. § 1113 Abs. 1 BGB). Die Befriedigung erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB), d. h. durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Hierfür ist eine Klage gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung Voraussetzung, es sei denn, der Eigentümer hat sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, was regelmäßig vereinbart wird. Nachteilig ist, dass die Verwertung einer Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung

---

<sup>50</sup> Jauernig, in: Jauernig, BGB, 13. Auflage 2009, Vor. § 1204 ff. Rn. 3; Damrau, in: MünchKomm-BGB, Band 6, 5. Aufl. 2009, Vor. zu § 1204 ff. Rn. 2.

<sup>51</sup> Sosnitza, in: Bamberger/Roth, Band 2, 2. Aufl. 2008, § 1204 Rn. 3; Damrau, in: MünchKomm-BGB, Band 6, 5. Aufl. 2009, Vor. § 1204 ff. Rn. 2.

<sup>52</sup> Siehe hierzu BGH, NJW 1989, 2464; Dinger/Goldner, Sicherungsübereignung von Windenergieanlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, ZBB 2009, 204 ff.

bzw. -verwaltung zeitaufwendig ist; das Zwangsversteigerungsverfahren kann vier Monate, aber auch erheblich länger dauern, auch weil der Grundstückseigentümer das Verfahren durch diverse Rechtsmittel verzögern kann.

In der Insolvenz des Sicherungsgebers ist der Hypothekengläubiger zur abgesonderten Befriedigung berechtigt (§ 49 InsO). Dies bedeutet, dass das Grundstück durch den Insolvenzverwalter verwertet und der Hypothekengläubiger lediglich vorrangig aus dem durch den Verkauf erzielten Erlös (abzüglich der Gebühren des Insolvenzverwalters) befriedigt wird.

Um die Rückbaukosten abzusichern, müsste dem BSH im Regelfall eine erstrangige Hypothek bestellt werden. Nur so würden die Forderungen im Falle der Zwangsvollstreckung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks vorrangig vor anderen hypothekengesicherten Ansprüchen bedient werden. Das Grundstück muss also unbelastet sein. Zum Nachweis des Grundstückswertes wäre ein Wertermittlungsgutachten vorzulegen. Bei der Immobilienfinanzierung vergeben Banken Kredite nicht in Höhe des vollen Verkehrswerts, sondern nur bis zu – derzeit – maximal 75% des Verkehrswerts. Obwohl in den §§ 232 ff. BGB – anders als bei beweglichen Sachen und Schuldbuchforderungen – für Hypotheken keine besondere Regelung dazu enthalten ist, mit welchem Wert diese als Sicherheit berücksichtigt werden können, sollten auch Grundstücke nicht mit ihrem vollen Verkehrswert angerechnet werden, um allgemeine Wertveränderungen aufzufangen. Ferner sollte dem Wertverlust aufstehender Gebäude über die Laufzeit der Genehmigung (in der Regel 25 Jahre) Rechnung getragen werden. Bestünde die Gefahr, dass die Rückbaukosten am Ende der Betriebsphase durch den Grundstückswert nicht mehr gedeckt werden, sollte nach einem bestimmten Zeitraum eine andere oder eine zusätzliche Sicherheit bestellt werden. Dabei bietet sich vor allem die Kombination mit einer sukzessive anzusparenden Rückbaurücklage an.

c) Bürgschaft (§ 232 Abs. 2 BGB)

Zusätzlich zu den beschriebenen Sicherheiten ermöglicht § 232 BGB in Absatz 2 auch die Stellung einer Bürgschaft. Eine Bürgschaft kann danach immer dann zum Einsatz kommen, wenn der Schuldner nachweist, dass er zur Stellung einer Sicherheit nach § 232 Abs. 1 BGB nicht in der Lage ist.<sup>53</sup> Die Bürgschaft dient nach dem Gesetzeswortlaut mithin lediglich als Ersatz, sollte Sicherheitsleistung anderweitig nicht möglich sein. Allerdings weicht die heutige Rechtspraxis größtenteils von diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis ab, so dass regelmäßig wirtschaftlichere Sicherheitsleistungen, wie z. B. die Bürgschaft, zum Einsatz kommen.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> *Dennhardt*, in: *Bamberger/Roth*, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 232 Rn. 7; *Grothe*, in: *MünchKomm-BGB*, 1. Halbband, 5. Aufl. 2006, § 232 Rn. 11.

<sup>54</sup> *Dennhardt*, in: *Bamberger/Roth*, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 232 Rn. 4, 6.

Im Rahmen einer Bürgschaft gem. § 765 Abs. 1 BGB verpflichtet sich der Bürge, für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eines Dritten persönlich einzustehen. Der Bürge haftet dabei mit seinem gesamten Vermögen für die Schuld des Dritten, wobei seine eigene Haftung akzessorisch zur gesicherten Schuld, d. h. in ihrem Bestand und Umfang abhängig von dieser ist.

Die Anforderungen an eine Bürgschaft nach § 232 Abs. 2 BGB finden sich in § 239 BGB.

Danach muss der Bürge über ausreichendes Vermögen verfügen – mindestens in Höhe der Sicherheitsleistung – und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland bzw. in der EU<sup>55</sup> haben (vgl. § 239 Abs. 1 BGB). Für das BSH wird es auf einen ausreichenden Nachweis ankommen, dass der Bürge nicht nur über ausreichendes Vermögen, sondern über eine Bonität verfügt, die seine dauerhafte Leistungsfähigkeit erwarten lässt. Geeignet sind daher insbesondere Bürgschaften von im Gebiet der EU zugelassenen Banken und Sparkassen (zu Konzernbürgschaften siehe nachfolgend unter d)aa)).

Die Bürgschaftserklärung muss gemäß § 239 Abs. 2 BGB zudem den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB beinhalten. Nach § 771 BGB kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Verzichtet der Bürge auf die Einrede der Vorausklage spricht man von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft.

Gegenüber der selbstschuldnerischen Bürgschaft noch weiter erleichtert ist die Inanspruchnahme des Bürgen bei der sog. Bürgschaft auf erstes Anfordern, die gesetzlich nicht weiter geregelt ist, sich jedoch aus praktischen Erwägungen heraus entwickelt hat und mittlerweile anerkannt ist.<sup>56</sup> Entwickelt hat sich dieses Rechtsinstitut als Ersatz für das früher übliche Bardepot (*cash deposit*),<sup>57</sup> dessen Nachteil die Bindung der eingesetzten Mittel von Anfang an ist. Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verpflichtet sich der Bürge zur Zahlung auf die erste schriftliche Aufforderung hin. Der Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern kann der Bürge nur noch den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten.<sup>58</sup>

Im geschäftlichen Verkehr erfolgt die Stellung einer Bürgschaft regelmäßig durch eine Bank. Bankbürgschaften sind in aller Regel gem. § 777 Abs. 1 BGB zeitlich befristet, so dass die Bürgschaft bei Nichtinanspruchnahme am Laufzeitende von selbst erlischt. Der Nachteil einer solchen Bürgschaft auf Zeit ist, dass die Möglichkeit des Erlöschens des Sicherungsmittels vor Erledigung des Sicherungszwecks besteht. Diesem Risiko kann durch die Verwendung von sog. „pay-or-extend“-Klauseln vorgebeugt werden, die den

<sup>55</sup> Ellenberger, in Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 232 Rn. 1.

<sup>56</sup> BGHZ 152, 246, 250 ff.

<sup>57</sup> Arnold, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht, S. 11 m.w.N.

<sup>58</sup> BGHZ 143, 381, 384; Habersack, in: MünchKomm-BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, § 765 Rn. 103.

Bürgen im Falle des Ablaufs der Sicherheit vor endgültiger Schuldentilgung verpflichtet, die Bürgschaft entweder zu verlängern oder auf die Bürgschaft zu leisten.

Die Bank als Sicherungsgeber geht mit Übernahme einer Bürgschaft ein Risiko ein. Dafür stellt die Bank dem Schuldner eine Provision, die sog. Avalprovision, in Rechnung, deren Höhe sich am Ausfallrisiko und der Ausgestaltung der übernommenen Bürgschaft bemisst. Avalprovisionen liegen zwar deutlich unter den Zinsen für einen Barkredit, aufgrund der Höhe der Rückbaukosten bei Offshore-Windparks führt jedoch auch die Avalprovision zu erheblichen Kosten für den Sicherungsgeber. Hinzu kommt, dass die projektfinanzierenden Banken bei Offshore-Projekten ggf. nicht bereit sind, zusätzlich zu der Finanzierung eines Teils der Investitionskosten auch noch einen Bürgschaftskredit einzuräumen.

d) Weitere Sicherheiten nach Ziffer 2 Anhang zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV

aa) Konzernbürgschaft

Die SeeAnIV nennt als zusätzliches Sicherungsmittel die Stellung einer Konzernbürgschaft (Ziffer 2 2. Alt. Anhang zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV). Bei einer Konzernbürgschaft handelt es sich um eine normale Bürgschaft im Sinne des § 232 Abs. 2 BGB. Der Begriff der Konzernbürgschaft zeigt lediglich an, dass der Bürge gesellschaftsrechtlich mit dem Schuldner im Rahmen einer Konzernstruktur verbunden ist. Die ausdrückliche Nennung als „eigenständiges“ Sicherungsmittel ist insofern überraschend. Da die Konzernbürgschaft zu Sicherungszwecken eine Bürgschaft gem. § 232 Abs. 2 BGB darstellt, dürfte auch die Vorschrift des § 239 Abs. 1 BGB bzgl. der Tauglichkeit des Bürgen Anwendung finden. Die Werthaltigkeit der Konzernbürgschaft hängt von der Bonität des bürgenden Konzernunternehmens ab. Dabei ergibt sich zum einen das Problem, dass das BSH keine eigene Bonitätsprüfung vornehmen kann, zum anderen kann sich die Bonität des Bürgen über die Laufzeit der Genehmigung verändern, weswegen Konzernbürgschaften in Großbritannien auch nicht als geeignetes Sicherungsmittel angesehen werden.<sup>59</sup> Sofern eine Sicherung durch eine Konzernbürgschaft erfolgen soll, muss daher die Bonität in geeigneter Weise nachgewiesen werden. Dies kann durch den Nachweis eines ausreichenden Ratings durch eine anerkannte Ratingagentur (z. B. Moody's, Standard & Poor's, Fitch, DBRS) geschehen. Die besten Ratings werden als „investment grade“ bezeichnet, wobei aus Sicht des BSH ein Rating von mindestens „A-“ bzw. „A3“ zu fordern sein dürfte (in England wird für Personalsicherheiten, wie Bürgschaften, ein Rating von mindestens „AA“ bzw. Aa2“ verlangt).<sup>60</sup> Dem Risiko der Bonitätsverschlechterung könnte z. B. dadurch begegnet werden, dass der Nachweis des Ratings in bestimmten Abständen neu vorgelegt und bei einer Verschlechterung unter „investment grade“ (bzw. „A-“/„A3“)

<sup>59</sup> Siehe nachfolgend unter D.

<sup>60</sup> Zu den Ratingcodes und ihrer Bedeutung vgl. Anhang 3. Zu der Praxis in England nachfolgend unter D.

eine andere Rückbausicherheit gestellt werden muss. Ferner könnte die Stellung einer Konzernbürgschaft in der Anfangsphase eines Projekts mit dem Aufbau einer Rückbaurücklage ab Inbetriebnahme kombiniert werden, so dass eine Rückbausicherheit vorhanden ist, selbst wenn sich später die Bonität des Konzernbürgen verschlechtert und eine Ersatzsicherheit nicht gestellt werden kann.

Wird ein Offshore-Windpark durch eine von der öffentlichen Hand getragene Gesellschaft (insbesondere Kommunalgesellschaft in Form einer GmbH) betrieben, ist eine „Konzernbürgschaft“ der öffentlichen Hand prinzipiell ebenfalls möglich. Eine Bürgschaft direkt durch eine Kommune wird allerdings wegen der erforderlichen Zustimmung der Kommunalaufsicht für eher unwahrscheinlich gehalten. Handelt es sich bei dem Bürgen um eine Kommunalgesellschaft, z. B. ein Stadtwerk, wird ein Rating als Grundlage einer Bonitätsprüfung in der Regel nicht vorliegen und die Beauftragung eines Ratingunternehmens wegen der damit verbundenen Kosten (insbesondere bei in Abständen zu wiederholendem Nachweis) nicht gewünscht sein. Ist der Bürge ein Unternehmen, dessen Gesellschafter die öffentliche Hand ist, kann ein Verzicht auf ein Rating erwogen werden.

In dem Fall des Windparks Borkum West II ist Betreiber des Windparks die Trianel Windkraftwerk Borkum GmbH & Co. KG. Sollte eine Konzernbürgschaft gewährt werden, wäre üblicherweise die Trianel GmbH als Konzernmutter Bürge, nicht jedoch die nur mittelbar hinter der Trianel als Stadtwerke-Kooperation stehenden Gesellschaften oder gegebenenfalls Kommunen.

Wird die Bürgschaft von der öffentlichen Hand oder aus deren Mitteln (z. B. direkt von einer Kommune an ein Kommunalunternehmen) gewährt, könnte sich die Frage stellen, ob darin eine (unzulässige) Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV zu sehen wäre. Allerdings ist diese Frage nicht durch das BSH zu beurteilen sondern durch die Europäische Kommission. Sollte es sich im Einzelfall um eine unzulässige Beihilfe handeln, besteht das Risiko, dass die Bürgschaft unwirksam ist. Ob im Falle von Dreiecksverhältnissen (wie hier zwischen Bürge – Projektbetreiber – BSH) eine unzulässige Beihilfe nur zur Unwirksamkeit im Verhältnis zum Beihilfegünstigen (Projektbetreiber) führt oder auch im Verhältnis zu Dritten (BSH), ist sehr umstritten.<sup>61</sup> Sicherheit könnte in einem solchen Fall nur durch strenge Einhaltung der Kriterien der Bürgschaftsmittelung der Kommission (insbes. Limitierung der Bürgschaft auf maximal 80% des Risikos und marktgerechte Vergütung) oder durch vorsorgliche Notifizierung erlangt werden.

#### bb) Garantie

Neben der Konzernbürgschaft kann eine Garantie als Sicherheit gestellt werden (Ziffer 2 3. Alt. Anhang zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV). Unter einer Garantie versteht man eine

<sup>61</sup> Vgl. z. B. *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 106, 108.

selbständige, vom Bestehen der Hauptschuld unabhängige Verpflichtung. Der Garant übernimmt das Risiko eines bestimmten Erfolgseintritts, ohne dass tatsächlich eine Verpflichtung des Schuldners bestehen muss.<sup>62</sup> Aufgrund der fehlenden Akzessorietät zur Hauptverbindlichkeit führt das teilweise Erlöschen der garantierten Schuld oder sogar deren Nichtentstehung nicht automatisch zum Erlöschen der durch die Garantieerklärung geschaffenen neuen Verbindlichkeit.<sup>63</sup> In der Praxis wird durch einen Sicherungsvertrag eine schuldrechtliche Verknüpfung von Haupt- und Garantieverbindlichkeit hergestellt, die jedoch nichts an der fehlenden Akzessorietät der Garantie ändert.

cc) Sonstiges Zahlungsversprechen eines Kreditinstituts

Als weitere Sicherungsmittel können gemäß Ziffer 2 4. Alt. Anhang zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV auch sonstige Zahlungsversprechen eines Kreditinstituts dienen. Genauer definiert wird der Begriff der „sonstigen Zahlungsversprechen“ nicht. Hierzu könnten z. B. der Schuldbeitritt, das abstrakte Schuldanerkennen und das Akkreditiv gezählt werden. Da der Schuldbeitritt und das abstrakte Schuldversprechen in der Bankenpraxis nicht vorkommen und Akkreditive nur im Außenhandel üblich sind, verzichten wir auf eine Darstellung dieser Zahlungsversprechen.

dd) Handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellung

Für die handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellung (Ziffer. 2 5. Alt. Anhang zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV) ist zweifelhaft, ob es sich um ein gleichwertiges Sicherungsmittel handelt. Eine kurze Erläuterung zu Rückstellungen und deren Bildung fügen wir zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen in Anhang 4 bei.

Das Bundesverwaltungsgericht hat zu § 19 Abs. 4 Satz 2 letzte Alt. DepV a. F. entschieden, dass hierdurch die durch die Ermächtigungsgrundlage gezogenen Grenzen überschritten wurden.<sup>64</sup> Wie Ziffer 2 des Anhangs zur SeeAnIV ließ auch § 19 Abs. 4 Satz 2 letzte Alt. DepV a. F. die Bildung einer handelsrechtlich zu bildenden betrieblichen Rückstellung als gleichwertiges Sicherungsmittel zu. Zur Begründung hat das Gericht folgendes ausgeführt:

*„Dem Verordnungsgeber wird – mangels Verlautbarung des Gesetzgebers – keine Befugnis eingeräumt zu einer abweichenden Bestimmung des materiellen Gehalts einer Sicherheit. Hierzu hat auch keinerlei Veranlassung bestanden, da der Begriff der Sicherheit durch § 232 BGB mit seinem seit langem genau umrissenen Bedeutungsgehalt ausreichend vorgegeben und bestimmt war und hieran folglich auch die Gleichwertigkeit eines anderen Sicherungsmittels zu messen ist. Dem*

<sup>62</sup> Schmitz/Wassermann/Nobbe, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 92 Rn. 1.

<sup>63</sup> Kleine-Möller, NZBau 2002, 585, 590.

<sup>64</sup> BVerwG, Urt. v. 26.06.2008, Az. 7 C 50.07, DÖV 2008, 920.

*Verordnungsgeber sollte somit ersichtlich nicht eine Neudefinition oder inhaltliche Neubestimmung des Begriffs Sicherheit überlassen werden.*<sup>65</sup>

Unter Bezugnahme auf den Zweck der Sicherheitsleistung kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass dieser Zweck die Insolvenzfestigkeit des Sicherungsmittels voraussetzt. Die in § 232 BGB genannten Sicherheiten erfüllen diese Voraussetzungen. Weiter führt das Gericht aus:

*„Während aber bei dinglichen Sicherheiten oder bei einer Hinterlegung von Geld mit dem daraus resultierenden Pfandrecht (§ 233 BGB) der begünstigte Gläubiger im Insolvenzverfahren absonderungsberechtigt und die geleistete Sicherheit somit insolvenzfest ist (§ 49 ff. InsO), behält der Schuldner bei Bildung einer betrieblichen Rückstellung den grundsätzlich freien Zugriff auf diese Vermögensmasse. Mit der Bildung einer betrieblichen Rückstellung widmet der Schuldner die betreffenden Mittel lediglich dem Sicherungszweck, es bestehen aber keinerlei nach außen wirkende, im Insolvenzverfahren wirksam geschützte Rechte der Behörden an der Rückstellung, sondern lediglich die schuldrechtliche Verpflichtung des Anlagenbetreibers zur zweckentsprechenden Verwendung der Mittel. Eine Rückstellung führt somit grundsätzlich nicht zu einer in irgendwelchen Weise vorrangigen Befriedigung desjenigen, zu dessen Gunsten sie gebildet ist. Auf diese kann folglich von der Behörde nicht vorrangig zur Befriedigung verauslagter Kosten (...) zugegriffen werden. Im Regelfall sind diese Mittel bei Insolvenz des (...)betreibers bereits für andere Zwecke verwendet bzw. Drittgläubigern zugeflossen.“<sup>66</sup>*

*(Auslassungen durch die Verfasser)*

Die Entscheidung ist auf die Seeanlagenverordnung übertragbar. Auch § 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG stellt auf den Begriff der Sicherheit ab, ohne ihn näher zu definieren.<sup>67</sup> Hiervon konnte auch der Verordnungsgeber nicht abweichen.

Wie Ziffer 2 des Anhangs der Seeanlagenverordnung verdeutlicht, muss es sich bei den erwähnten Sicherheiten um gleichwertige Sicherheiten handeln. Der Begründung des Bundesverwaltungsgerichts folgend handelt es sich bei der in Ziffer 2 genannten handelsrechtlich zu bildenden betrieblichen Rückstellung nicht um ein gleichwertiges Sicherungsmittel. Die Seeanlagenverordnung überschreitet damit zumindest insofern die Ermächtigungsgrundlage des Seeaufgabengesetzes und ist daher unseres Erachtens teilnichtig.

e) Sonstige nicht im Anhang der SeeAnIV genannte Sicherheiten

Die Aufzählung der Sicherungsmittel in Ziffer 2 der Anlage zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV ist nicht abschließend, da der Wortlaut der Norm diese lediglich „insbesondere“ erwähnt.

<sup>65</sup> BVerwG, DÖV 2008, 920, 921.

<sup>66</sup> BVerwG, DÖV 2008, 920, 922.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu aber auch unter C.II.1.e).

Insofern können neben den explizit im Anhang und in § 232 BGB genannten Sicherungsmitteln auch andere Rechtsinstrumente Anwendung finden.

Im Gegensatz zu § 32 Abs. 3 KrW-/AbfG sieht § 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG nicht vor, dass auch ein gleichwertiges Sicherungsmittel erbracht werden kann. Bei enger Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG könnten damit auch im Rahmen der Seeanlagenverordnung nur die Sicherheiten gemäß § 232 BGB in Betracht kommen. Das BSH könnte folglich nicht einmal gleichwertige Sicherheiten verlangen. Es ist allerdings zweifelhaft, dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Der Gesetzesbegründung ist zwar nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass der Gesetzgeber andere gleichwertige Sicherungsmittel zulassen wollte. Vielmehr wird in der Begründung nur der Begriff „Sicherheit“ verwendet. Allerdings hätte dies eine sehr starke Einschränkung möglicher Sicherheiten zur Folge. Überträgt man die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Deponieverordnung jedoch streng, hätte dies eine Teilnichtigkeit der Seeanlagenverordnung zur Folge, soweit diese die Leistung von anderen als den in § 232 BGB genannten Sicherheiten vorsieht. Diese Folge ist mit dem Gesetzgeber zu erörtern. Wir empfehlen, auf eine entsprechende Änderung des Seeaufgabengesetzes zu drängen. Im Folgenden gehen wir davon aus, dass ein Gericht den hypothetischen Willen des Gesetzgebers ermitteln und auch andere gleichwertige Sicherungsmittel zulassen würde.

#### aa) Sicherungsübereignung

Ein klassisches Sicherungsmittel, das oben bereits kurz angesprochen wurde, stellt die Sicherungsübereignung (nachfolgend: SiÜ) dar, die die Verpfändung beweglicher Sachen im Wirtschaftsleben nahezu vollständig ersetzt hat. Dies liegt an den erheblichen praktischen Vorteilen, die die SiÜ gegenüber der Verpfändung genießt. So wurde bereits darauf hingewiesen, dass im Rahmen einer Verpfändung die zu verpfändende Sache aus dem Besitz des Verpfänders in die Hand des Pfandgläubigers übergehen und dort verbleiben muss, sie mithin dem Verpfänder nicht mehr zur Nutzung zur Verfügung steht. Dies ist bei der SiÜ anders, die sich rechtstechnisch als Übereignung des Sicherungsgegenstandes gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB darstellt<sup>68</sup> und dem Sicherungsgeber gleichzeitig ermöglicht, im Besitz der Sache zu bleiben und diese weiterhin wirtschaftlich zu nutzen. Neben diese Übereignung tritt ein Sicherungsvertrag, in dem die Modalitäten sowohl der Rückgewähr als auch der potentiellen Verwertung des Sicherungsgutes geregelt werden.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Kindl, in: Bamberger/Roth, Band 2, 2. Aufl. 2008, § 930 Rn. 10.

<sup>69</sup> Siehe zum Inhalt eines solchen Vertrages *Ganter*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 95 Rn. 27 ff.

#### (A) Rechtsstellung des Sicherungsnehmers

Der Sicherungsvertrag stellt das zentrale Element der SiÜ dar und charakterisiert dessen Einordnung als Treuhandinstitut, da das Sicherungseigentum sachenrechtlich zwar Volleigentum darstellt, seinem Inhalt nach aber Beschränkungen unterliegt. So ist der Sicherungsnehmer nur in den im Rahmen des Sicherungsvertrages festgelegten Grenzen befugt, über das Sicherungsgut zu verfügen. Auch fällt es bei Eintritt des Sicherungsfalles nicht automatisch an den Sicherungsnehmer, sondern ist auf dem vereinbarten Wege zu verwerten.

Die Tatsache, dass das Sicherungseigentum dem Sicherungsnehmer nur bedingtes Volleigentum gewährt, wird insbesondere bei Insolvenz des Sicherungsgebers deutlich, da dem Sicherungsnehmer in diesem Fall lediglich ein Absonderungsrecht gem. § 51 Nr. 1 InsO zusteht. Dies bedeutet, dass das Sicherungsgut durch den Insolvenzverwalter zusammen mit den restlichen Aktiva des Sicherungsgebers verwertet und der Sicherungsnehmer lediglich vorrangig aus dem durch den Verkauf des Sicherungsgutes erzielten Erlös befriedigt wird.<sup>70</sup> Ihm steht anders als dem unbedingten Volleigentümer kein Aussonderungsrecht zu, das ihn berechtigen würde, den Gegenstand als solchen herauszuverlangen.<sup>71</sup>

Vollstrecken Gläubiger des Sicherungsgebers in den sicherungsübereigneten Gegenstand, so kann der Sicherungsnehmer der Zwangsvollstreckung widersprechen (§ 771 ZPO).

#### (B) Sicherungsübereignung bei Finanzierung

Wie bereits dargestellt, kommen Gegenstände eines Offshore-Windparks nur dann als Sicherungsgegenstand in Betracht, wenn diese nicht bereits im Rahmen einer Finanzierung an die kreditgebenden Banken sicherungsübereignet sind. Andernfalls könnten sie als zusätzliches Sicherungsmittel ab dem Zeitpunkt genutzt werden, in dem die gesicherten Kredite zurückgezahlt und die Anlagen rückübereignet wurden.

Eine Vereinbarung mit den finanzierenden Banken dahingehend, dass das BSH im Verwertungsfall aus den Erlösen vorrangig die Rückbaukosten erhält, ist dem System der erstrangigen Besicherung und Befriedigung der projektfinanzierenden Banken fremd, wäre aber unseres Erachtens für das BSH akzeptabel. Würden die Banken einer solchen Vereinbarung zustimmen, wäre dies allerdings seitens der Banken bei der Risiko- und Sicherheitsbewertung zu berücksichtigen und würde sich damit im Zweifel auch auf die Preisbildung (Zinsen und sonstige Entgelte) auswirken, also den Kredit verteuern. Zu beachten ist, dass der Erlös aus der Verwertung einer Sicherheit nur zur Tilgung derjenigen Forderungen verwendet werden darf, die Gegenstand der

<sup>70</sup> Gottwald/Adolphsen, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 42 Rn. 1; Ganter, in: MünchKomm-InsO, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 51 Rn. 4 ff.

<sup>71</sup> K. Schmidt, in: MünchKomm-ZPO, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 771 Rn. 29 m.w.N.

Sicherungszweckvereinbarung sind, also gemäß Vereinbarung besichert werden. Eine Vereinbarung zur vorrangigen Auskehr eines Verwertungserlöses an das BSH müsste deshalb unter Beteiligung der Projektgesellschaft als Sicherungsgeber getroffen werden und vorsehen, dass die Banken die Sicherheit treuhänderisch auch für das BSH halten bzw. dass der Sicherungszweck auch die Deckung der Rückbaukosten umfasst. Übersteigt der zu erwartende Erlös die Rückbaukosten nicht, werden die Banken kein Interesse daran haben die Verwertung vorzunehmen; für diesen Fall könnte vereinbart werden, dass die Banken ggf. dem BSH die Verwertung überlassen und das BSH dann den Verwertungserlös (teilweise) einbehalten darf.

### (C) Gegenstand der Sicherungsübereignung und Bewertung

Gegenstand einer Sicherungsübereignung können die Windenergieanlagen, das Umspannwerk und die Kabel sein (zu den damit verbundenen Rechtsfragen sogleich). Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die Windenergieanlagen, gelten aber für das Umspannwerk und die Kabel gleichermaßen.

Soweit die Anlagen als Rückbausicherheit übereignet werden sollen, stellt sich die Frage, mit welchem Wert diese als Rückbausicherheit berücksichtigt werden können. Bei einem Rückbau vor Ablauf der Nutzungsdauer können die Anlagen oder Bestandteile der Anlagen noch funktionsfähig sein (z. B. wenn der Rückbau wegen Problemen im Bereich der Fundamente erfolgt), so dass diese weiterverkauft werden könnten. Insofern stellt sich die Frage, ob zunächst (z. B. in der ersten Hälfte der vorgesehenen Betriebsdauer) auf den Wiederverkaufswert abzustellen ist. Dies erscheint allerdings problematisch, weil nicht vorherzusehen ist, aus welchen Gründen es vor dem normalen Betriebsende zu einem Rückbau kommt und ob tatsächlich Anlagen(teile) wiederverwendbar sind. Es sollte deshalb lediglich der Schrottwert angerechnet werden. Der Schrottwert ergibt sich im Wesentlichen aus dem Wert des verwendeten Stahls und Kupfers. Da das BSH den Schrottwert nicht selbst ermitteln kann, müsste der voraussichtliche Schrottwert durch ein Sachverständigengutachten nachgewiesen werden. Aufgrund der starken Preisschwankungen im Rohstoffbereich kann die Prognoseunsicherheit nur durch einen Abschlag auf den festgestellten Schrottwert, eine regelmäßige Aktualisierung der Bewertung und ggf. Anpassung der Höhe der für die Differenz zwischen Rückbaukosten und Schrottwert zu bestellenden Sicherheit aufgefangen werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der aktuelle Marktpreis im Verwertungsfall häufig nicht realisiert werden kann. Dem trägt § 237 BGB Rechnung, der für die Verpfändung beweglicher Sachen einen Risikoabschlag von einem Drittel des Schätzwertes vorsieht. Diese Vorschrift ist zwar auf die Sicherungsübereignung nicht anwendbar<sup>72</sup>, kann aber als erste Orientierungshilfe dienen. Möglicherweise ist es sinnvoll, den Risikoabschlag mit zunehmender Betriebsdauer zu erhöhen, da es gegen

---

<sup>72</sup> BGH, NJW 1998, 671.

Ende der Betriebszeit schwierig werden kann, eine Ersatzsicherheit zu erlangen, falls es zu einem starken Preisrückgang kommt.

(D) Rechtslage in der AWZ

Bei der SiÜ von Windenergieanlagen in der AWZ sind außerdem zwei Fragen zu beantworten, die in der Literatur vielfach diskutiert worden sind: Ist das BGB in der AWZ anwendbar, eine SiÜ nach deutschem Zivilrecht also rechtlich möglich, und handelt es sich bei den Windenergieanlagen um bewegliche Sachen, die Gegenstand einer SiÜ sein können. Rechtsprechung zu der Frage des anwendbaren Zivilrechts ist bisher nicht vorhanden. In der Literatur wird von vereinzelt Stimmen argumentiert, das deutsche Zivilrecht müsse – mangels originärer Anwendbarkeit – unter Zuhilfenahme ausdrücklicher gesetzlicher Erstreckungsklauseln auf das Gebiet der AWZ ausgedehnt werden.<sup>73</sup> Da eine Erstreckungsklausel im BGB fehle, könne deutsches Zivilrecht in der AWZ keine Anwendung finden. Die Mehrzahl der Autoren geht dagegen mit unterschiedlicher Begründung davon aus, dass das Sachenrecht des BGB auf Offshore-Anlagen ohne weiteres anzuwenden ist und Anlagenbestandteile daher nach deutschem Recht sicherungsübereignet werden können.<sup>74</sup> Wir gehen davon aus, dass deutsches Zivilrecht in der AWZ Anwendung findet und damit eine SiÜ von Anlagen möglich ist.

Die SiÜ setzt weiter voraus, dass es sich bei den Windenergieanlagen um bewegliche Sachen handelt. Im Anschluss an die Diskussion, ob es sich bei Onshore-Anlagen um bewegliche Sachen oder um Grundstücksbestandteile handelt, ist diese Frage auch für Offshore-Anlagen gestellt worden. Bei Onshore-Projekten dreht sich die Diskussion darum, ob es sich bei den Windenergieanlagen um Gebäude oder um Maschinen handelt und ob die Anlagen, wenn es sich um Gebäude handelt, gem. § 94 Abs. 1 BGB zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks werden, auf dem sie errichtet sind. Als wesentliche Bestandteile gelten Gegenstände, die dauerhaft auf ein Grundstück gelangen und mit diesem fest verbunden werden. Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks können nur mit dem Grundstück als Einheit veräußert oder belastet werden und folglich nicht mehr Gegenstand einer SiÜ sein. Auch dann, wenn es sich bei den Anlagen grundsätzlich um wesentliche Bestandteile des Grundstücks handelt, kann aber die Eigenschaft als bewegliche Sache unter bestimmten Voraussetzungen erhalten bleiben; es handelt sich dann um sog. Scheinbestandteile. Gegenstände, die nur zu einem vorübergehenden Zweck (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder in Ausübung eines dinglichen Rechts (bei Windparks in der Regel eine Dienstbarkeit) (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB) auf ein Grundstück verbracht werden, sind keine wesentlichen Bestandteile. Im Bereich der AWZ, in der fast alle der derzeit genehmigten Projekte angesiedelt sind,

<sup>73</sup> Vgl. die Nachweise bei *Dinger/Goldner*, ZBB 2009, 204, 206; *Wurmnest*, *RabelsZ* 2008, 236, 245.

<sup>74</sup> *Diekamp*, ZBB 2004, 10, 22; *Wurmnest*, *RabelsZ* 2008, 236, 249; *Dinger/Goldner*, ZBB 2009, 204, 212; *Büllesfeld/Multmeier*, ZNER 2009, 7, 8 m.w.N.; *MüllerHelle/Theilmann*, RdE 2010, 369 f; vgl. auch *Hille/Schröder/Dettmer/Visser*, VersR 2010, 585.

stellt sich diese Frage jedoch nicht, weil § 94 BGB das Vorhandensein eines Grundstücks voraussetzt. Der Meeresboden in der AWZ steht in niemandes Eigentum<sup>75</sup>, so dass dort errichtete Windenergieanlagen auch nicht Bestandteil eines „Meeresgrundstücks“ werden können.

#### bb) Forderungsabtretung

Eine weitere Sicherheit stellt die Forderungsabtretung dar, wobei insbesondere an die Abtretung von Einspeiseerlösen oder Versicherungsansprüchen zu denken ist.

Wird das Projekt durch Banken finanziert, scheidet eine Forderungsabtretung wegen der Sicherungsabtretung an die Kreditgeber aus, solange die Finanzierung nicht vollständig zurückgeführt und die Kreditsicherheiten frei gegeben sind.

Darüber hinaus kommt die Abtretung von Einspeiseerlösen als Rückbausicherheit auch aus praktischen Gründen nicht in Betracht, da im Falle eines vollständigen Rückbaus der Anlage keine Erlöse mehr erzielt werden können. Anders ist es lediglich dann, wenn nur einzelne Anlagen vorzeitig zurückgebaut werden müssen und die verbleibenden Anlagen weiterhin Strom produzieren. Da aber auch der Fall des vollständigen Rückbaus abgesichert werden muss, ist die Abtretung von Einspeiseerlösen keine geeignete Sicherheit.

Die Abtretung von Versicherungsansprüchen (z. B. aus Sachversicherungen, Maschinen- und Elektronikversicherungen oder Betriebsunterbrechungs- und Ertragsausfallversicherungen) ist ebenfalls unpraktikabel, da die Abtretung nur dann zu einer Zahlung an das BSH führen würde, wenn der Rückbau aufgrund eines Versicherungsfalles vorgenommen und die Versicherungssumme zur Deckung der Rückbaukosten verwendet werden dürfte (was regelmäßig nicht der Fall sein wird). In allen anderen Fällen würde die Abtretung von Versicherungsansprüchen nicht dazu führen, dass das BSH die Sicherheit zur Deckung der Rückbaukosten in Anspruch nehmen könnte.

#### cc) Patronatserklärung (harte Patronatserklärung, weiche Patronatserklärung)

Die gesetzlich nicht geregelte Patronatserklärung zeichnet sich dadurch aus, dass ein sog. Patron gegenüber dem Gläubiger eines Schuldners bestimmte Zusagen im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners macht, um dessen Kreditwürdigkeit zu stärken. Patronatserklärungen werden dabei regelmäßig für konzernangehörige Unternehmen abgegeben: Eine Muttergesellschaft stellt durch ihre Erklärung dem Gläubiger eines ihrer Tochterunternehmen ein bestimmtes Verhalten in Aussicht, das die Chance auf Begleichung der Verbindlichkeiten durch das Tochterunternehmen verbessert. Inhaltlich können die unter dem Oberbegriff der Patronatserklärung zusammengefassten Rechtsinstrumente sehr unterschiedlich

---

<sup>75</sup> Siehe oben unter C.II.1.b)dd).

ausgestaltet sein, sie reichen – bei fließenden Übergängen – von unverbindlichen Erklärungen bis hin zu Zusagen mit bürgschafts- bzw. garantieähnlichem Charakter.

Mit Patronatserklärungen wurde ursprünglich das Ziel verfolgt, die bei Bürgschaften und Garantien bestehende Pflicht zur Ausweisung in der Bilanz (als Eventualverbindlichkeit) zu vermeiden, da der Bilanzvermerk als kreditmindernd angesehen wurde. Jedenfalls harte Patronatserklärungen sind aber ebenfalls auszuweisen und bieten daher für den Patron insofern keinen Vorteil.<sup>76</sup>

Grundsätzlich lassen sich zwei Arten von Erklärungen unterscheiden, sog. weiche und harte Patronatserklärungen. Weiche Patronatserklärungen enthalten lediglich unverbindliche Tatsachenbeschreibungen oder moralisch bindende „Goodwill“-Erklärungen<sup>77</sup> und sind zu Sicherungszwecken daher ungeeignet.

Häufig verwendete Formulierungen sind etwa:

„Wir erklären, dass es eines unserer Ziele ist, die Bonität unserer Tochtergesellschaft aufrechtzuerhalten“, „die Leitung der Tochtergesellschaft genießt unser vollstes Vertrauen“ oder „wir sind zuversichtlich, dass unsere Tochtergesellschaft in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber zu erfüllen“.

Harte Patronatserklärungen begründen demgegenüber verbindliche, einklagbare Ansprüche, da sich die Muttergesellschaft in diesem Fall gegenüber einem Dritten dazu verpflichtet, die Tochtergesellschaft so zu leiten und finanziell auszustatten, dass diese ihre Verbindlichkeiten fristgemäß erfüllen kann.<sup>78</sup> Die harte Patronatserklärung wird als ein der Bürgschaft oder Garantieerklärung vergleichbares Sicherungsmittel angesehen.<sup>79</sup> Eine harte Patronatserklärung kann z. B. wie folgt lauten:<sup>80</sup>

„Wir übernehmen die uneingeschränkte Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass unsere Tochtergesellschaft in der Zeit, in der sie ihre Kredite einschließlich Zinsen und Nebenkosten nicht vollständig zurückgezahlt hat, in der Weise geleitet und finanziell ausgestattet wird, dass sie stets in der Lage ist, allen ihren Verpflichtungen fristgemäß nachzukommen, und dass Ihnen die an Sie zurückgezahlten Beträge unter allen Umständen endgültig verbleiben.“

Wird die Tochtergesellschaft (oder ein anderer patronierter Dritter) insolvent, haftet der Patron dem Empfänger der Patronatserklärung auf Schadensersatz wegen

<sup>76</sup> Hauck, von Rumohr, Haftung aus einer harten Patronatserklärung, NJOZ 2010, 1250; siehe auch Prinz zu Löwenstein, in: Siebel/Röver/Knütel, Rn. 2344.

<sup>77</sup> Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 98 Rn. 57.

<sup>78</sup> Habersack, in: MünchKomm-BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, Vor. § 765 Rn. 50; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 98 Rn. 25.

<sup>79</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1042, 1043; BGH, NJW 1992, 2093, 2095.

<sup>80</sup> Nach BGH, NJW 2010, 144.

Nichterfüllung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 2 BGB<sup>81</sup>; der Patron haftet neben dem Schuldner für die Leistung (und nicht nur für den Ausfall).<sup>82</sup> Vor dem Eintritt der Insolvenz hat der Gläubiger bei Nichtzahlung dagegen nach h. M. keinen direkten Anspruch gegen den Patron. Der Zahlungsanspruch richtet sich bis zur Insolvenz bzw. bis zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit<sup>83</sup> allein gegen das patronierte Unternehmen<sup>84</sup> und sichert nicht gegen das Risiko der Zahlungsunwilligkeit des Schuldners.<sup>85</sup> Bestreitet das patronierte Unternehmen die Rückbaupflicht oder erfüllt es diese aus anderen Gründen als der Zahlungsfähigkeit nicht, so müssen Kosten einer eventuellen Ersatzvornahme im Wege der Vollstreckung gegenüber dem verpflichteten Unternehmen beigetrieben werden. Die Patronatserklärung ist daher gegenüber der Bürgschaft die schwächere Sicherheit.<sup>86</sup> Dennoch meinen wir, dass die Patronatserklärung noch als gleichwertig im Sinne der SeeAnIV anzusehen ist: Dies folgt aus ihrem bürgschafts-/garantieähnlichen Charakter und daraus, dass sie aufgrund des unmittelbaren Zahlungsanspruchs gegen den Patron im Falle der Zahlungsunfähigkeit des patronierten Unternehmens sicherstellt, dass die Kosten einer eventuellen Ersatzvornahme nicht der öffentlichen Hand zur Last fallen. Da sie – wie bereits erwähnt – ebenfalls in der Bilanz ausgewiesen werden muss, bietet sie dem die Sicherheit stellenden Unternehmen gegenüber einer (Konzern)Bürgschaft keinen Vorteil.

Im Rahmen des Anhang 7 zu § 22a Abs. 3 Satz 4 ABergV ist die Abgabe harter Patronatserklärungen als Sicherheitsleistung übliche Praxis (siehe nachstehend unter IV.1.c)).

Bei einer (harten) Patronatserklärung kommt es für die Werthaltigkeit der Sicherheit ebenso wie bei der Bürgschaft auf die Bonität des Dritten, hier des Patrons an, die in geeigneter Weise, insbesondere durch ein Rating, nachgewiesen werden muss. Hierzu gelten die gleichen Erwägungen wie bei der Konzernbürgschaft (siehe oben unter II.1.d)aa))

#### dd) Treuhand

Unter einem Treuhandverhältnis versteht man ganz allgemein ein gesetzlich nicht geregeltes Rechtsverhältnis, bei dem ein Treugeber einem Treuhänder Rechte überträgt (echte Treuhand/Vollrechtstreuhand) oder Rechtsmacht zur Verfügung über bestimmte

<sup>81</sup> BGH, WM 2003, 1178, 1180; *Merkel*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 98 Rn. 37. Nach anderer Ansicht folgt die Verpflichtung zur Zahlung an den Gläubiger aus dem Patronatsvertrag selbst, vgl. *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, Vor. § 765 Rn. 52.

<sup>82</sup> BGH, NJW 1992, 2093, 2095.

<sup>83</sup> Vgl. BGH, NJW 1992, 2093, 2095.

<sup>84</sup> *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, Vor. § 765 Rn. 50; *Hauck, von Rumohr*, NJOZ 2010, 1250, 1253.

<sup>85</sup> *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, Vor. § 765 Rn. 50.

<sup>86</sup> *Prinz zu Löwenstein*, in: Siebel/Röver/Knüttel, Rn. 2344.

Rechte einräumt (unechte Treuhand), der Treuhänder jedoch bei der Ausübung der erworbenen Rechtsmacht schuldrechtlichen Beschränkungen des im Innenverhältnis geschlossenen Treuhandvertrags unterliegt.<sup>87</sup> Charakteristisch für ein Treuhandverhältnis ist somit, dass die Rechtsmacht des Treuhänders im Außenverhältnis weiter geht als seine Befugnisse im Innenverhältnis.

Nach den verschiedenen Zwecken, denen ein Treuhandverhältnis dienen kann, unterscheidet man die Verwaltungs- und die Sicherungstreuhand.

Bei der Verwaltungstreuhand, die auch als fremdnützige Treuhand bezeichnet wird, überträgt der Treugeber Rechte an den Treunehmer, damit dieser für ihn bestimmte Interessen wahrnimmt (z. B. Vermögensverwaltung).

Die eigennützige Sicherungstreuhand zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass die Übertragung von Rechten durch den Treugeber an den Treunehmer zum Zweck der Sicherung bestimmter Ansprüche erfolgt. In dem schuldrechtlichen Treuhandvertrag (Sicherungsabrede) wird geregelt, unter welchen Bedingungen der Treunehmer zur Verwertung des übertragenen Rechts bzw. zur Ausübung der eingeräumten Rechtsmacht nach dem Innenverhältnis berechtigt ist.<sup>88</sup> Hierunter fällt auch die bereits behandelte Sicherungsübereignung.

Wird ein Treuhänder für zwei Parteien mit widerstreitenden Interessen treuhänderisch tätig, wobei im Verhältnis zu einer Partei ein Verwaltungstreuhandverhältnis, im Verhältnis zur anderen Partei ein Sicherungstreuhandverhältnis besteht, so liegt eine sog. doppelseitige Treuhand vor.

Zur Absicherung der Rückbaukosten könnten Vermögenswerte auf einen Doppeltreuhänder übertragen werden (wobei im Verhältnis zum BSH eine Verwaltungstreuhand und im Verhältnis zum Projektbetreiber eine Sicherungstreuhand vorliegen würde). Der Doppeltreuhänder würde die Vermögenswerte bei Eintritt des Sicherungsfalls zur Deckung der Rückbaukosten verwerten und den Erlös aus der Verwertung des Treuguts an das BSH auskehren. Zu denken wäre z. B. an die Einrichtung eines Treuhandkontos; in diesem Fall würde es keiner gesonderten Verwertung des Treuguts durch den Doppeltreuhänder (z. B. durch Verkauf) bedürfen.

Wird der Projektbetreiber (Treugeber im Sicherungstreuhandverhältnis) insolvent, so steht dem Doppeltreuhänder bei der Vollrechtstreuhand ein (fremdnütziges) Absonderungsrecht entsprechend § 51 Nr. 1 InsO zu. Gesicherter Anspruch ist der nach Rückbau im Wege der Ersatzvornahme bestehende Kostenerstattungsanspruch des BSH gegen den Projektbetreiber.

<sup>87</sup> Schramm, in MünchKomm-BGB, 1. Halbband, 5. Aufl. 2006, Vor. §§ 164 – 181, Rn. 28.

<sup>88</sup> vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, § 96, Rn. 1371.

## ee) Versicherungslösung

Grundsätzlich in Betracht gezogen werden kann eine Absicherung der Rückbaukosten durch entsprechende Versicherungen. Nach unserer Kenntnis werden Versicherungen für Rückbaukosten auf dem Markt aber nicht angeboten (vgl. dazu die Erläuterung zu Großbritannien).

## ff) Fondslösung

Eine attraktive Lösung des Sicherheitsproblems könnte auch die Einrichtung eines Fonds darstellen, in denen Projekte mit unterschiedlichem Risikoprofil (Projektstand, Standort, Anlagentechnik) gemeinsam abgesichert werden. Eine solche Poolung hätte den Vorteil, dass die einzelnen Projekte ihr jeweiliges Rückbaurisiko nicht isoliert tragen müssen, sondern jeweils nur ihren Anteil am Gesamtrisiko des Pools, der regelmäßig geringer ausfallen dürfte als das Einzelrisiko. Bei einer solchen Lösung könnten auch Erkenntnisse über eine unterschiedliche Höhe des Risikos in verschiedenen Betriebsphasen berücksichtigt werden.

Zu einem Vorteil hinsichtlich der Höhe der zu stellenden Sicherheit kommt es allerdings nur dann, wenn die gepoolten Projekte eine unterschiedliche Risikostruktur und daher ein unterschiedliches Rückbau- und Ausfallrisiko aufweisen. Würden z. B. die Windenergieanlagen eines Projekts in mehrere Einzelprojekte aufgeteilt, ergäbe sich dennoch ein einheitliches Risiko, das in voller Höhe abgesichert werden müsste.

Strukturell müsste ein solcher Fonds über liquide Mittel verfügen, deren Höhe sich am Gesamtausfallrisiko der gepoolten Projekte bemisst. Die konkrete Ausgestaltung der Vermögensgegenstände des Sicherheitsfonds kann dabei variieren. Zu denken wäre insbesondere an ein treuhänderisch geführtes (und ggf. an das BSH verpfändetes) Konto, auf das Beiträge der beteiligten Projekte eingezahlt werden, oder aber auch an die treuhänderische Verwaltung von Sicherheiten, wie z. B. Bankbürgschaften oder Garantien.

## f) § 8 Hypothekenablöseverordnung

Nach Ziffer 2 Satz 2 des Anhangs zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV gilt § 8 Hypothekenablöseverordnung entsprechend. § 8 Hypothekenablöseverordnung bestimmt, dass Sicherheit durch Beibringung einer Garantie oder eines sonstigen Zahlungsverprechens eines Kreditinstitutes dadurch zu leisten ist, dass sich das Kreditinstitut gegenüber dem Amt zur Regelung offener Vermögensfragen unwiderruflich dazu verpflichtet, auf erstes Anfordern des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen einen Betrag bis zu der in dem angefochtenen Bescheid festgesetzten Höhe zu hinterlegen (in den Fällen des § 18 Abs. 1 VermG) bzw. an den Gläubiger zu zahlen (in den Fällen der §§ 7, 7a und 81 Abs. 7 VermG).

Hinsichtlich der entsprechenden Anwendbarkeit des § 8 Hypothekenablöseverordnung stellt sich zum einen die Frage, auf welche Sicherheiten diese Vorschrift angewendet werden soll. Das einleitende Wort „hierfür“ in Satz 2 der Ziffer 2 des Anhangs zu § 12 Abs. 3 SeeAnlV spricht dafür, dass § 8 Hypothekenablöseverordnung für alle in Ziffer 2 des Anhangs genannten Sicherheiten bzw. für alle in § 232 BGB nicht aufgeführten Sicherheiten gelten soll. Dieses Verständnis wurde in der Kommentarliteratur zu dem gleichlautenden Satz in § 19 Abs. 4 Satz 2 DepV a. F. vertreten (siehe nachfolgend unter IV.3). Da sich § 8 Hypothekenablöseverordnung seinem Wortlaut nach nur auf Garantien und sonstige Zahlungsverprechen eines Kreditinstitutes bezieht, könnte man auch zu dem Ergebnis kommen, dass § 8 Hypothekenablöseverordnung nur auf die dort genannten Sicherungsmittel Anwendung finden soll. In jedem Fall kann § 8 Hypothekenablöseverordnung, der eine Verpflichtung zur Hinterlegung bzw. Zahlung eines Betrages auf erstes Anfordern regelt, aber seinem Inhalt nach nur auf solche Sicherheiten entsprechend angewendet werden, bei denen es sich um Zahlungsverprechen handelt. Eine Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern scheidet bei anderen Sicherheiten, wie z. B. der Sicherungsübereignung von vornherein aus. Da es nicht die Absicht des Verordnungsgebers gewesen sein dürfte, durch den Verweis auf § 8 Hypothekenablöseverordnung solche anderen Sicherungsmittel auszuschließen, gehen wir davon aus, dass auch sonstige Sicherheiten zulässig sind. Damit steht der Verweis auf § 8 Hypothekenablöseverordnung auch der Abgabe einer Patronatserklärung nicht entgegen, deren Inhalt nicht eine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem BSH, sondern eine Verpflichtung des Patrons zur Ausstattung des patronierten Unternehmens ist. Soweit die Regelungen des § 8 Hypothekenablöseverordnung zwischen der Hinterlegung und der Zahlung unterscheiden, ist diese Differenzierung nicht auf Sicherheiten nach der SeeAnlV übertragbar, da sie sich auf spezifische Bestimmungen des VermG beziehen. Die Verweisung auf § 8 Hypothekenablöseverordnung in Ziffer 2 des Anhangs reduziert sich deshalb darauf, dass die Sicherheit auf erstes Anfordern gestellt werden soll. Abgesehen davon, dass dies auch einfacher hätte zum Ausdruck gebracht werden können, erscheint die Regelung insofern inkonsistent, als einerseits Konzernbürgschaften Sicherheiten nach § 232 BGB sind, für die die Verweisung auf § 8 Hypothekenablöseverordnung eigentlich nicht gilt, und es sich andererseits bei Garantien gegenüber Bürgschaften um das stärkere Sicherungsmittel handelt, für Bürgschaften nach § 239 Abs. 2 BGB aber lediglich verlangt wird, dass es sich um selbstschuldnerische Bürgschaften handelt.

g) Zwischenergebnis

- Für den Sicherungsgeber hat eine **Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren** den Nachteil, dass ihm das hinterlegte Geld oder die Wertpapiere während der Hinterlegung nicht zur Verfügung stehen. Darüber hinaus wird hinterlegtes Geld lediglich mit einem sehr geringen Prozentsatz verzinst. Der Berechtigte muss bei

Eintritt des Sicherungsfalles die Berechtigung nachweisen; im Streitfall ist eine Klage unvermeidlich.

- Bei der **Verpfändung von Schuldbuchforderungen** ist der Wert auf drei Viertel des jeweiligen Kurswertes der die Forderung repräsentierenden Wertpapiere beschränkt. Dies macht diese Art der Sicherheitsleistung wirtschaftlich ebenfalls eher unattraktiv.
- Die **Verpfändung beweglicher Sachen** scheidet regelmäßig aus, da hierfür der Verpfändungsgegenstand übergeben werden muss. Damit steht er nicht mehr zur Verfügung des Verpfänders.
- Eine **Hypothekenbestellung** ist mangels Eigentumsfähigkeit des Meeresbodens nur an Onshore-Grundstücken möglich. Damit die Forderungen des BSH im Falle der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung vor anderen hypothekengesicherten Ansprüchen bedient werden, müsste dem BSH eine erstrangige Hypothek bestellt werden. Eine Klage vor Verwertung der Hypothek ist entbehrlich, wenn sich der Grundstückseigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterwirft. Die Zwangsvollstreckung kann sehr zeitaufwendig sein.
- Bei der selbstschuldnerischen **Bürgschaft**, die häufig in Form der Bankbürgschaft gestellt wird, handelt es sich um die gebräuchlichste Form der Rückbausicherheit. Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern verpflichtet sich der Bürge zur Zahlung auf die erste schriftliche Aufforderung hin.
- Die **Konzernbürgschaft** ist eine Form der Bürgschaft gemäß § 232 Abs. 2 BGB. Die Werthaltigkeit hängt von der Bonität des bürgenden Konzernunternehmens ab, deren Nachweis beispielsweise durch ein Rating einer anerkannten Rating-Agentur erbracht werden kann. Dieses müsste dem BSH jedoch in regelmäßigen Abständen neu vorgelegt werden.
- Die **Sicherungsübereignung** tritt in der Praxis an die Stelle der Verpfändung beweglicher Sachen. Eine Sicherungsübereignung der Anlagen (Windenergieanlagen, Umspannwerk und Kabel) ist möglich, da erstens davon auszugehen ist, dass das BGB in der AWZ Anwendung findet, und zweitens der Meeresboden in niemandes Eigentum steht und daher kein Grundstück vorhanden ist, als dessen wesentlicher Bestandteil die Anlagen angesehen werden könnten. Eine Sicherungsübereignung der Anlagen an das BSH setzt voraus, dass diese nicht bereits anderweitig (z. B. im Rahmen einer Finanzierung an die finanzierende Bank) sicherungsübereignet worden sind (oder nach Rückführung der Finanzierung eine Freigabe erfolgt ist). Da die Anlagen zum Rückbauzeitpunkt im Zweifel nicht mehr funktionsfähig sind, kann nur der Schrottwert berücksichtigt werden. Diesbezüglich wäre die Ermittlung durch

einen Sachverständigen erforderlich, die dem BSH im Hinblick auf mögliche Preisschwankungen in regelmäßigen Abständen neu vorgelegt werden müsste. Im Hinblick auf mögliche Mindererlöse im Verwertungsfall kann § 237 BGB als Orientierung dienen, der bei beweglichen Sachen eine Anrechnung von zwei Dritteln des Schätzwertes vorsieht.

- Eine **Forderungsabtretung** scheidet häufig bereits wegen der Sicherungsabtretung an die Kreditgeber aus. Eine Abtretung der Einspeiserlöse kommt nicht in Betracht, da die Anlagen im Rückbaufall nicht mehr betrieben und keine Einspeiserlöse mehr erzielt werden. Gleiches gilt für die Abtretung von Versicherungsansprüchen, da der Rückbau im Zweifel nicht von der Versicherung gedeckt wird.
- **Weiche Patronatserklärungen** sind unverbindlich und daher für Sicherungszwecke ungeeignet. **Harte Patronatserklärungen** begründen verbindliche, einklagbare Ansprüche. Die Muttergesellschaft verpflichtet sich gegenüber Dritten, die Tochtergesellschaft so zu leiten und finanziell auszustatten, dass diese ihre Verbindlichkeiten erfüllen kann. (Nur) im Falle der Insolvenz der Tochtergesellschaft besteht ein unmittelbarer Zahlungsanspruch gegen die Muttergesellschaft.
- Als Sicherheit kommt auch die Übertragung von Vermögen auf einen **Treuhänder** in Betracht (z. B. Einrichtung eines Treuhandkontos).
- Spezielle **Rückbauversicherungen** werden nach unserer Kenntnis bisher nicht angeboten.
- Als attraktive Lösung könnte die Errichtung eines **Fonds** dienen. Dabei könnten Projekte mit unterschiedlichem Risikoprofil gemeinsam abgesichert werden. Das einzelne Vorhaben müsste nicht das jeweilige Rückbaurisiko isoliert und vollständig tragen, vielmehr könnte sich der Anteil an dem Gesamtrisiko des Pools orientieren. Die konkrete Ausgestaltung der Vermögensgegenstände des Sicherungsfonds kann dabei variieren. Denkbar wäre ein treuhänderisch geführtes Konto, auf das Beiträge der beteiligten Projekte eingezahlt werden, oder aber auch die treuhänderische Verwaltung von Sicherheiten, wie z. B. Bankbürgschaften oder Garantien.
- § 8 Hypothekenablöseverordnung, auf den in Ziffer 2 Satz 2 des Anhangs zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV Bezug genommen wird, dürfte für alle Zahlungsverprechen nach Ziffer 2 (vor allem Konzernbürgschaft und Garantie) gelten. Diese sollen (von einem Kreditinstitut) auf erstes Anfordern gestellt werden.

## 2. Umfang

Gemäß Ziffer 3 des Anhangs zu § 12 Abs. 3 SeeAnlV ist der Umfang der Sicherheitsleistung so zu bemessen, dass ausreichende Mittel für den Rückbau der Anlage nach Maßgabe der erteilten Genehmigung zur Verfügung stehen. Der Umfang der Sicherheitsleistung ist so zu bemessen, dass auch der bestehende Umfang der Rückbaupflicht abgedeckt ist. Je nachdem, ob eine vollständige oder nur teilweise Beseitigung der Anlagen erforderlich ist, muss sich auch der Umfang der Sicherheitsleistung daran orientieren.

Wie oben ausgeführt, ist eine vollständige Beseitigung nicht grundsätzlich erforderlich. Hierfür ist entscheidend, in welchem Maße die Anlagen ein Hindernis für den Verkehr darstellen oder der Schutz der Meeresumwelt, die Erfordernisse der Raumordnung nach § 2 Abs. 2 oder sonstige überwiegende öffentliche Belange dies erfordern. Das BSH hat daher die vollständige oder teilweise Beseitigung in dem Genehmigungsbescheid zu konkretisieren.

Ob beispielsweise das Fundament im Meeresboden belassen werden kann oder parkinterne Kabel nicht beseitigt werden müssen, ist eine Frage des Einzelfalls. Für den Umfang der Sicherheitsleistung ist sie jedoch von Bedeutung. Wird in der Genehmigung nur eine teilweise Beseitigung angeordnet, ist auch nur in diesem Umfang Sicherheit zu leisten (Ziffer 3 des Anhangs zur Seeanlagenverordnung).

Der Umfang der Sicherheitsleistung könnte sich eventuell auch nach dem Rückbauerfordernis bemessen. Liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass das Risiko in bestimmten Betriebsphasen als gering zu beurteilen ist, bestünde möglicherweise kein Bedürfnis für eine vollständige Absicherung der Rückbaukosten. Nach Ziffer 3 ist die Sicherheitsleistung jedoch so zu bemessen, dass ausreichende Mittel für den Rückbau der Anlage nach Maßgabe der erteilten Genehmigung zur Verfügung stehen. Diesem Ziel widerspräche es, wenn die Sicherheitsleistung für einen Windpark nicht den in der Genehmigung angeordneten Rückbau abdecken würde. Darüber hinaus wäre das abzusichernde Insolvenzrisiko nicht gedeckt. Eine lediglich prozentuale Absicherung käme daher nicht in Betracht. Vielmehr wäre eine vollständige Absicherung der Rückbaukosten erforderlich. Im Ergebnis bedeutet dies eine weitere Einschränkung des Ermessens. Dem BSH stünde bei einer am Wortlaut orientierten Auslegung damit lediglich ein Ermessen hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung zu. Ob diese Auslegung vom Verordnungsgeber tatsächlich so beabsichtigt war, lässt sich nicht feststellen. Die Begründung zur Seeanlagenverordnung enthält diesbezüglich keine Hinweise. Für dieses Ergebnis streitet jedoch, dass bei einer lediglich prozentualen Absicherung das Risiko verbliebe, dass die öffentliche Hand für den nicht abgesicherten Teil die Kosten tragen müsste. Dies ist – wie oben ausgeführt – nicht Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung. Wir gehen daher davon aus, dass eine lediglich

prozentuale Absicherung nicht in Betracht kommt und vielmehr eine vollständige Absicherung erfolgen muss.

Eine am Risiko orientierte prozentuale Sicherheit wäre jedoch möglich, wenn die Sicherheit in einen Fonds eingebracht würde. Denkbar wäre, dass sämtliche Betreiber von Offshore-Windparks in den Fonds einzahlen. Der Fonds müsste wiederum vom Umfang ausreichend sein, den Rückbau der beteiligten Windparks in dem erforderlichen Ausmaß abzudecken. Bisher bestehen im Bereich von Offshore-Windparks keine Erfahrungen mit der Absicherung des Insolvenz-/Rückbaurisikos durch eine Fondslösung. Ein entsprechender Fonds ist nach unser Kenntnis auch in anderen Ländern nicht für Offshore-Windenergieanlagen geschaffen worden.

### **3. Höhe**

#### **a) Kosten des Rückbaus**

Auch für die Höhe der Sicherheitsleistung bestimmt Ziffer 3 des Anhangs zu § 12 Abs. 3 SeeAnIV, dass diese so zu bemessen ist, dass ausreichende Mittel für den Rückbau der Anlage nach Maßgabe der erteilten Genehmigung zur Verfügung stehen. Bei der Bestimmung der Höhe der Rückbaukosten sind der Zweck der Sicherheit, die davon erfassten Gegenstände und die Mindestdauer der abgesicherten Maßnahmen zu berücksichtigen. Zweck der Sicherheit ist, den Rückbau der Anlagen nach Maßgabe des Genehmigungsbescheides abzusichern. Daraus lässt sich – mit der obigen Argumentation – schließen, dass die Kosten des Rückbaus durch die Sicherheitsleistung vollständig gedeckt werden sollen. In dem Maße, wie die Genehmigung den Rückbau vorschreibt, müssen somit auch finanzielle Mittel verfügbar sein. Wie oben ausgeführt, kann ein möglicher Erlös für den Verkauf einzelner Anlagenteile bzw. der Schrottwert bei der Festsetzung der Höhe der Sicherheit berücksichtigt werden, soweit er hinreichend prognostizierbar ist. Weitere Voraussetzung ist, dass das BSH über die Anlagen bzw. den Verwertungserlös verfügen kann (vgl. hierzu unter II.1.e)aa)).

#### **b) Überprüfung und Anpassung der Sicherheit**

Nach Ziffer 4 des Anhangs der Seeanlagenverordnung ist die finanzielle Sicherheit regelmäßig zu überprüfen. Die Überprüfung dient dem Zweck des Erhalts des realen Wertes der Sicherheit. Sie ist erneut festzusetzen, wenn sich das Verhältnis zwischen Sicherheit und angestrebtem Sicherungszweck erheblich verändert hat. Die regelmäßige Überprüfung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der Festsetzung der Sicherheit um eine Prognoseentscheidung bezüglich des Rückbaurisikos handelt. Die Kosten eines etwaigen Rückbaus können bei Genehmigungserteilung regelmäßig nicht exakt bestimmt und vorhergesagt werden.

Wie Ziffer 4 des Anhangs klarstellt, ist die Sicherheit nur bei erheblichen Veränderungen neu festzusetzen. Geringfügige Veränderungen müssen nicht

berücksichtigt werden. Von einer Veränderung kann ausgegangen werden, wenn sich neue oder zusätzliche Risiken ergeben, sich das Risiko verringert hat, sich der Wert der Sicherheit verändert oder wenn die Kosten für den Rückbau höher oder niedriger anzusetzen sind. Wann eine erhebliche Veränderung vorliegt, ist dem Anhang nicht zu entnehmen. Dabei kann sowohl eine erhebliche Veränderung der absoluten Höhe der Rückbaukosten wie auch eine prozentuale Veränderung relevant sein. Bei Rückbaukosten von (hier beispielhaft angenommenen) EUR 500.000/Windenergieanlage und einem Windpark mit 40 Anlagen entspräche beispielsweise eine 5%-ige Steigerung schon einer Erhöhung der Rückbaukosten um insgesamt EUR 1 Mio.<sup>89</sup>

Da dem BSH eine Überprüfung des realen Wertes der Sicherheit regelmäßig nicht möglich ist, ohne dass die dafür notwendigen Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, sollte das BSH von dem Betreiber verlangen, dass er in regelmäßig wiederkehrenden Abständen die entsprechenden Nachweis erbringt, damit das BSH in die Lage versetzt wird, die Sicherheitsleistung zu überprüfen.

c) Anrechnung von Rücklagen

Gemäß Ziffer 4 Satz 2 des Anhangs zur SeeAnlV sollen im Laufe der Betriebsphase gebildete Rücklagen bei der Höhe der erforderlichen Sicherheit angerechnet werden, soweit sie in der zur Sicherung des Sicherungszweckes erforderlichen Höhe der Verfügungsbefugnis des Genehmigungsinhabers oder des Anlagenbetreibers entzogen sind.

Im Gegensatz zu den Rückstellungen wird in Ziffer 4 Satz 2 der SeeAnlV nicht darauf abgestellt, ob es sich um „handelsrechtliche“ Rücklagen handelt, also um solche im Sinne der Rechnungslegungsvorschriften des HGB.

Aufgrund des Zusammenhangs der Regelung mit den Vorschriften zur Heranziehung von Rückstellungen als Sicherheit ist es möglich, dass es sich um ein Versehen des Ordnungsgebers handelt. Hierfür spricht die Formulierung „im Laufe der Betriebsphase gebildete Rücklagen“, die an das Unternehmen anknüpfen und durch die Verwendung von Begriffen des Rechnungswesens die Anwendung entsprechender Rechnungslegungsvorschriften für dieses Unternehmen nahelegen.

Andererseits könnte man den Ausdruck Rücklagen auch „finanztechnisch“ bzw. als einen generischen, über den handelsrechtlichen Rücklagenbegriff hinaus gehenden Begriff interpretieren. So lässt sich z. B. die KfW in der Anlage zu entsprechenden Kreditanträgen im Zusammenhang mit der Wirtschaftlichkeit eines Windkraftprojekts bestätigen, dass für den Rückbau der Anlagen nach Ablauf der Lebensdauer Rücklagen in Höhe von mindestens 27.000 EUR pro MW installierter Leistung gebildet werden.

<sup>89</sup> Natürlich ist bei der Berechnung der Rückbaukosten auch das Umspannwerk und, soweit diese zu beseitigen sind, die Kabel zu berücksichtigen.

Diese vom handelsrechtlichen Rücklagenbegriff losgelöste Interpretation entspricht dem Sinn und Zweck der Verordnung unseres Erachtens eher. Um zu verdeutlichen, warum der Begriff Rücklage in Ziffer 4 der SeeAnIV aus unserer Sicht nicht handelsrechtlich zu verstehen ist, wird nachfolgend zunächst die handelsrechtliche Rücklage erläutert.

aa) Betriebswirtschaftlicher Hintergrund der Bilanzrücklagen und Rücklagenbegriff

Rücklagen gehören zum Eigenkapital einer Gesellschaft und sind streng von den zum Fremdkapital gehörenden Rückstellungen zu trennen.

Zum einen dienen Rücklagen dazu, auftretende Verluste ausgleichen zu können, ohne dass das feste Nominalkapital angegriffen wird.<sup>90</sup> Zum anderen wird durch ihre Bildung die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft über das Nominalkapital hinaus verstärkt und somit die Widerstandsfähigkeit des Unternehmens gegenüber wirtschaftlichen Krisen verbessert. Darüber hinaus bewirken Rücklagen eine Erhöhung der Haftungsbasis (Gläubigerschutz) und verbessern die Unternehmensliquidität (jedenfalls soweit den Rücklagen entsprechende finanzielle Mittel gegenüberstehen).

Wie alle Kapitalposten der Passivseite verfügen auch die Rücklagen über keinen gesonderten Gegenposten auf der Aktivseite der Bilanz. Sie werden deshalb durch sämtliche Vermögensgegenstände gedeckt. Die laienhafte Vorstellung, Rücklagen seien Bargeld oder ein eigens gebildeter Fonds aus der Vermögensmasse der Unternehmung, stimmt aus handelsrechtlicher Sicht nicht. Sie zeigen lediglich an, dass das Eigenkapital (Reinvermögen) aufgrund gesetzlicher, satzungsmäßiger oder freiwilliger Ausschüttungssperren bzw. wegen Sonderzahlungen von Anteilseignern oder Dritten größer ist als das Nominalkapital.

Rücklagen lassen sich – abhängig davon, ob sie aus der Bilanz ersichtlich sind – in offene Rücklagen und stille Rücklagen (stille Reserven) unterteilen.

bb) Offene Rücklagen

Offene Rücklagen werden in der Bilanz eines Unternehmens ausgewiesen:

**Vereinfachte Bilanzgliederung für Kapitalgesellschaften nach § 266 HGB**

<b>Aktiva</b>	<b>Passiva</b>
A. Anlagevermögen	A. Eigenkapital:
I. Immaterielle Vermögensgegenstände	I. Gezeichnetes Kapital
II. Sachanlagen	II. <b>Kapitalrücklage</b>
III. Finanzanlagen	III. <b>Gewinnrücklagen</b>
B. Umlaufvermögen	IV. Gewinnvortrag / Verlustvortrag
I. Vorräte	V. Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag

<sup>90</sup> Vgl. zum Ganzen Coenenberg/Haller/Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 2009, S. 327 ff.

II. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände	<b>B. Rückstellungen</b>
III. Wertpapiere	C. Verbindlichkeiten
IV. Kassenbestand, Bankguthaben etc.	D. Rechnungsabgrenzungsposten
C. Rechnungsabgrenzungsposten	E. Passive latente Steuern
D. Aktive latente Steuern	
E. Aktiver Unterschiedsbetrag aus der Vermögensverrechnung	

### Vereinfachte Eigenkapitalgliederung Kapitalgesellschaft & Co. KG (§ 264c HGB)

Aktiva	Passiva
...	A. Eigenkapital
	I. Kapitalanteile
	- der persönlich haftenden Gesellschafter
	- der Kommanditisten
	II. <b>Rücklagen*</b>
	III. Gewinnvortrag / Verlustvortrag
	IV. Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag
	<b>B. Rückstellungen</b>
	...

\* Bei GmbH & Co. KGs als der am häufigsten benutzten Rechtsform für Windparkbetreibergesellschaften werden in der Praxis allerdings nur solche Beträge als Rücklagen ausgewiesen, die auf Grund einer gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung gebildet worden sind; häufig gibt es bei solchen Gesellschaften daher kein Rücklagenkonto. Soweit kein Rücklagenkonto geführt wird, wäre der Begriff der Rücklagen daher aus den anderen Eigenkapitalpositionen abzuleiten.

Generell werden die offenen Rücklagen in Kapital- und Gewinnrücklagen unterteilt. Im Falle von Kapitalrücklagen stammen diese hauptsächlich aus Sondereinzahlungen der Anteilseigner. Gewinnrücklagen werden hingegen aus dem handelsrechtlichen Jahresüberschuss gebildet und stammen damit aus den bereits versteuerten Gewinnen einer Gesellschaft.<sup>91</sup> Ihre Bildung hat daher grundsätzlich weder handelsrechtlich noch steuerrechtlich eine Gewinnauswirkung.

Hinsichtlich der Bildung und Auflösung von offenen Rücklagen wird weiter zwischen gesetzlich vorgeschriebenen, satzungsmäßig bzw. gesellschaftsvertraglich vorgeschriebenen und freiwilligen Rücklagen unterschieden.<sup>92</sup> Bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, die als Gesellschaftsform für den Betrieb von

<sup>91</sup> Förchle/Hoffmann, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 7. Aufl. 2010, § 272 Rn. 230; Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, D Rn. 1786, 1790 ff.; Hottmann, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 3/2010, Rücklagen Rn. 1.

<sup>92</sup> Hottmann, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 3/2010, Rücklagen Rn. 7.

Windparks in der Praxis nicht oder kaum benutzt werden, gibt es bestimmte gesetzliche Vorschriften zur Bildung, Beibehaltung und Auflösung von Rücklagen, die zu beachten sind. Auch bei anderen Gesellschaftsformen können über Satzungsregelungen bestimmte Restriktionen bzgl. der Bildung, Beibehaltung und Auflösung von Rücklagen etabliert werden. Grundsätzlich ist es den Anteilseignern und/oder den Gesellschaftsorganen (jedoch mit Ausnahme von gesetzlich zu bildenden Rücklagen) möglich, einmal gebildete Rücklagen auch wieder aufzulösen.

cc) Stille Rücklagen

Als stille Rücklagen werden die stillen Reserven eines jeden Unternehmens bezeichnet, welche nicht in der Bilanz eines Unternehmens ausgewiesen werden.<sup>93</sup> Stille Rücklagen ergeben sich aufgrund einer möglichen Unterbewertung von Aktivposten (z. B. aufgrund einer Abschreibung der Windenergieanlagen, die höher ist als der tatsächliche Wertverlust) oder Überbewertung von Passivposten gegenüber deren tatsächlichem Wert in der Bilanz eines Unternehmens basierend auf den handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Bewertungsvorschriften.<sup>94</sup>

dd) Begriff der Rücklage in der SeeAnlV

Die Bildung von handelsrechtlichen Rücklagen gewährleistet nicht, dass auch tatsächlich finanzielle Mittel vorhanden bzw. angesammelt worden sind, um die Kosten des Rückbaus beglichen zu können. Das Unternehmen muss die den Rücklagen evtl. gegenüber stehenden finanziellen Mittel nicht für Zwecke der konkreten Zahlungsverpflichtung tatsächlich vorhalten, sondern kann diese auch für andere betriebliche Zwecke einsetzen. Darüber hinaus kann die entsprechende Gesellschaft auch insolvent werden. In diesem Fall besteht kein unmittelbarer Zugriff auf Vermögensgegenstände/Finanzmittel, die den Rücklagen möglicherweise zur Deckung gegenüberstehen.

Umgekehrt könnte es z. B. bei einer vollständigen Fremdfinanzierung eines Projekts dazu kommen, dass wegen der Zinsaufwendungen auf die Fremdfinanzierung und der Abschreibung der Windenergieanlagen nie ein nennenswerter Gewinn auszuweisen wäre und es damit auch nicht zu „im Laufe der Betriebsphase gebildete(n) Rücklagen“ im Sinne des handelsrechtlichen Eigenkapitalbegriffs einer Gewinnrücklage kommen könnte. Da sich andererseits die Abschreibungen auf die Windenergieanlagen nur buchmäßig auf den Gewinn, nicht aber liquiditätswirksam auswirken, könnten sich durch die Einspeisevergütungen – ggf. nach Bedienung etwaiger Fremdfinanzierungsverpflichtungen – zwar keine handelsrechtlichen Eigenkapital-

<sup>93</sup> Winnefeld, D Rn. 1785; *Hottmann*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 3/2010, Rücklagen, Rn. 1.

<sup>94</sup> *Hottmann*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 3/2010, Stille Rücklagen, Rn. 1-2; Winnefeld, D Rn. 1785.

Rücklagen, aber vorübergehend finanzielle Rücklagen ergeben, die für eine Sicherheitsleistung verfügbar wären.

Diese Überlegungen sprechen dagegen, den Begriff Rücklage in der SeeAnIV handelsrechtlich zu verstehen.

Darüber hinaus wird in Ziffer 4 des Anhangs zur SeeAnIV verlangt, dass die Rücklage der Verfügungsbefugnis entzogen wird. Dies ist bei einer handelsrechtlichen Rücklage nicht möglich, da es, wie erwähnt, den Anteilseignern und/oder den Gesellschaftsorganen stets möglich ist, einmal gebildete Rücklagen auch wieder aufzulösen.<sup>95</sup> Denkbar wäre insoweit lediglich eine vertragliche Verpflichtung/Zusicherung seitens der Gesellschaft, die die Anlagen hält, analog einer entsprechenden Vereinbarung in einem Kreditvertrag<sup>96</sup>, die jedoch die Verfügungsbefugnis unberührt lassen würde.

Damit ist nach der SeeAnIV mehr als die handelsrechtliche Rücklagenbildung zu fordern, nämlich die tatsächliche Vorhaltung von liquiden Mitteln und zwar im Einzelfall auch unabhängig von einem Ausweis etwaiger Rücklagen im Rahmen der Bilanz.

#### ee) Entziehung der Verfügungsbefugnis

Während der Betriebsphase gebildete Rücklagen sind gemäß Ziffer 4 Satz 2 des Anhangs zur SeeAnIV nur auf die Sicherungsleistung anzurechnen, soweit sie in der zur Sicherung des Sicherungszweckes erforderlichen Höhe der Verfügungsbefugnis des Genehmigungsinhabers oder des Anlagenbetreibers entzogen sind.

Unter der Verfügungsbefugnis versteht man die dingliche Befugnis einer Person zur Vollziehung von Verfügungen. Verfügungen sind dabei alle Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf die Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes gerichtet sind, nicht jedoch Vermietungen und andere Gebrauchsüberlassungen.<sup>97</sup> Im Gegensatz zu Verpflichtungsgeschäften sind Verfügungen somit Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf die Änderung der dinglichen Rechtslage gerichtet sind (z. B. Übertragung von Rechten, dingliche Belastung eines Grundstücks).

Fraglich ist, wie die geforderte Entziehung der Verfügungsbefugnis bewirkt werden kann. Eine Entziehung der Verfügungsbefugnis durch eine bloße Vereinbarung zwischen dem Projektbetreiber und dem BSH scheitert an § 137 Satz 1 BGB. Danach kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.<sup>98</sup> Die Verfügung kann jedoch

<sup>95</sup> Mit Ausnahme von gesetzlich zu bildenden Rücklagen.

<sup>96</sup> Vgl. z. B. entsprechende Formulierungen in KfW-Kreditanträgen.

<sup>97</sup> *Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 1. Halbband, 5. Aufl. 2006, § 137 Rn. 8.

<sup>98</sup> Zwar lässt § 399 BGB die Vereinbarung eines dinglichen Abtretungsverbots von Forderungen zu. Das Abtretungsverbot muss aber zwischen dem Forderungsschuldner und dem Forderungsinhaber vereinbart

bei einzelnen Vermögenswerten in anderer Weise verhindert werden. Hierzu kommt z. B. die Einrichtung eines Treuhandkontos (oder sonstige Übertragung von Vermögenswerten auf einen Treuhänder) oder eines (an das BSH verpfändeten) sog. Sperrkontos in Betracht. Ein Sperrkonto kann in der Weise eingerichtet werden, dass der Kontoinhaber (Antragsteller) aufgrund einer Vereinbarung mit seiner Bank in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt wird und nur mit Zustimmung eines Sperrbegünstigten (BSH) verfügen darf. Ob die durch die Kontosperrung bewirkte Verfügungsbeschränkung dinglich oder lediglich schuldrechtlich wirkt<sup>99</sup>, muss hier nicht weiter untersucht werden, weil eine Überweisung bei nur schuldrechtlicher Wirkung zwar Dritten gegenüber wirksam wäre, der Sperrbegünstigte hätte jedoch einen Schadensersatzanspruch gegen den Kontoinhaber sowie auch gegen die ausführende Bank.<sup>100</sup>

#### 4. Ermessensausübung

Ist dem BSH somit ein Auswahlermessen eingeräumt, hat es dieses Ermessen gemäß § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Ob eine ermessensfehlerhafte Entscheidung getätigt wurde, kann jeweils nur im Einzelfall beurteilt werden.

Ein Ermessensfehlgebrauch kann grundsätzlich dann vermieden werden, wenn die Anordnung der Sicherheitsleistung entsprechend den obigen Ausführungen der Absicherung der Rückbaupflicht dient und unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Risikos für die öffentliche Hand erfolgt.

#### 5. Ergebnis

Hinsichtlich der Auswahl der Sicherheit wird dem BSH Ermessen eingeräumt. Das Ermessen ist am Zweck der Ermächtigungsgrundlage auszurichten. Hinsichtlich der Art der Sicherheit scheidet daher die im Anhang zur Seeanlagenverordnung aufgezählte handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellung aus, da sie weder mit der Ermächtigungsgrundlage vereinbar ist, noch als ein gleichwertiges Sicherungsmittel zu den in § 232 BGB genannten Sicherheiten anzusehen ist.

Der Umfang und die Höhe der Sicherheitsleistung sind nach dem Maß der Rückbaupflicht zu bemessen, wie sie in dem Genehmigungsbescheid angeordnet wird. Sie ist regelmäßig vom BSH zu überprüfen. Hinsichtlich der Höhe kann gegebenenfalls ein möglicher Verwertungserlös berücksichtigt werden.

---

werden und kann von diesen auch wieder aufgehoben werden. Im Handelsverkehr entfalten Abtretungsverbote für Geldforderungen in jedem Fall nur eingeschränkte Wirkung, § 354a HGB.

<sup>99</sup> Siehe hierzu ausführlich *Hadding*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, -Band 1, 3. Aufl. 2007, § 36, Rn. 10 ff.

<sup>100</sup> Sofern ein dreiseitiger Vertrag bzw. ein Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 Abs. 1 BGB abgeschlossen wurde, *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2006, § 3 Rn. 49.

Weitere flexible Lösungen sind denkbar, wenn sichergestellt ist, dass jeweils die Rückbaukosten nach Umfang und Höhe gedeckt sind.

### **III. Exkurs: Regelung der Sicherheitsleistung in öffentlich-rechtlichem Vertrag**

#### **1. Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Handlungsmöglichkeit?**

Nach § 54 Satz 1 VwVfG kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Vertrag begründet werden, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Durch einen solchen öffentlich-rechtlichen Vertrag wird der Behörde die Möglichkeit eingeräumt, flexibler zu agieren als durch Verwaltungsakt. Dabei kann die Behörde nach § 54 Satz 2 VwVfG einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. Bislang hat das BSH die Sicherheitsleistung in dem Genehmigungsbescheid geregelt. Damit steht grundsätzlich die Möglichkeit offen, die Sicherheitsleistung auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zu regeln.

#### **2. Forderung einer teilweisen Sicherheit im öffentlich-rechtlichen Vertrag**

Um den Betreibern entgegen zu kommen, könnte möglicherweise in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden, dass die Sicherheitsleistung die Rückbaukosten nicht vollständig abdecken muss.

##### **a) Zulässigkeit einer abweichenden vertraglichen Regelung**

Wie oben ausgeführt, muss die Sicherheitsleistung nach Ziffer 3 Anhang zur Seeanlagenverordnung die Rückbaukosten grundsätzlich vollständig abdecken. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit im Wege des Vertragsschlusses eine öffentlich-rechtliche Regelung getroffen werden darf, die von dem für einseitige hoheitliche Entscheidungen vorgesehenen Gesetzesprogramm abweicht.<sup>101</sup>

Grundsätzlich verschafft das Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages der Behörde eine größere Flexibilität als das gesetzlich meist strikt determinierte Handeln durch Verwaltungsakt. So hat das BVerwG beispielsweise im Umlegungsrecht (vgl. dazu die §§ 45 ff. Baugesetzbuch) vertragliche Regelungen auch solcher Art akzeptiert, die einseitig durch die Behörde nicht getroffen werden könnten.<sup>102</sup> Die gesetzlichen Vorschriften über die amtliche Umlegung sollen demnach den von der Umlegung betroffenen Eigentümern nur Schutz vor einseitig hoheitlichen angeordneten

<sup>101</sup> Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Auflage 1992, S. 125.

<sup>102</sup> BVerwG, Urteil vom 6. Juli 1984, Az. 4 C 24/80, in: NJW 1995, S. 989, 989 f.

Eigentumsbeeinträchtigungen gewähren; inhaltlich abweichenden Regelungen stehen sie daher nicht entgegen, sofern diese einvernehmlich getroffen werden.<sup>103</sup>

Letztlich ergibt sich aus dem jeweiligen Sinn und Zweck des Gesetzes, ob die Verwaltung an die betreffende Regelung auch beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gebunden sein soll.<sup>104</sup>

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass bei modernen Gesetzen – etwa auf dem Gebiet des Umweltrechts – regelmäßig eine strikte, auch bei vertraglichem Handeln in jedem Einzelfalle durchzusetzende Gesetzesbindung bestehe.<sup>105</sup> Begründet wird dies insbesondere mit den staatlichen Schutzpflichten<sup>106</sup>, deren Wahrung die betreffenden gesetzlichen Regelungen dienen.<sup>107</sup>

Im vorliegenden Falle greift diese Argumentation aus unserer Sicht allerdings nicht ohne Weiteres. Denn die Sicherheitsleistung dient nur mittelbar dem Schutz der Umwelt. Sie betrifft weniger die Frage, ob ein Rückbau erfolgen soll, als vielmehr die Frage, wer die Kosten hierfür tragen soll.

Nach unserer Kenntnis ist bislang keine Rechtsprechung zu der Frage ergangen, ob durch öffentlich-rechtlichen Vertrag eine Sicherheitsleistung vereinbart werden kann, die die Rückbaukosten nur teilweise deckt, so dass die Frage im Ergebnis nicht abschließend geklärt werden kann.

#### b) Mögliche Rechtsfolgen für den Vertrag

Neben der grundsätzlichen Diskussion um das Ausmaß der Gesetzesbindung beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge stellt sich aber auch die hiervon zu unterscheidende Frage, welche konkreten Folgerungen sich hieraus für die Wirksamkeit des Vertrages ergeben können.

Insoweit ist anerkannt, dass selbst ein fehlerhafter öffentlich-rechtlicher Vertrag nicht ohne Weiteres nichtig ist. Die Nichtigkeitsgründe sind vielmehr abschließend in § 59 VwVfG geregelt.<sup>108</sup> Tritt keine Nichtigkeit nach § 59 VwVfG ein, ist der Vertrag wirksam.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, S. 46 ff.

<sup>104</sup> *Bleckmann*, Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages, in: NVwZ 1990, S. 601, 602.

<sup>105</sup> *Bleckmann*, Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages, in: NVwZ 1990, S. 601, 602.

<sup>106</sup> Zum Schutz der Umwelt vgl. insoweit Art. 20a GG.

<sup>107</sup> *Bleckmann*, Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages, in: NVwZ 1990, S. 601, 603.

<sup>108</sup> *Erichsen*, in: *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1992, S. 379; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 59 Rn. 1b.

<sup>109</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 54 Rn. 45.

## aa) Nichtigkeit nach § 59 Absatz 1 VwVfG

Eine Nichtigkeit könnte zunächst nach § 59 Abs. 1 VwVfG in Betracht kommen. Demnach müsste sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung des BGB ergeben.

Mit Ziffer 3 des Anhangs zur SeeAnlV könnte ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB vorliegen, welches eine flexible Gestaltung der Sicherheitsleistung verbietet.

Für eine Nichtigkeit nach § 59 Absatz 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB ist jedoch ein qualifizierter Rechtsverstoß erforderlich.<sup>110</sup> Nur schwere Verstöße sollen insoweit mit dem Verdikt der Nichtigkeit sanktioniert werden.<sup>111</sup> Deshalb ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nur dann nichtig, wenn eine zwingende Rechtsnorm besteht, die den Inhalt des Vertrages sowie seinen Erfolg verbietet und der Normzweck im öffentlichen Interesse die Nichtigkeit verlangt.<sup>112</sup>

Es muss sich um gesetzliche Verbote handeln, die die vorgesehene vertragliche Handlung wegen ihres Inhalts bzw. ihrer Handlungsform (Vertrag) klar und unmissverständlich verbieten.<sup>113</sup> Es muss somit das erkennbare Ziel des Gesetzes sein, das von ihm angesprochene Verhalten zu untersagen. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn Begriffe wie „kann nicht“, „darf nicht“, „ist unzulässig“ oder dergleichen verwendet würden.<sup>114</sup> Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

Das OVG Münster stellt klar, dass sich ein Verbot auch aus Sinn, Zweck und Systematik einer gesetzlichen Regelung ohne ausdrückliche Klarstellung im Wortlaut ergeben kann. Dies setzt voraus, dass der Rechtsverstoß objektiv erheblich ist und ein im Einzelfall schutzwürdiges öffentliches Interesse an der Erhaltung der Rechtsordnung besteht, hinter der der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit zurückzutreten hat.<sup>115</sup> Ob dies im Fall der Ziffer 3 des Anhangs zur SeeAnlV zutrifft, ist zweifelhaft. Das öffentliche Interesse besteht darin, dass die Kosten des Rückbaus nicht von der öffentlichen Hand zu tragen sind. Wie Ziffer 3 des Anhangs zur SeeAnlV klarstellt, gilt dies nicht nur anteilig. Vielmehr sind die Kosten in vollem Umfang abzusichern. Der Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung (Vermeidung der Kostentragung durch die öffentliche Hand) kann vollständig nur erreicht werden, wenn die Sicherheitsleistung den Rückbau in vollem Umfang und auch der Höhe nach komplett deckt. Dem Sinn und Zweck der Regelung lassen sich keine entgegenstehenden Anhaltspunkte entnehmen.

<sup>110</sup> BVerwGE 98, 58, 63; OVG Münster, NVwZ 1992, 988 f.; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, S. 808.

<sup>111</sup> *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, S. 809.

<sup>112</sup> Vgl. dazu *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, S. 809 m.w.N.; *Bernsdorff*, in: Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999, § 59 VwVfG Rn. 43.

<sup>113</sup> *Henneke*, in: Knack, VwVfG, § 59 Rn. 8.

<sup>114</sup> *Henneke*, in: Knack, VwVfG § 59 Rn. 10.

<sup>115</sup> OVG Münster, NVwZ 1992, 988, 989.

Dem öffentlichen Interesse widerspräche es daher, wenn in einem Vertrag vereinbart würde, dass lediglich partiell Sicherheit für die Rückbaukosten zu leisten ist.

Gegen diese Auslegung spricht jedoch, dass in diesem Falle jegliche Abweichung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz darstellen würde. Die Unterscheidung zwischen gesetzeswidrigen aber gültigen Verträgen einerseits und gesetzeswidrigen und nichtigen Verträgen andererseits wäre aufgehoben.<sup>116</sup> Daher wird die Nichtigkeit von Verträgen eher restriktiv beurteilt. Auch wäre bei einer weiten Anwendung der Regelung insbesondere die Regelung des § 59 Abs. 2 Nr. VwVfG obsolet, der ebenfalls auf die Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages abstellt, darüber hinaus aber zusätzliche Voraussetzungen für die Nichtigkeitsfolge fordert. Die Regelung mit den verschärften Anforderungen würde leerlaufen, wenn bereits jeder Verstoß gegen eine gesetzliche Regelung zur Nichtigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfG führen würde.

Wie bereits ausgeführt, ist bisher jedoch keine Rechtsprechung zu dieser Thematik ergangen. Ob ein Gericht dieser Argumentation folgen würde, oder doch einen qualifizierten Verstoß gegen die gesetzliche Regelung in Ziffer 3 des Anhangs zur SeeAnIV annehmen würde, lässt sich daher nicht abschließend beurteilen.

#### bb) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG

Des Weiteren könnte eine Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG in Betracht kommen. Demnach ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 VwVfG rechtswidrig wäre und dies den Vertragsschließenden bekannt wäre. Unabhängig von der Frage der Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages (siehe hierzu zuvor) liegt ein nichtiger Vertrag nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG nur vor, wenn die Vertragsparteien bewusst und gewollt, das heißt in Kenntnis der Rechtswidrigkeit zusammen gearbeitet haben. Ob beide Vertragspartner beim Zustandekommen des Vertrages Kenntnis von der Rechtswidrigkeit hatten, muss im Einzelfall beurteilt werden. In der Regel wird die Kenntnis beider Parteien jedoch nur schwer nachzuweisen sein.

### 3. Ergebnis

Im Ergebnis sprechen damit gute Gründe dafür, dass die Sicherheitsleistung wirksam auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden kann.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag sollte vor dem Erlass des Genehmigungsbescheides abgeschlossen werden. Dadurch kann vermieden werden, dass ein Vertragsschluss nach

---

<sup>116</sup> Henneke, in: Knack, VwVfG § 59 Rn. 11.

Genehmigungserteilung scheitert und der Genehmigungsbescheid später erneut geändert werden muss, um die entsprechenden Regelungen aufzunehmen.

#### **IV. Sicherheitsleistung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften**

Soweit in anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ähnliche Regelungen zu Sicherheitsleistungen enthalten sind, könnten aus der Historie oder der Praxis zu diesen Vorschriften gegebenenfalls Rückschlüsse auf die Forderung einer Sicherheitsleistung nach § 12 Abs. 3 SeeAnIV gezogen werden.

##### **1. BBergG**

Ausweislich der Begründung zu der Ersten Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung orientiert sich der Anhang zu § 12 SeeAnIV an dem Anhang 7 zu § 22a Abs. 3 Satz 4 der Allgemeinen Bundesbergverordnung („**ABBergV**“).<sup>117</sup> § 22a ABBergV enthält zusätzliche Anforderungen an Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG.

Zunächst räumt § 56 Abs. 2 BBergG der Behörde Ermessen hinsichtlich der Sicherheitsleistungen ein. Dass die Zulassung des Betriebsplans von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann, wurde vom früheren Bergrecht der Länder übernommen.<sup>118</sup> Hierfür kommt jede geeignete Sicherheit in Frage. Ein diesbezüglicher Versicherungsvertrag muss allerdings nach Satz 2 eine angemessene Deckungssumme aufweisen. Nach § 22a Abs. 3 Satz 3 ABBergV hat der Unternehmer nachzuweisen, dass er in der Lage sein wird, eine Sicherheitsleistung nach Anhang 7 zu erbringen.

##### **a) Entstehungsgeschichte und Aussagegehalt**

Die Ausgestaltung des Erfordernisses der finanziellen Sicherheit in dem Anhang zur Seeanlagenverordnung deckt sich weitgehend wörtlich mit Anhang 7 zu § 22a Abs. 3 Satz 4 der ABBergVO.

Die Möglichkeit, eine Sicherheitsleistung für Abfallentsorgungseinrichtungen zu verlangen, wurde erstmalig durch die Dritte Verordnung zur Änderung bergrechtlicher Verordnungen vom 24.01.2008<sup>119</sup> in § 22a Abs. 3 Satz 4 und Anhang 7 der ABBergV eingeführt. Eine entsprechende Regelung existierte in der ABBergV bis dahin nicht.

<sup>117</sup> Begründung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung vom 15.07.2008, S. 10.

<sup>118</sup> So *Boldt*, Erläuterungen zum Bundesberggesetz, zu § 56, in: Das Deutsche Bundesrecht, 920. Lieferung, 2003.

<sup>119</sup> BGBl. I S. 85 ff.

Mit der Neueinfügung hat der Verordnungsgeber die Vorgaben der Richtlinie 2006/21/EG<sup>120</sup> umgesetzt. Nach Art. 14 Abs. 1 der RL „*verlangt die zuständige Behörde eine finanzielle Sicherheitsleistung (...) oder etwas Gleichwertiges nach von den Mitgliedstaaten festzulegenden Modalitäten*“, die nach Erwägungsgrund 25 dazu dienen soll,

*„dass alle aus der Genehmigung erwachsenden Verpflichtungen erfüllt werden, einschließlich der Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Stilllegung der Abfallentsorgungseinrichtung und der Nachsorge.“*

Die Art der finanziellen Sicherheitsleistung legt die Richtlinie nicht fest, sondern nennt nur beispielhaft die *„Hinterlegung eines Betrages, wie etwa eines von dem Industriezweig finanzierten Garantiefonds auf Gegenseitigkeit“*. Die Ausgestaltung bleibt den Mitgliedstaaten überlassen.

Zur Bestimmung der Höhe der finanziellen Sicherheitsleistung gibt Art. 14 Abs. 2 lit. a) der RL vor, dass die wahrscheinlichen Umwelteinwirkungen der Abfallentsorgungseinrichtung maßgeblich sind. Insbesondere sind die Kategorie der Abfallentsorgungseinrichtung, die Beschaffenheit der Abfälle sowie die künftige Nutzung des sanierten Geländes zu berücksichtigen. Die Höhe der Kosten ist nach Art. 14 Abs. 2 lit. b) der RL so zu veranschlagen, dass unabhängige und fachlich qualifizierte Dritte die notwendigen Sanierungsarbeiten bewerten und durchführen. Die Höhe der Sicherheitsleistung ist nach Abs. 3 in regelmäßigen Abständen anzupassen.

§ 22a Abs. 3 Satz 4 ABergV i.V.m. Anhang 7 setzt die Vorgaben der Richtlinie als Verpflichtung des Unternehmers zur Sicherheitsleistung um. Der Verordnungsbeurteilung sind erläuternde Hinweise nicht zu entnehmen.<sup>121</sup> Als Arten der Sicherheit kommen nach Anhang 7 u. a.

---

<sup>120</sup> Richtlinie 2006/21/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Bewirtschaftung von Abfällen aus der mineralgewinnenden Industrie und zur Änderung der Richtlinie 2004/35/EG.

<sup>121</sup> Begründung zur Dritten Verordnung zur Änderung bergrechtlicher Verordnungen vom 24.01.2008, BR.-Drs. 795/07, S. 13 (17 f.).

- die in § 232 BGB bestimmten Sicherheitsleistungen,
- die Beibringung einer Konzernbürgschaft, einer Garantie oder eines sonstigen Zahlungsverprechens eines Kreditinstitutes oder
- handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellungen

in Betracht. Hinsichtlich der über § 232 BGB hinausgehenden Sicherheiten ordnet Satz 3 die entsprechende Geltung des § 8 Hypothekenablöseverordnung an.

Über die konkret erforderliche Art der Sicherheit entscheidet die zuständige Behörde im Einzelfall. Sie entscheidet weiterhin über Umfang und Höhe der Sicherheit, und zwar so, „*dass ausreichende Mittel für die Stilllegung (...) und Wiedernutzbarmachung zur Verfügung stehen.*“ Die Sicherheit ist regelmäßig von der Behörde zu überprüfen und ggf. erneut festzusetzen.

b) Rückschlüsse für die Auslegung der SeeAnIV

Zwar sind die ABBergV und die SeeAnIV hinsichtlich der in Betracht kommenden Arten an Sicherheitsleistungen identisch. Das weitgehende Schweigen der Begründung zur ABBergV zur Frage der finanziellen Sicherheiten sowie die Tatsache, dass sie nur kurze Zeit vor der am 15.07.2008 novellierten SeeAnIV normiert wurde, haben jedoch zur Folge, dass Anhang 7 zur ABBergV keine weiterführenden Rückschlüsse zur Auslegung der SeeAnIV zulässt.

c) Genehmigungspraxis

Aus den in § 22a Abs. 3 Satz 4 ABBergV i.V.m. dem Anhang 7 erwähnten Sicherheitsleistungen, wird in der Genehmigungspraxis üblicherweise

- die Abgabe harter Patronatserklärungen,
- die Stellung von Bankbürgschaften oder
- der Abschluss von Versicherungen

gefordert.<sup>122</sup> Uns liegen keine Informationen darüber vor, ob unter Umständen auch von einer Sicherheitsleistung abgesehen wird.

## 2. BImSchG

Hinsichtlich der Sicherheitsleistung bietet sich ein Vergleich mit dem Immissionsschutzrecht als Referenzgebiet für die Seeanlagenverordnung an, da die Seeanlagenverordnung strukturell am BImSchG orientiert ist.

<sup>122</sup> Auskunft: Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie, Dienstsitz Clausthal-Zellerfeld, Bergbehördliches Justizariat, Hr. C. Möller, Tel.: 05323 / 72 32-33.

Mit Ausnahme von Abfallentsorgungsanlagen ist eine Sicherheitsleistung zur Gewährleistung der finanziellen Voraussetzungen für die Einhaltung der materiellen Anforderungen nicht ausdrücklich vorgesehen. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 4a BImSchG soll bei Abfallentsorgungsanlagen eine Sicherheitsleistung zur Erfüllung der Pflichten nach § 5 Abs. 3 BImSchG angeordnet werden. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Stilllegungs- und Nachsorgekosten für Abfallentsorgungsanlagen nicht die öffentliche Hand treffen sollen.

a) Entstehungsgeschichte

Während es sich bei § 12 Abs. 1 Satz 2 BImSchG ursprünglich um eine „Kann“-Vorschrift gehandelt hat, wurde die Regelung durch Gesetz vom 11.08.2009<sup>123</sup> in eine „Soll“-Vorschrift geändert. Zu der alten Fassung hatte der VGH Kassel entschieden, dass das Ermessen entsprechend dem Sinn und Zweck der Ermächtigungsgrundlage ausgeübt werden müsse. Sinn und Zweck von § 12 Abs. 1 S. 2 BImSchG sei, dass dort Sicherheitsleistung verlangt werden können soll, wo Anlass zur Besorgnis besteht, dass Nachsorgepflichten unzureichend erfüllt werden.<sup>124</sup>

Auf die Revision hat das BVerwG entschieden, dass das allgemeine, latent vorhandene Liquiditätsrisiko ausreicht, um eine Sicherheitsleistung verlangen zu können.<sup>125</sup> Eines konkreten Anlasses bedürfe es nicht. Als Reaktion auf die vorhergehende Entscheidung des VGH Kassel hatte der Gesetzgeber bereits die Ermessensvorschrift in eine „Soll“-Vorschrift geändert. Durch die Änderung in eine „Soll“-Vorschrift liegt nunmehr ein Fall des intendierten Ermessens vor. Das heißt, dass die Anordnung der Sicherheitsleistung im Regelfall geboten ist. Nur bei atypischen Umständen steht die Anordnung im behördlichen Ermessen.<sup>126</sup>

b) Rückschlüsse auf die Auslegung der SeeAnlV

Das Bundes-Immissionsschutzgesetz räumt der Genehmigungsbehörde bereits kein Ermessen hinsichtlich der Forderung einer Sicherheit ein. Gleichwohl kann die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Seeanlagenverordnung übertragen werden, so dass auch im Rahmen der Beurteilung der Erforderlichkeit der Sicherheitsleistung davon ausgegangen werden kann, dass es nicht der Darlegung einer konkreten Insolvenzgefahr bedarf.

c) Genehmigungspraxis

Für die Forderung einer Sicherheit wird der Behörde im Immissionsschutzrecht nur ein intendiertes Ermessen („soll“) eingeräumt. In der Regel ist daher eine

<sup>123</sup> BGBl. I 2723.

<sup>124</sup> VGH Kassel, Urteil v. 9. Mai 2007, 6 UE 42/06.

<sup>125</sup> BVerwGE 131, 11 ff.; grundsätzlich bestätigt durch das Bundesverfassungsgericht, NVwZ 2009, 1484.

<sup>126</sup> Jarass, BImSchG, 8. Aufl. 2010, § 12 Rn. 25 m.w.N.

Sicherheitsleistung zu verlangen. Nur in Ausnahmefällen kann von der Forderung einer Sicherheitsleistung abgesehen werden.

In der Genehmigungspraxis zu § 12 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 17 Abs. 4a BImSchG ist in Hamburg keine bestimmte Art von Sicherheitsleistung üblich.<sup>127</sup> Allerdings wird dort aktuell eine Leitlinie für Sicherheitsleistungen bei Abfallentsorgungsanlagen<sup>128</sup> erarbeitet, die eine Vereinheitlichung der Genehmigungspraxis in dieser Hinsicht bewirken soll und die Forderung einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft als Regelfall vorsieht.

### 3. Sicherheitsleistungen nach KrW-/AbfG

Zu der Sicherheitsleistung nach § 32 Abs. 3 KrW-/AbfG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung wird auf die Ausführungen oben<sup>129</sup> verwiesen. Mit der Novelle der Deponieverordnung wurde in § 18 DepV nunmehr eine obligatorische Sicherheitsleistung eingeführt. Zuvor war die Vorschrift wegen Unvereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage des § 36c Abs. 4 KrW-/AbfG durch das BVerwG für unwirksam erklärt worden.

#### a) Entstehungsgeschichte und Aussagegehalt

Das Erfordernis einer finanziellen Sicherheitsleistung nach der Deponieverordnung beruht auf einer gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe in Art. 8 lit. a) Ziffer iv) der Richtlinie 1999/31/EG.<sup>130</sup> Danach erteilt die zuständige Behörde die Genehmigung für eine Deponie nur, wenn u. a. gewährleistet ist, dass der Antragsteller

*„angemessene Vorkehrungen in Form einer finanziellen Sicherheitsleistung oder etwas anderem Gleichwertigen nach von den Mitgliedstaaten festzulegenden Modalitäten getroffen hat [...]“*<sup>131</sup>

Damit sollte der Verordnungsbegründung zur DepV a. F. zufolge gewährleistet werden,

*„dass alle Anforderungen, die in der Zulassung gefordert sind, unter Einbeziehung von erforderlichen Stilllegungs- und Nachsorgemaßnahmen eingehalten werden können.“*<sup>132</sup>

Somit diene die Vorschrift dem Schutz der Öffentlichkeit und der Steuerzahler vor dem Kostenrisiko im Insolvenzfall des Vorhabenträgers.<sup>133</sup>

<sup>127</sup> Auskunft: FHH, BSU, Amt für Immissionsschutz und Betriebe, Amtsleiterin Dr. *Brigitte Köpke*, Tel.: 040 / 428 40-2490.

<sup>128</sup> Leitfaden für die Verwaltungspraxis bei der Auferlegung von Sicherheitsleistungen zur Sicherstellung der Betreiberpflichten nach § 5 Abs. 3 BImSchG bei Abfallentsorgungsanlagen (Entwurf – Stand: 01.10.2010); Auskunft: FHH, BSU, Amt für Immissionsschutz und Betriebe, Herr *Woide*, Tel.: 040 / 428 40-2309.

<sup>129</sup> Unter C.II.1.

<sup>130</sup> Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26. April 1999 über Abfalldeponien, sog. „DeponieRL“.

<sup>131</sup> Vgl. dazu Erwägungsgrund (28).

<sup>132</sup> BR-Drs. 231/02, S. 109, zitiert nach *Klett*, in: Fluck (Hrsg.), Kreislaufwirtschafts-/ Abfall- und Bodenschutzrecht, Band 3, Teil 1, § 19 DepV, Rn. 2 ff.

Die Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben leistete die DepV a. F. insofern, als sie in § 19 Abs. 4 Satz 2 auf die in § 232 BGB bestimmten Sicherheitsleistungen und alternativ auf

- die Beibringung einer Konzernbürgschaft, einer Garantie oder eines sonstigen Zahlungsverprechens eines Kreditinstitutes oder
- handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellungen

verwies. Satz 3 ordnete wie auch Anhang 7 ABBERgV und der Anhang zur SeeAnIV die entsprechende Geltung des § 8 Hypothekablöseverordnung an. Die Vorschrift war auf alle über § 232 BGB hinausgehenden Sicherheiten anwendbar.<sup>134</sup> Anders als Ziffer 2 des Anhangs zur SeeAnIV normierte § 19 Abs. 4 Satz 4 DepV a. F. für den Fall der Insolvenz des Deponiebetreibers ein Recht der Behörde zur abgesonderten Befriedigung aus der Sicherheit.

Die Verordnungsbegründung stellte die Bedeutung des Schutzes der Sicherheit gegenüber dem Zugriff Dritter heraus. Wesentlich sei,

*„dass die Sicherheit jederzeit den angestrebten Sicherungszweck erfüllen muss. Hierzu muss sie insbesondere auch der Verfügungsbefugnis der Rechtsperson, die die Sicherheit gestellt hat, entzogen sein.“*<sup>135</sup>

Wegen ihrer Konkursfestigkeit seien dingliche Sicherheiten sowie die Hinterlegung von Geld aufgrund des nach § 233 BGB entstehenden Pfandrechts geeignet.<sup>136</sup> Rücklagen in Geld hingegen seien wegen der lediglich schuldrechtlich wirkenden Verpflichtung, das Geld nicht anderweitig als für den Sicherungszweck zu nutzen, weniger geeignet.<sup>137</sup>

Nach der Verordnungsbegründung war bezüglich der Höhe der Sicherheitsleistung eine „Prognose hinsichtlich der zukünftig zu erwartenden Stilllegungs- und Nachsorgekosten“ vorzunehmen. Dabei wurde von einem planmäßigen Nachsorgebetrieb und einem fiktiven Nachsorgezeitraum von 30 Jahren ausgegangen.<sup>138</sup> Die Höhe sollte regelmäßig überprüft werden. Art und Umfang der Sicherheitsleistung im Einzelfall festzulegen, oblag gem. § 18 Abs. 2 Satz 1 DepV a. F. der zuständigen Behörde.

Die Vorschrift wurde bezüglich der handelsrechtlich zu bildenden betrieblichen Rückstellungen von dem Bundesverwaltungsgericht für nichtig erklärt.<sup>139</sup>

<sup>133</sup> Klett, in: Fluck, Band 3, Teil 1, § 19 DepV, Rn. 35.

<sup>134</sup> Ebd. Rn. 70 m.w.N.

<sup>135</sup> A.A. unter Verweis auf den Wortlaut Klett, in: Fluck, Band 3, Teil 1, § 19 DepV, Rn. 65.

<sup>136</sup> Vgl. Verordnungsbegründung, s.o.

<sup>137</sup> Vgl. Verordnungsbegründung, s.o.

<sup>138</sup> Klett, in: Fluck, Band 3, Teil 1, § 19 DepV, Rn. 56.

<sup>139</sup> BVerwG, DÖV 2008, 920 ff.

Der normative Gehalt des § 19 Abs. 4 Satz 2 DepV a. F. deckt sich – abgesehen von den nunmehr entfallenen handelsrechtlich zu bildenden betrieblichen Rückstellungen und der ebenfalls entfallenen Regelung des § 19 Abs. 4 Satz 4 DepV a. F. – mit § 18 Abs. 2 Satz 2 DepV i. d. F. vom 27.04.2009 (DepV n. F.). Die Begründung zur DepV n. F.<sup>140</sup> gibt – wenn auch in gestraffter Form – im Wesentlichen dieselben Erwägungen wieder, wie sie die Begründung zu DepV a. F. enthielt. Das Recht zur abgesonderten Befriedigung ist mit der DepV n. F. jedoch entfallen.

b) Rückschlüsse für die Auslegung der SeeAnIV

Die Verordnungsbegründung zur DepV alter und neuer Fassung weist auf die Bedeutung der Konkursfestigkeit der Sicherheit und die Entziehung der Verfügungsbefugnis gegenüber dem Sicherungsgeber hin. Doch ist die Bedeutung dieser Maßgaben für die Auslegung der SeeAnIV lediglich von mittelbarer Natur. Zwar entspricht Ziffer 2 Satz 1 des Anhangs zur SeeAnIV dem Wortlaut des § 19 Abs. 4 Satz 2 DepV a. F. Gegen eine Übertragung der Erwägungen des Ordnungsgebers spricht auch nicht die fehlende Verweisung auf die DepV in der Begründung zur SeeAnIV. Doch unterscheiden sich die beiden Normen insofern, als die Sicherheit im Rahmen der DepV zwingend zu leisten ist, während die Entscheidung darüber im Rahmen der SeeAnIV im Ermessen der Behörde steht.

Eine Anwendung des § 8 Hypothekenablöseverordnung über den Wortlaut hinaus auf alle Sicherheiten jenseits des § 232 BGB, wie sie im Rahmen der DepV a. F. von der Kommentarliteratur angenommen wird, kommt indessen auch im Rahmen der SeeAnIV in Betracht. Die Literatur zur Deponieverordnung bezieht dies insbesondere auf die Konzernbürgschaft, bei der es sich genau genommen um eine Sicherheit nach § 232 BGB handelt.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist – wie oben bereits ausgeführt – auf die Seeanlagenverordnung entsprechend anzuwenden. Dies hat die Nichtigkeit der Seeanlagenverordnung insoweit zur Folge, wie auch sie die handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellung als als mögliche Sicherheit vorsieht.

c) Genehmigungspraxis

Ein Entschließungsermessen wird der Behörde nach der neuen Deponieverordnung nicht eingeräumt. Die Sicherheit, die der Deponiebetreiber nach § 18 Abs. 1 Satz 1 DepV zu leisten hat, besteht in der Praxis ebenfalls typischerweise in der Bestellung von Bankbürgschaften oder dem Abschluss von Versicherungen.<sup>141</sup>

<sup>140</sup> Begründung zur Verordnung zur Vereinfachung des Deponierechts vom 24.09.2008, BT-Drs. 16/10330.

<sup>141</sup> Auskunft: FHH, BSU, Amt für Umweltschutz, Dr. *Heribert Dernbach*, Tel.: 040 / 428 45-4313; hinsichtlich der Bürgschaften ebenso *Hellmann-Sieg*, in: Jarass/Petersen/Weidemann, KrW-/AbfG, Band 2, § 32, Rn. 136.

#### **4. Zusammenfassung der unterschiedlichen Anforderungen und Auswirkungen auf die Auslegung des § 12 Abs. 3 SeeAnlV**

Entsprechend der Rechtsprechung zu § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG a. F. ist ein allgemeines Liquiditätsrisiko ausreichend, um eine Sicherheitsleistung verlangen zu können.

Mit der Rechtsprechung zu der Deponieverordnung ist von der Nichtigkeit der Seeanlagenverordnung insoweit auszugehen, wie sie die handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellung als mögliche Sicherheit vorsieht.

Darüber hinaus lassen sich den Vorschriften keine konkreten Hinweise auf die Anordnung von Sicherheiten entnehmen. In der Praxis wird überwiegend die Bestellung von Bankbürgschaften oder der Abschluss von Versicherungen verlangt.

### **D. Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Großbritannien**

In Großbritannien sind – anders als in Deutschland – bereits mehrere Offshore-Windparks in Betrieb. Diese sind mit einer Ausnahme in Wassertiefen bis zu 17 m errichtet. Das Projekt Beatrice/Moray Firth befindet sich in einer Wassertiefe von 40 m und ist seit 2007 in Betrieb.

#### **I. Einleitung**

Gesetzliche Grundlage für den Rückbau von Offshore-Anlagen in Großbritannien ist der Energy Act 2004 („2004 Act“) in der Fassung des Energy Act 2008 („2008 Act“). Die gesetzlichen Regelungen gehen von dem Verursacherprinzip („polluter pays“ principle) aus, nach dem derjenige, der eine Offshore-Anlage errichtet, erweitert, betreibt oder nutzt, für den Rückbau am Ende der Betriebsdauer verantwortlich sein und die Rückbaukosten tragen sollte.

Es soll sichergestellt werden, dass die Entwickler und/oder Betreiber von Offshore-Anlagen ihre gesetzliche Verpflichtung bei Projektbeginn berücksichtigen und für ausreichende Mittel zur Erfüllung dieser Verpflichtung Sorge tragen. Dadurch soll vermieden werden, dass unzureichende finanzielle Vorsorge getroffen wird und die Kosten der öffentlichen Hand zur Last fallen. Das gesetzliche Rückbauregime verlangt deshalb, dass der Entwickler/Betreiber einen Rückbauplan aufstellt, der die voraussichtlichen Rückbaukosten berücksichtigt; zudem kann der Secretary of State verlangen, dass Angaben zu einer finanziellen Sicherheit gemacht werden. Beispielhaft kann hier auf den Rückbauplan des Thanet Offshore-Windparks (Mai 2008) verwiesen werden, der eine solche Bestimmung enthält.

## **II. Energy Act 2004**

Der 2004 Act verpflichtet die für Offshore-Windparks verantwortlichen Personen, ein Rückbauprogramm zu erstellen und gegebenenfalls Sicherheit dafür zu stellen, dass dieses Programm ausgeführt werden kann.

## **III. Rückbauprogramme**

Nach dem 2004 Act kann der Secretary of State jede Person, die eine Offshore-Windparkanlage errichtet, erweitert, betreibt oder nutzt oder dieses plant, auffordern, ein detailliertes Rückbauprogramm vorzulegen. Das Rückbauprogramm muss unter anderem die Rückbaumaßnahmen und deren voraussichtliche Kosten enthalten. Der Secretary of State kann außerdem einen Vorschlag für eine finanzielle Sicherheit verlangen. Gemäß dem 2004 Act schließt der Begriff „Sicherheit“ (beispielhaft) ein: (i) die Verpfändung eines Bankkontos oder eines anderen Vermögenswertes, (ii) die Hinterlegung eines Geldbetrages, (iii) eine Erfüllungsbürgschaft oder Garantie, (iv) ein Akkreditiv und (v) eine Patronatserklärung.

## **IV. Genehmigung des Rückbauprogramms**

Nach dem 2004 Act kann der Secretary of State das Rückbauprogramm in der vorgelegten Form oder mit Änderungen und/oder Auflagen genehmigen. Die Stellung einer ausreichenden finanziellen Sicherheit kann zur Auflage gemacht werden. Der Secretary of State kann das Rückbauprogramm auch ablehnen und selbst ein Rückbauprogramm erstellen; in diesem Fall kann der Secretary of State auch die finanzielle Sicherheit festlegen.

Der Secretary of State ist verpflichtet, das Rückbauprogramm in Abständen zu überprüfen.

## **V. Regelungen bezüglich Rückbau**

Der 2004 Act ermächtigt den Secretary of State weiter, Bestimmungen in Bezug auf den Rückbau einer bestimmten Offshore-Windparkanlage zu erlassen. Solche Bestimmungen können sich auch auf die Art der finanziellen Sicherheit beziehen.

## **VI. Energy Act 2008**

Ziel des 2008 Act ist es, das gesetzliche Rückbauregime zu verbessern, um das Risiko, dass Rückbaukosten zu Lasten des Steuerzahlers gehen, weiter zu verringern.

Der Secretary of State kann danach einen Rückbaubescheid gegenüber einem verbundenen Unternehmen („associate“), wie zum Beispiel einer Mutter- oder Tochtergesellschaft, erlassen, wenn der Betreiber/Entwickler eine juristische Person ist und wenn keine ausreichenden Rückbauvorkehrungen, einschließlich finanzieller Sicherheit, getroffen wurden. Hinweise darauf, wann Rückbauvorkehrungen als ausreichend angesehen werden können, enthält weder der 2004 Act noch der 2008 Act, noch sind uns dazu anderweitige öffentlich zugängliche Informationen bekannt.

Für den Fall der Insolvenz enthält der 2004 Act in der Fassung des 2008 Act besondere Vorschriften, die den allgemeinen insolvenzrechtlichen Regelungen vorgehen. Sie sollen verhindern, dass Sicherheiten (in Form eines „Trust“ oder in anderer Form) entgegen den Bestimmungen, die für die Sicherheit getroffen wurden (z. B. Trust-Regelungen), verwendet werden können, insbesondere nicht zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung stehen.

## VII. Rückbausicherheit

Wie bereits erwähnt, ist es Ziel der Regierung, das Risiko, dass Rückbaukosten der öffentlichen Hand zur Last fallen, möglichst zu verringern. Auf der anderen Seite sieht die Regierung die Notwendigkeit, einen Ausgleich zwischen ihrem Ziel, die Entwicklung der Offshore-Erneuerbaren-Energien-Industrie zu fördern, und ihrem Wunsch, den Steuerzahler vor den Rückbaukosten zu schützen, herbeizuführen.

Das Department of Business, Innovation and Skills (BIS) (früher Department of Trade and Industry (DTI)) hat im Dezember 2006 Richtlinien veröffentlicht („**2006 Richtlinien**“), in denen auf einen vom DTI beauftragten und von Climate Change Capital (CCC) erstellten Bericht Bezug genommen wird.<sup>142</sup> Aus den 2006 Richtlinien geht hervor, dass CCC die wahrscheinlichen Umstände und das Risiko einer Nichterfüllung der Rückbauverpflichtung untersucht hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, dass das Ausfallrisiko während der Bauphase relativ niedrig ist, während der Betriebsphase ansteigt und in der Rückbauphase am höchsten ist. Ausweislich der 2006 Richtlinien erwartet CCC aufgrund der hohen Kapitalkosten und niedrigen Betriebskosten, dass ein Windpark nach seiner Fertigstellung in der Lage sein wird, die Rückbaukosten zu decken. Angesichts der verbleibenden Risiken (Unsicherheit hinsichtlich der Höhe der Rückbaukosten, Risiko technischer Probleme beim Betrieb, mögliche Übertragung von Vermögenswerten und Unsicherheiten hinsichtlich der Finanzkraft des Eigentümers der Vermögenswerte), wird eine finanzielle Sicherheit, die keine erhebliche Belastung für die Projekte darstellt, als empfehlenswert angesehen.

Eine bestimmte Form der Rückbausicherheit ist weder im 2004 Act noch im 2008 Act vorgeschrieben. Vielmehr nennt der Gesetzgeber nur Beispiele für geeignete

<sup>142</sup> Eine Kopie des Berichts konnten wir weder vom BIS noch von CCC erhalten.

Sicherheiten. Wie ausgeführt, wird eine Sicherheit gegebenenfalls von der für die Entwicklung und den Betrieb der Offshore-Windparkanlage verantwortlichen Person vorgeschlagen.

In den 2006 Richtlinien werden Hinweise dazu gegeben, welche Arten der Sicherheit wahrscheinlich akzeptabel oder nicht akzeptabel sind. Als wahrscheinlich akzeptable Formen der Sicherheit werden genannt:

- Barmittel, die im Voraus zur Deckung der Rückbauverpflichtung beiseite gelegt werden,
- unwiderrufliche Akkreditive, die von einer in einem OECD Staat niedergelassenen Bank, mit einem Rating von mindestens „AA“ von Standard & Poor's, „Aa2“ von Moody's oder einem vergleichbaren Rating einer anderen anerkannten Rating-Agentur ausgestellt sind,
- Bürgschaften einer Bank (unter den gleichen Voraussetzungen wie bei einem Akkreditiv) oder einer Versicherung, sowie eine sichere, abgesonderte Rückbaurücklage, die zu Beginn oder in der Mitte oder über die gesamte Betriebsdauer einer Anlage gebildet wird.

Andere Arten der Sicherheit oder Kombinationen können ebenfalls akzeptabel sein, wie zum Beispiel eine Versicherung und mögliche Kollektivsysteme, wie zum Beispiel ein Branchen-Fonds. In Bezug auf eine Versicherungslösung ist allerdings anzumerken, dass eine Rückbauversicherung nach unserer Kenntnis im Markt nicht erhältlich ist. Da diese Kosten in jedem Fall getragen werden müssen und keine Unsicherheit hinsichtlich ihrer Entstehung besteht, werden Finanzprodukte als geeigneter für die Absicherung angesehen.

Demgegenüber sind Konzernbürgschaften oder Rücklagen, die erst gegen Ende der Betriebsdauer gebildet werden, wahrscheinlich nicht ausreichend. Hinsichtlich Konzernbürgschaften wird darauf hingewiesen, dass ein Bedürfnis für eine Sicherheit am ehesten besteht, wenn sich der Konzern insgesamt in finanziellen Schwierigkeiten befindet, dass die Inanspruchnahme auf Schwierigkeiten stößt, wenn sich die Muttergesellschaft und deren Vermögen im Ausland befinden, und dass das Erfordernis, die Finanzkraft und die Belegenheit des Vermögens der Muttergesellschaft regelmäßig zu überprüfen, mit Aufwand und Schwierigkeiten für den Secretary of State verbunden ist. In Bezug auf Rücklagen, die spät in der Betriebsphase gebildet werden, geht die Regierung davon aus, dass das Ausfallrisiko von geschätzten £ 0-20 Mio. bei Rücklagenbildung ab dem 10. Jahr (und einer Betriebsdauer von 20 Jahren) auf £ 1-80 Mio. bei Rücklagenbildung ab dem 15. Jahr steigen würde (in Abhängigkeit von der Bonität des Betreibers/Entwicklers). Eine späte Rücklagenbildung würde zudem geringen Schutz vor einem unerwarteten Anstieg der Rückbaukosten bieten. Auch könnte die Tatsache, dass der Rücklage höhere Beträge zugeführt werden müssen, potentiell das Risiko einer finanziellen Krise erhöhen.

## **VIII. Sicherheitsleistung während der Bauphase und der ersten Hälfte der Betriebsphase**

Im Hinblick darauf, dass einerseits die frühzeitige Stellung einer Sicherheit zu hohen Kosten führen kann und es andererseits das Ziel der Regierung ist, die Offshore-Erneuerbare-Energien-Industrie zu fördern, wird das Ausfallrisiko während der ersten Hälfte der Betriebsdauer einer Offshore-Windparkanlage als nicht so erheblich angesehen, dass es die Kosten einer Sicherheitsleistung rechtfertigen könnte. Daher wird normalerweise während der ersten Hälfte der Lebensdauer einer Anlage keine Sicherheit verlangt. Wie ausgeführt hat der Secretary of State jedoch das Rückbauprogramm von Zeit zu Zeit zu überprüfen und kann dementsprechend (zusätzliche) Sicherheit verlangen, wenn aufgrund der Umstände von einem höheren Ausfallrisiko auszugehen ist.

Da die Anforderungen an die Sicherheitsleistung nicht im Einzelnen gesetzlich geregelt sind, sondern nur in den 2006 Richtlinien näher beschrieben werden, kann die Beurteilung des Secretary of State je nach Bonität des Entwicklers/Betreibers und den Gesamtumständen des einzelnen Projekts unterschiedlich ausfallen. Dies heißt jedoch nicht, dass der Secretary of State generell erst eine Risikoeinschätzung hinsichtlich des jeweiligen Entwicklers/Betreibers vornimmt. Nach dem 2004 Act und dem 2008 Act sind die Entwickler/Betreiber verpflichtet, eine Rückbausicherheit zu stellen. Jedoch kann der Zeitpunkt und die Art der Sicherheitsleistung in Abhängigkeit von der Bonität verschieden sein.

## **IX. Thanet Offshore Windfarm**

Informationen über die für einzelne Projekte gestellte Sicherheit sind im Regelfall nicht öffentlich zugänglich. Als Beispiel kann jedoch der Rückbauplan der Thanet Offshore Windfarm Limited („TOW“) vom Mai 2008 herangezogen werden. Obergesellschaft bei diesem Projekt ist Vattenfall.

TOW beabsichtigt, Sicherheit ohne Rückgriff auf einen Gesellschafter zu leisten. Es wird darauf hingewiesen, dass ein „Trust“ für die Branche zur Absicherung der nach einem Rückbau bestehenden Überwachungsverpflichtungen der teilnehmenden Entwickler gebildet werden könnte; TOW würde an einem solchen Fonds teilnehmen.

Es wird erwartet, dass die Thanet Offshore Windfarm nach 40 Jahren rückgebaut werden wird, wobei der Rückbau auch schon nach etwa 20 Jahren stattfinden könnte, falls die Turbinen nicht ersetzt werden.

Aus Sicht von TOW wäre die Bildung einer Rücklage durch Einzahlung in ein zweckgebundenes Treuhandkonto vorzuziehen, wobei TOW vorschlägt, ein Zehntel der

voraussichtlichen Nettorückbaukosten jährlich ab dem 10. Betriebsjahr in das Treuhandkonto einzuzahlen.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Zahlungen zur Absicherung von 12 Millionen Pfund gesicherten Rückbaukosten im Finanzmodell der Projektfinanzierung berücksichtigt sind. Für den Fall, dass der Secretary of State der Rücklagenbildung in der zweiten Betriebshälfte nicht zustimmt, würde TOW Sicherheit durch eine Bürgschafts- („bond“) oder eine Akkreditivstruktur stellen, bei der die Sicherheit ab dem 10. Betriebsjahr anwächst.

## **E. Rechtslage, Praxis und Erfahrung in Dänemark**

Auch in Dänemark sind bereits mehrere Offshore-Windparks in Betrieb. Diese befinden sich in Wassertiefen bis zu 17 m. Eigentümer der Projekte sind Energieversorger: Dong Energy A/S, Vattenfall AB und E.ON. Bei dem Projekt Horns Rev (errichtet in einer Wassertiefe von 17 m und in 30 km Entfernung zur Küste) mussten sämtliche Gondeln wegen schadhafter Transformatoren und Generatoren abmontiert und an Land repariert werden. In der Folge wurde bei der Anlagentechnik größeres Gewicht auf die besonderen Anforderungen im Offshore-Bereich gelegt.

### **I. Zusammenfassung**

Voraussetzung für die Errichtung eines Offshore-Windparks ist eine Genehmigung nach dem dänischen Gesetz über die Förderung der erneuerbaren Energien (lov om fremme af vedvarende energi). Die dänische Energiebehörde („DEA“) hat mitgeteilt, dass Rückbausicherheit in der Praxis stets – mit einer Ausnahme (Hypotheken auf einem Grundstück) – in Form einer Konzernbürgschaft gestellt wurde.

Die DEA hat an die Konzernbürgschaft keine besonderen Anforderungen gestellt, z. B. betreffend Börsennotierung, Rating usw.; dies liegt jedoch daran, dass es sich bei den Muttergesellschaften jeweils um Dong Energy A/S (Anteilseigner teilweise der dänische Staat), Vattenfall AB (Anteilseigner der schwedische Staat) und E.ON handelte.

Im Rahmen angemessener und ausreichender Sicherheitsleistung ist die DEA bereit, den Gesellschaften eine gewisse Wahlfreiheit in Bezug auf die Rückbausicherheit zu gewähren. Bei erster Betrachtung sind Konzernbürgschaften, Bankgarantien (auch auf sukzessiver Basis) und Hypotheken mögliche Sicherheitsarten.

## II. Gesetzlicher Rahmen

Die Errichtung eines Offshore-Windparks setzt eine Genehmigung nach dem dänischen Gesetz über die Förderung von erneuerbaren Energien (lov om fremme af vedvarende energi) voraus.

Nach Art. 25 (3) kann die DEA in der Genehmigung Bestimmungen betreffend den Rückbau und die Rückbausicherheit aufnehmen.

Weder das Gesetz noch andere rechtliche Bestimmungen regeln jedoch näher, welche Bestimmungen die DEA festlegen kann.

Die Errichtung von Offshore-Windparks mit einer Kapazität über 25 MW bedarf einer Genehmigung nach dem Elektrizitätsversorgungsgesetz (elforsyningsloven). Der Antragsteller muss durch entsprechende Unterlagen dokumentieren, dass er über die notwendige technische und finanzielle Leistungsfähigkeit verfügt. Bei der Bewertung der finanziellen Leistungsfähigkeit kann berücksichtigt werden, ob die Gesellschaft börsennotiert ist und, wenn dies der Fall ist, wie das Rating ist.

## III. Tatsächliche Praxis der DEA

Im Rahmen eines am 27. Oktober 2010 geführten Telefonates hat die DEA mitgeteilt, dass die von den Eigentümern eines Windparks gestellte Sicherheit angemessen und ausreichend sein muss. Die besonderen Anforderungen hängen im Übrigen von einer konkreten Einschätzung im Einzelfall ab, einschließlich einer Beurteilung der Gesellschaft, die die Baugenehmigung beantragt.

Aus diesem Grund kann die DEA keine genauere Auskunft dazu geben, welche Anforderungen an die Rückbausicherheit in zukünftigen Fällen gestellt werden.

Im Rahmen einer angemessenen und ausreichenden Sicherheit ist die DEA jedoch bereit, den Gesellschaften gewisse Wahlmöglichkeiten in Bezug auf die Sicherheit einzuräumen. Auf den ersten Blick sind Konzernbürgschaften, Bankgarantien und Hypotheken mögliche Formen der Rückbausicherheit.

In diesem Zusammenhang muss hervorgehoben werden, dass die derzeit bestehenden Windparks in Dänemark zum Konzern von Dong Energy A/S (Anteilseigner ist teilweise der dänische Staat), Vattenfall AB (Anteilseigner ist der schwedische Staat) und E.ON gehören. Die tatsächliche Praxis der DEA wird folglich durch den Umstand beeinflusst, dass Baugenehmigungen nicht an kleinere (und weniger renommierte) Unternehmen erteilt wurden.

## 1. Konzernbürgschaften

Die DEA hat mitgeteilt, dass Sicherheit in der Praxis stets (mit einer Ausnahme) in Form von Konzernbürgschaften gestellt wurde.

Durch diese Bürgschaften – die unbegrenzt sind – werden sämtliche Verbindlichkeiten der Projektgesellschaft, die sich im Zusammenhang mit der Genehmigung ergeben können, besichert.

Bisher ist keine Bewertung der Kosten für den Rückbau und die Wiederherstellung der Flächen nach Betriebsende im Zusammenhang mit der Stellung von Konzernbürgschaften vorgenommen worden.

Die DEA hat bzgl. der Konzernbürgschaften keine besonderen Anforderungen gestellt, z. B. betreffend Börsennotierung, Rating, usw.; dies beruht jedoch darauf, dass es sich bei der jeweiligen Obergesellschaft um Dong Energy A/S, Vattenfall AB und E.ON handelte. Die DEA hat es deshalb nicht für erforderlich gehalten, besondere Anforderungen an die Konzernbürgschaften zu stellen.

Es ist jedoch sehr wahrscheinlich, dass die DEA bei der Beurteilung, ob eine Konzernbürgschaft ausreichend ist, eine konkrete Einschätzung auf der Grundlage der Solidität, des Ratings usw. vornimmt, wie dies auch in gleicher Weise bei der Erteilung von Genehmigungen für Windparks mit einer Kapazität von mehr als 25 MW geschieht.

Die jeweiligen Gesellschaften, die eine Genehmigung für die Errichtung von Windparks in Dänemark erhalten haben, durften Sicherheit wahlweise in Form einer Konzernbürgschaft oder einer Bankgarantie stellen. Alle Gesellschaften haben sich dafür entschieden, Sicherheit in Form einer Konzernbürgschaft zu leisten.

## 2. Bankgarantien

Wird Sicherheit in Form einer Bankgarantie geleistet, was – wie erwähnt – bisher nicht der Fall war, wird es erforderlich werden, dass eine Bewertung der Kosten für den Rückbau und die Wiederherstellung der Flächen in Auftrag gegeben wird, da keine Bank eine unbegrenzte Garantie übernehmen wird.

Die Stellung einer Bankgarantie auf sukzessiver Basis in der Form, dass diese während der Planungsphase nur 10 % der Gesamtkosten umfasst und die Garantie während der Betriebsphase fortlaufend erhöht wird, kann ausreichend sein. Es wird jedoch von einer konkreten Einschätzung im Einzelfall abhängen, ob eine solche Lösung akzeptiert wird.

### **3. Grundstückshypothesen**

In einem Fall ist eine Grundstückshypothek auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens über die Kosten des Rückbaus und der Wiederherstellung der Flächen und einer Bewertung des Grundstücks gestellt worden. In diesem Fall war der Eigentümer eine lokale dänische Behörde.

Der Windpark wurde später auf ein anderes Unternehmen (Dong, Vattenfall oder E.ON) übertragen und ist jetzt von der Konzernbürgschaft erfasst.

## **Anhang 1**

Memorandum von White & Case LLP, London

UK Statutory Framework for Decommissioning of Offshore Windfarm Installations

**Date:** 21 October 2010  
**To:** Beate Treibmann  
**From:** Kirsti Massie  
**Re:** UK Statutory Framework for Decommissioning of Offshore Windfarm Installations

## 1. INTRODUCTION

- 1.1. This memorandum sets out an overview of the decommissioning provisions under the Energy Act 2004 (the “**2004 Act**”), as amended by the Energy Act 2008 (the “**2008 Act**”). By way of general comment, the provisions reflect the UK Government’s view that an entity that constructs, extends, operates or uses an offshore energy installation should be responsible for ensuring that such installation is decommissioned at the end of its useful life and meets the costs of decommissioning (the “polluter pays” principle).
- 1.2. The UK Government’s objective is to ensure that the developers and/or operators of offshore energy installations have taken their statutory decommissioning liabilities into account at the beginning of any project and have provided for sufficient funds to meet such liabilities. Of particular concern is that the financial provision for decommissioning activity will be insufficient with the result that the cost will fall to the public purse. To manage this risk, the statutory decommissioning regime set out in the 2004 Act and the 2008 Act requires developers/operators to put in place a decommissioning plan in respect of the relevant offshore installations and such plan should consider the likely costs of decommissioning and the Secretary of State may require that details of any financial security be provided. As a matter of good industry practice, the more recent offshore windfarms are making specific comment in their decommissioning programmes on financial security. By way of example, the Decommissioning Plan for the Thanet Offshore Windfarm (May 2008) includes such a provision (see paragraph 9 below).

## 2. ENERGY ACT 2004

- 2.1. Part 2, Chapter 3 of the 2004 Act sets out the statutory regime in respect of the decommissioning of offshore renewable energy installations (and their related transmission connection lines) located in territorial waters in or adjacent to England, Scotland and Wales and to waters in the UK Renewable Energy Zone (including the part adjacent to Northern Ireland territorial waters). Pursuant to s.104 of the 2004 Act, renewable energy installations to which the decommissioning regime applies include such installations which:
  - (a) are used for purposes connected with the production of energy from water or winds; and
  - (b) permanently rest on, or are permanently attached to, the sea bed.

As such, the decommissioning regime, as set out in the 2004 Act, applies to offshore windfarm installations.

- 2.2. The decommissioning provisions of the 2004 Act impose certain legal obligations on the persons responsible for offshore windfarm installations to prepare and carry out a funded decommissioning programme, and potentially provide financial security for carrying out such decommissioning programme. Failure to comply with such obligations is a criminal offence.

### 3. DECOMMISSIONING PROGRAMMES

- 3.1. Pursuant to s.105 of the 2004 Act, the person who is proposing to, or has started to construct, extend, operate or use an offshore windfarm installation may be required by a notice from the Secretary of State to submit a detailed decommissioning programme in respect of such installation. Under the 2004 Act, such notice may be given by the Secretary of State to the relevant person or persons<sup>143</sup> at any point during the process, from the point where the relevant persons have requested the grant of a statutory consent in respect of the offshore windfarm installation (s.105(3)) to the point at which the decommissioning process in respect of an offshore windfarm installation has begun (s.105(1)(c)).
- 3.2. S.105(8) of the 2004 Act requires that the decommissioning programme submitted to the Secretary of State includes:
- (a) measures to be taken for decommissioning the relevant offshore windfarm installation;
  - (b) an estimate of the expenditure likely to be incurred in carrying out such measures;
  - (c) provision for determining the times at which, or the periods within which, such measures will have to be taken;
  - (d) provisions in respect of restoring the site to the condition that it was in prior to the construction of the offshore windfarm installation (if it is proposed that such installation is to be wholly or partly removed);
  - (e) provisions in respect of continued monitoring and maintenance of the offshore windfarm installation (if it is proposed that such installation is not to be completely removed).
- 3.3. Under s.105(9)(d) of the 2004 Act, the Secretary of State may also require, along with the decommissioning programme, details of the financial security (if any) that the recipient of the notice proposes to provide in relation to the carrying out of the decommissioning programme.

---

<sup>143</sup> Note: where such notice by the Secretary of State is given to more than one person, the requirement for submitting a decommissioning programme must be satisfied by all such persons jointly (s.105(4)(b)).

- 3.4. The 2004 Act defines “security” as including by way of example (i) a charge over a bank account or any other asset; (ii) a deposit of money; (iii) a performance bond or guarantee; (iv) a letter of credit; and (v) a letter of comfort.

#### **4. APPROVAL AND REVIEW OF DECOMMISSIONING PROGRAMMES**

- 4.1. S.106 of the 2004 Act provides that the Secretary of State may approve the decommissioning programme as submitted, or may approve it with modifications and/or conditions. The Secretary of State may also reject the submitted decommissioning programme and prepare the decommissioning programme itself. In such instances the Secretary of State may also stipulate the financial security to be provided.

- 4.2. Where the decommissioning programme has been submitted by more than one person, the Secretary of State has the power, pursuant to s.106(6) of the 2004 Act, to impose different conditions on different people.

- 4.3. Under s.106(4) of the 2004 Act, the Secretary of State may approve a decommissioning programme subject to a condition that the person submitting the decommissioning programme provides acceptable financial security in respect of the decommissioning, at such time and in accordance with such requirements as the Secretary of State may specify.

- 4.4. The Secretary of State is obliged, pursuant to s.108(1) of the 2004 Act, to conduct, from time to time, such reviews of the decommissioning programme, including any conditions attached to it, as he considers appropriate. The Secretary of State or the person submitting the decommissioning programme may propose modifications to such programme or the conditions attached to such programme, including in relation to the proposed financial security. The Secretary of State, after considering any representations put forward, will make a decision in respect of such proposed modifications.

- 4.5. The Secretary of State (or the person submitting the decommissioning programme) may propose to relieve an entity of its obligation to carry out the approved decommissioning programme or to impose such obligation on another entity (s.108(3) of the 2004 Act). The Secretary of State, after considering any representations made, will make a decision in respect of such proposals.

#### **5. REGULATIONS IN RESPECT OF DECOMMISSIONING**

S.111 of the 2004 Act gives the Secretary of State the power to issue specific regulations in respect of decommissioning of particular offshore windfarm installations. Such regulations may include provisions in respect of the type and nature of the financial security required to be provided as part of the decommissioning programme (s.111(2)(c) of the 2004 Act).

#### **6. ENERGY ACT 2008**

- 6.1. The 2008 Act aims to strengthen the statutory decommissioning regime in relation to offshore renewable energy installations to further minimise the risk of decommissioning liabilities falling to the taxpayer.

- 6.2. Pursuant to s.105(2) of the 2004 Act, as amended by the 2008 Act, the Secretary of State has the ability to issue a decommissioning notice to an operator/developer's "associate" (e.g. a parent company or subsidiary) if such operator/developer is a body corporate and where inadequate decommissioning arrangements, including financial security, have been provided by such operator/developer (s.105A(b) of the 2004 Act, as inserted by the 2008 Act). Neither the 2004 Act nor the 2008 Act provides detail as to the factors to be considered in any decision as to the adequacy or otherwise of decommissioning arrangements. We are not aware of any publically available information that provides any further guidance as to the circumstances in which the Secretary of State may determine that a decommissioning plan is inadequate.
- 6.3. S.110A of the 2004 Act, as amended by the 2008 Act, provides for protection of funds which have been put aside for decommissioning in the event of insolvency thereby overriding ordinary insolvency legislation that would typically apply to the assets of a company. Such decommissioning funds will not be available for distribution to the general body of creditors.
- 6.4. The Secretary of State may, by notice to the relevant person, require such person to provide certain information as the Secretary of State may require in relation to, among others, the associates of the operator/developer where such operator/developer is a body corporate, financial affairs of the operator/developer or its associates, or the financial security which the operator/developer proposes to provide in respect of its decommissioning liabilities (s.112A(3) of the 2004 Act, as inserted by the 2008 Act).

## **7. FORMS OF FINANCIAL SECURITY IN RESPECT OF DECOMMISSIONING**

- 7.1. As mentioned earlier, the UK Government's aim is to reduce, to the extent possible, the risk of decommissioning liabilities falling to the public purse. At the same time, the UK Government recognises that a balance needs to be struck between its objective to encourage the development of the offshore renewable industry and its wish to protect the taxpayer in the event of such default.

Department of Business, Innovation and Skills (BIS) (formerly Department of Trade and Industry (DTI)) published a set of guidelines in December 2006 (the "**2006 Guidelines**") in which reference is made to a report commissioned by DTI and prepared by Climate Change Capital (CCC). We have not been able to obtain a copy of the report. However, it appears from the 2006 Guidelines that CCC, upon analysis of the likely circumstances of default and levels of risk, came to the conclusion that the risk of default is "relatively low during the construction phase, increases during the operation phase and is highest for the decommissioning phase". In this respect the 2006 Guidelines note that in light of the high capital costs and low operating costs it is expected by CCC that an offshore wind farm once it is put into operation will be able to cover its decommissioning costs. Given that there are nevertheless a few critical factors (uncertainty of the amount of the decommissioning costs, risk of technical problems during operation, potential transfer of assets and uncertainty over the

financial strength of the asset owners), a financial security which does not impose a significant burden on the projects is considered advisable.

- 7.2. As such, neither the 2004 Act nor the 2008 Act, are prescriptive in respect of the type and nature of the financial security to be provided in relation to decommissioning programmes. As noted above, the legislation provides examples only of the sorts of arrangements that may constitute appropriate financial security. As stated in paragraph 3.3. above, it is for the person responsible for the development and operation of the offshore windfarm installation, who would be best placed to administer and mitigate the costs and risks associated with their decommissioning responsibilities, to submit the details of the financial security (if any) they propose to provide with their decommissioning programme.
- 7.3. Nevertheless, the Secretary of State will expect to see that effective and transparent arrangements are in place to ensure that the costs of the decommissioning programme are met. Department of Business, Innovation and Skills (BIS) (formerly Department of Trade and Industry (DTI)) published a set of guidelines in December 2006 (the “**2006 Guidelines**”) providing guidance as to the types of financial security which are likely to be acceptable or not acceptable.
- 7.4. According to the 2006 Guidelines, up front cash funds, standby irrevocable letters of credit issued by AA<sup>144</sup> or Aa2<sup>145</sup> (or equivalent<sup>146</sup>) rated banks, and bonds (whereby an underwriter – AA or Aa2 (or equivalent) rated banks or an insurance company – guarantees an amount equal to the decommissioning costs in return for an arrangement fee and premium), are likely to be acceptable forms of financial security. Moreover, a segregated, secure decommissioning fund that accrues early in, during the middle or over the life of an offshore windfarm installation would also normally be acceptable. The 2006 Guidelines further indicate that other mechanisms, or combinations of them, might also be acceptable, such as insurance and possible collective schemes such as an industry fund. With regard to insurance we note that no such insurance seems to be available in the UK market. The view being taken is that such costs will inevitably have to be met rather than there being any question of whether they arise or not. As a result, financing products are considered more appropriate in terms of providing security as opposed to any type of insurance.
- 7.5. However, late accrual of funds and parent company guarantees remain unacceptable forms of financial security.
- 7.6. With regard to parent company guarantees, the point has been made that as the decommissioning programmes are being submitted and approved more than twenty years ahead of the expected decommissioning, the financial position of the parent company may change and alternative security arrangements may be difficult to obtain in the event of a change near the end of an installation’s life.

---

<sup>144</sup> Standard and Poors

<sup>145</sup> Moodys

<sup>146</sup> By another recognized rating agency

Moreover, the need for the security to be called upon normally arises when the group as a whole is in financial difficulty. In the case of the parent companies that are incorporated overseas, enforcement may be difficult and expensive.

- 7.7. In respect of late accrual of funds, the UK Government takes the position that its risk adjusted exposure would increase from an estimated £0-20 million under a mid life accrual scheme (assuming a twenty year life and accrual from year ten) to £1-80 million under a late accrual scheme (from year fifteen), depending on the operator/developer's credit ratings. Late accrual would also provide little protection against unexpected increases in decommissioning costs, since there would be limited time in which to adjust payments. Because of the short accrual period, the amount to be paid periodically into the decommissioning fund is also larger, having potential implication for project cash flow and potentially increasing the risk of financial distress.

## **8. FINANCIAL SECURITY DURING CONSTRUCTION AND FIRST HALF OF AN INSTALLATION'S LIFE**

- 8.1. The UK Government appreciates that there are certain risks of default and abandonment during the first half of an offshore windfarm installation's life. However considering the Government's wider objective to promote the development of the offshore renewable energy industry, it acknowledges that such risks are not sufficiently high to trigger the need for financial security during this period. As the cost to put financial security in place from the beginning of a project's life could be high, the risks do not justify the cost, especially given the Government's overall policy.
- 8.2. Therefore, the presumption for commercial offshore wind projects is that, normally, no security will be required during the first half of an installation's life. As stated in paragraph 4.4. above, the Secretary of State is required to review the decommissioning programmes from time to time, including any financial security conditions attached to it. The Secretary of State can thus require additional security if the circumstances suggest that there may be a high risk of default.
- 8.3. The requirements concerning the exact timing for provision of financial security in relation to decommissioning liabilities are not expressly dealt with in the relevant legislation, and only form part of the UK Government's response to the questions raised during the consultation period in respect of the offshore renewable installations decommissioning regime. As such, the practice adopted by the Secretary of State in relation to the provision of financial security for each offshore windfarm installation may differ depending on the credit ratings of the developer/operator and the overall circumstances of the project. This does not mean that the Secretary of State will generally assess individual developer/operator risk before seeking financial security. Under the 2004 Act and the 2008 Act, the developer/operators of offshore windfarm installations are obliged to provide financial security in relation to decommissioning. However, the timing and the type of such security may differ if such operator/developer's financial position changes to a certain level of risk.

## 9. EXAMPLES OF FINANCIAL SECURITY PROVIDED TO DATE

- 9.1. Information regarding the financial security provided by operators/developers of existing windfarms is scarce.
- 9.2. Thanet Offshore Windfarm Ltd. (“TOW”), the special purpose vehicle responsible for the construction and operation of the Thanet Offshore Windfarm, has included comments regarding financial security in its Decommissioning Plan dated May 2008. It should also be noted that TOW is ultimately owned by Vattenfall.
- 9.3. TOW has stated that they “will provide adequate financial security to cover its obligations under the Decommissioning Plan without recourse to any of its shareholders”. TOW notes that an industry-wide Trust may be set up to cover all participating developers monitoring obligations post decommissioning. TOW’s intention would be to participate in such a fund.
- 9.4. Decommissioning of the Thanet Offshore Windfarm is expected to occur at the end of the 40 year lease although in the event the turbines are not replaced, decommissioning may take place after approximately twenty years.
- 9.5. TOW’s preference is to secure its decommissioning obligations through a mid-life accrual fund paid into a dedicated and restricted escrow account. TOW would propose to commit each year 1/10<sup>th</sup> of the anticipated net decommissioning costs to the escrow account following the 10<sup>th</sup> year of operation.
- 9.6. The project financing arrangements for the Thanet project are stated as being sufficiently flexible to cope with the provision of £12m of secured decommissioning funds and such payments have been plugged into the financial model.
- 9.7. If a mid-life accrual fund is not acceptable to the Secretary of State then as an alternative TOW would meet its obligations either through a Bond or Letter of Credit structure which would ramp up after the 10<sup>th</sup> year of operation.

Please do not hesitate to contact us should you have any queries or you would like to discuss.

## **Anhang 2**

Memorandum von Plesner, Kopenhagen

On Decommissioning Security – Offshore Wind Farms in Denmark

PLESNER  
LAW FIRM

STRICTLY CONFIDENTIAL - LEGAL PRIVILEGE

**MEMORANDUM**

ON DECOMMISSIONING SECURITY - OFFSHORE WIND FARMS IN DENMARK

## PLESNER

## TABLE OF CONTENTS

1	INTRODUCTION .....	3
2	EXECUTIVE SUMMARY .....	3
3	FACTS AND ASSUMPTIONS .....	3
4	LEGAL FRAMEWORK .....	4
5	ACTUAL PRACTICE FROM THE DEA .....	4
5.1	<i>GUARANTEES BY PARENT COMPANIES</i> .....	5
5.2	<i>BANK GUARANTEES</i> .....	6
5.3	<i>MORTGAGES ON REAL PROPERTY</i> .....	6

PLESNER

**MEMORANDUM****ON DECOMMISSIONING SECURITY - OFFSHORE WIND FARMS IN DENMARK****1 Introduction**

White & Case LLP ("White & Case") has asked us to provide an outline of the legal framework and the actual practice of the Danish Energy Agency (the "DEA") in connection with decommissioning security for offshore wind farms in Denmark.

**2 Executive summary**

The construction of offshore wind farms requires a permit in accordance with the Danish Act on the Promotion of Renewable Energy (lov om fremme af vedvarende energi). Pursuant to Section 25(3) the DEA can specify certain terms in the actual permits in relation to the removal of the installations and in relation to security.

The DEA has advised us that in practice security has always – with one exception (mortgages on real property) – been provided in the form of guarantees by parent companies provided in connection with the granting of the installation permit.

The DEA has not made any special requirements with respect to the parent companies, e.g. about listing, rating etc., but that is because the relevant parent companies in practice have been Dong Energy A/S (partly owned by the Danish State), Vattenfall AB (fully owned by the Swedish State) and E.ON.

However, within the context of adequate and satisfactory security, the DEA is prepared to allow the companies some freedom of choice in relation to the security. At first glance the possible forms of security are parent company guarantees, bank guarantees (also on a gradual basis) and mortgages.

**3 Facts and Assumptions**

White & Case has informed us that Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (the "BSH") has asked White & Case to prepare an expert opinion on the issue of decommissioning security to be provided by German offshore wind farm projects to the German authorities under a building permit.

In this context, the BSH is interested in the legal framework and the actual practice in Denmark where several offshore wind farms have already been constructed.

PLESNER

**4 Legal Framework**

The construction of offshore wind farms requires a permit in accordance with the Danish Act on the Promotion of Renewable Energy (lov om fremme af vedvarende energi).

Pursuant to Section 25(3) the DEA can specify certain terms in the actual permits in relation to the removal of the installations and in relation to security.

However, neither the Act nor other statutory instruments specify which terms the DEA can stipulate.

The establishment of offshore wind farms with a capacity of more than 25 MW requires a permit pursuant to the Electricity Supply Act (elforsyningsloven). In that connection the applicant must submit documentation that it possesses the required technical and financial capacity. When assessing the financial capacity, it may be taken into account if the company is listed and, if so, how it is rated.

**5 Actual Practice from the DEA**

On 27 October 2010 the DEA informed us by telephone that the security to be provided by the owners of the wind farms must be adequate and satisfactory. The more specific requirements depend on a concrete assessment on a case-by-case basis, including an assessment of the company applying for a permit to establish the wind farm.

Therefore, the DEA cannot in advance offer special guidance about the requirements to security in future situations.

When a company applies for an installation permit, the DEA will enter into "negotiations" with the company as regard to the decommissioning security (among other things), and based on a concrete assessment on a case-by-case basis, the DEA will decide whether the proposed security is acceptable.

Within the context of adequate and satisfactory security, the DEA is, however, prepared to allow the companies some freedom of choice in relation to the security. At first glance the possible forms of security are parent company guarantees, bank guarantees and mortgages.

## PLESNER

In that connection it should be emphasised that the companies having the existing wind farms in Denmark are owned by the parent companies DONG Energy A/S (partly owned by the Danish State), Vattenfall AB (fully owned by the Swedish State) and E.ON. Therefore, the DEA's actual practice is influenced by the fact that installation permits have not yet been granted to minor (and less well-reputed) players.

5.1 *Guarantees by Parent Companies*

The DEA has advised us that in practice security has always been provided in the form of guarantees by parent companies (with one exception, see 5.3) provided in connection with the granting of the installation permit.

It merely appears from these guarantees - which are unlimited guarantees - that the parent company guarantees all commitments that the company might incur according to the permit to install the offshore wind farm etc.

No assessments have so far been prepared of the costs related to decommissioning of the wind farms and re-establishment of the areas following the completion of the production in connection with the guarantees by the parent companies.

The DEA has not made any special requirements with respect to the parent companies, e.g. about listing, rating etc., but that is because the relevant parent companies in practice have been DONG Energy A/S, Vattenfall AB and E.ON. The DEA has therefore not found it necessary to make any formalised requirements with respect to those parent companies.

It is, however, very likely that when assessing whether a guarantee by a parent company is satisfactory, the DEA will make a concrete assessment based on solidity, rating etc., which is also done in connection with the granting of permits for wind farms with a capacity of more than 25 MW (see 4 above).

The relevant companies that have been allowed to establish wind farms in Denmark have been free to choose between providing security in the form of a guarantee by the parent company or a bank guarantee (see below). All companies have, however, opted for providing security in the form of guarantees by parent companies.

PLESNER

## 5.2 *Bank Guarantees*

If security is provided in the form of a bank guarantee - which as mentioned has not yet been done in practice - the preparation of a consultancy report on the costs related to the decommissioning of the offshore wind parks and re-establishment of the areas will be necessary, as no bank will be interested in issuing an unlimited guarantee.

The DEA has advised us that providing a bank guarantee on a gradual basis as security (to the effect that a bank guarantee for only 10% of the total costs during the planning stage is placed and that the guarantee is increased on an ongoing basis during the operational stage) is very likely acceptable. It will, however, depend on a concrete assessment on a case-by-case basis whether such a solution is acceptable.

## 5.3 *Mortgages on Real Property*

The DEA has once been provided with a mortgage in real property based on a consultancy report on the costs relating to decommissioning and re-establishment of the areas and a valuation of the real property. The owner in question was a Danish local authority.

The wind farm has subsequently been transferred to one of the other players (DONG, Vattenfall or E.ON) and is therefore now comprised by a guarantee by a parent company.

Copenhagen, 10 November 2010



Finn J. Lernø  
Attorney-at-Law, Partner

## **Anhang 3**

Die Ratingcodes und deren Bedeutung

### Die Ratingcodes und deren Bedeutung

Moody's	Standard & Poor's	Bewertung
<b>Aaa</b>	<b>AAA</b>	Bei diesen Schuldverschreibungen (Triple A) besteht praktisch kein Ausfallrisiko. Die Fähigkeit des Schuldners zur Erfüllung seiner finanziellen Verpflichtungen ist außergewöhnlich gut.
<b>Aa1</b> <b>Aa2</b> <b>Aa3</b>	<b>AA+</b> <b>AA</b> <b>AA-</b>	Schuldverschreibungen mit diesem Rating haben eine nur geringfügig schlechtere Qualität als die Anleihen von Schuldern höchster Bonität. Insgesamt handelt es sich um sehr sichere Anleihen.
<b>A1</b> <b>A2</b> <b>A3</b>	<b>A+</b> <b>A</b> <b>A-</b>	Die Fähigkeit der Schuldner zur Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen ist gut. Jedoch könnten unvorhergesehene gesamtwirtschaftliche oder branchenspezifische Umstände sich negativ auf die Zahlungsfähigkeit der Schuldner auswirken.
<b>Baa1</b> <b>Baa2</b> <b>Baa3</b>	<b>BBB+</b> <b>BBB</b> <b>BBB-</b>	Schuldner mit diesen Ratings verfügen nur über eine durchschnittliche Bonität. Bei Verschlechterungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ist es eher wahrscheinlich, dass auch die Fähigkeit der Schuldner zur Erfüllung ihrer finanziellen Verpflichtungen leiden wird. Insbesondere fehlt es an ausreichenden Schutzvorkehrungen, um die Zahlungsfähigkeit auch in Krisenzeiten sicherzustellen.
<b>Ba1</b> <b>Ba2</b> <b>Ba3</b>	<b>BB+</b> <b>BB</b> <b>BB-</b>	Bei diesem Rating muss eine Anleihe bereits als spekulativ eingestuft werden. Es bestehen größere Unsicherheitsfaktoren oder Risiken bei einer Verschlechterung der geschäftlichen, finanziellen oder wirtschaftlichen Bedingungen. Insbesondere fehlt es an einer wirksamen Vorsorge des Schuldners, in derartigen Fällen die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten sicherzustellen.
<b>B1</b> <b>B2</b> <b>B3</b>	<b>B+</b> <b>B</b> <b>B-</b>	Der Schuldner verfügt zwar gegenwärtig noch über ausreichende finanzielle Mittel, um seine Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Es ist aber wahrscheinlich, dass bei einer nachteiligen Veränderung der geschäftlichen oder wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auch die Fähigkeit oder Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung seiner finanziellen Verpflichtungen beeinträchtigt wird. Es besteht daher eine größere Gefahr des Zahlungsverzugs.
<b>Caa</b> <b>Ca</b> <b>C</b>	<b>CCC</b> <b>CC</b> <b>C</b>	Es besteht unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen wird. Pünktliche Zins- und Tilgungsleistungen können vermutlich nur bei günstigen geschäftlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Bedingungen erfolgen.
	<b>D</b>	Der Schuldner befindet sich bereits in Zahlungsverzug oder es ist schon ein Insolvenzantrag gestellt worden.

Quelle: <http://www.ratingvorbereitung.de/Ratingcodes.htm>

## **Anhang 4**

Rückstellungen

## I. Darstellung der Bilanzgliederung für Unternehmen nach dem Handelsgesetzbuch (HGB)

Zum besseren Verständnis des handelsrechtlichen Begriffs „Rückstellung“ wird hier nochmals die Gliederung der Bilanz eines Unternehmens nach dem HGB in Einzelposten dargestellt.

### Vereinfachte Bilanzgliederung für Kapitalgesellschaften nach § 266 HGB

Aktiva	Passiva
A. Anlagevermögen I. Immaterielle Vermögensgegenstände II. Sachanlagen III. Finanzanlagen  B. Umlaufvermögen I. Vorräte II. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände III. Wertpapiere IV. Kassenbestand, Bankguthaben etc.  C. Rechnungsabgrenzungsposten  D. Aktive latente Steuern  E. Aktiver Unterschiedsbetrag aus der Vermögensverrechnung	A. Eigenkapital: I. Gezeichnetes Kapital II. <b>Kapitalrücklage</b> III. <b>Gewinnrücklagen</b> IV. Gewinnvortrag / Verlustvortrag V. Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag  <b>B. Rückstellungen</b>  C. Verbindlichkeiten  D. Rechnungsabgrenzungsposten  E. Passive latente Steuern

### Vereinfachte Eigenkapitalgliederung Kapitalgesellschaft & Co. KG (§ 264c HGB)

Aktiva	Passiva
...	A. Eigenkapital I. Kapitalanteile - der persönlich haftenden Gesellschafter - der Kommanditisten II. <b>Rücklagen</b> III. Gewinnvortrag / Verlustvortrag IV. Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag  <b>B. Rückstellungen</b>  ...

## II. Begriff und Merkmale von Rückstellungen nach dem HGB

Rückstellungen sind nach allgemeinem Verständnis Passivposten zum Ausweis ungewisser Verbindlichkeiten gegenüber Dritten oder künftiger Vermögensminderungen, die der abgelaufenen Abrechnungsperiode zuzurechnen sind.<sup>147</sup>

Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten – im vorliegenden Fall geht es ausschließlich um solche Rückstellungen (siehe dazu sogleich) – sind im Hinblick auf ihren Schuldcharakter dem Fremdkapital zuzurechnen und stellen damit kein Eigenkapital des Unternehmens dar.<sup>148</sup>

Rückstellungen müssen (dürfen aber auch nur) in den gesetzlich vorgesehen Fällen gebildet werden. Sie dürfen nur aufgelöst werden, soweit der Grund für die Rückstellung entfallen ist oder die Aufwendung entstanden ist.<sup>149</sup>

Gemäß § 249 Abs. 1 HGB sind Rückstellungen insbesondere zu bilden für ungewisse Verbindlichkeiten. Derartige Verbindlichkeitsrückstellungen knüpfen an solche Verpflichtungen des Bilanzierenden gegenüber Dritten an, die dem Grunde und/oder der Höhe nach ungewiss sind.<sup>150</sup> Nur um diese Art von Rückstellung geht es im vorliegenden Fall. Die anderen Rückstellungsarten des § 249 HGB spielen insoweit keine Rolle.

Rückstellungen stehen im Rahmen der Bilanzgliederung eigenständig zwischen Eigenkapital und Verbindlichkeiten und verdeutlichen so den Unterschied zu diesen Bilanzpositionen. Sie werden dem Unternehmen nicht von außerhalb des Unternehmens zugeführt (wie etwa Kapitalrücklagen), sondern entstehen durch einen unternehmensinternen Buchungsvorgang.

In Folge der Bildung von Rückstellungen mindert sich – auch in steuerlicher Hinsicht – das Eigenkapital/Betriebsvermögen des Unternehmens schon im Jahr der wirtschaftlichen Verursachung des erst später tatsächlich realisierten Aufwandes.<sup>151</sup> Rückstellungen haben insoweit Finanzierungscharakter. Die Bildung von Rückstellungen gewährleistet gleichzeitig einen dem Vorsichtsprinzip entsprechenden

---

<sup>147</sup> *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 249 Rn. 1; *Kleindiek*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2002, § 249 Rn. 7.

<sup>148</sup> *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 249 Rn. 1.

<sup>149</sup> Ebd. Rn. 31.

<sup>150</sup> Ebd. Rn. 2; *Kleindiek*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2002, § 249 Rn. 22; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 17 Rn. 109.

<sup>151</sup> *Birk*, Steuerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 783; Rückstellungen mindern den steuerlichen Gewinn des Unternehmens oder erhöhen seinen Verlust. Das Unternehmen muss im Gewinnfall also entsprechend weniger Steuern zahlen, es geht keine Liquidität für die Zahlung von Steuern verloren.

Ausweis des zum Bilanzstichtag vorhandenen Schuldendeckungspotentials des Unternehmens.<sup>152</sup>

Wie alle Kapitalposten der Passivseite verfügen auch die Rückstellungen über keinen gesonderten Gegenposten auf der Aktivseite der Bilanz. Sie werden deshalb durch sämtliche Vermögensgegenstände gedeckt.

Die Bildung von Rückstellungen gewährleistet nicht, dass tatsächlich liquide Mittel vorhanden bzw. angesammelt worden sind, um die zukünftigen Kosten, die der Rückstellung zugrunde liegen, begleichen zu können. Das bilanzierende Unternehmen kann die im Geschäftsbetrieb angesammelten Erlöse/Geldzuflüsse auch für andere betriebliche Zwecke einsetzen. Das Unternehmen muss die den Rückstellungen gegenüber stehenden finanziellen Mittel also nicht für Zwecke der konkreten Zahlungsverpflichtung tatsächlich „zurücklegen“.

Nach § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB sind Rückstellungen grundsätzlich in Höhe des Betrages anzusetzen, der nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendig ist. Es ist mithin vom Erfüllungsbetrag auszugehen, d. h. der Betrag, dessen es zur Erfüllung der ungewissen (zukünftigen) Verbindlichkeit voraussichtlich bedarf.<sup>153</sup> Rückstellungen mit einer Restlaufzeit von mehr als einem Jahr sind mit dem ihrer Restlaufzeit entsprechenden durchschnittlichen Marktzinssatz der vergangenen sieben Geschäftsjahre abzuzinsen.<sup>154</sup>

### III. Rückstellungsbildung für die Rückbauverpflichtung

Die Verpflichtung des Inhabers der Genehmigung bzw. des Anlagenbetreibers die Anlage entsprechend des § 12 Abs. 1 SeeAnIV zu beseitigen, ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die geeignet ist, eine Verpflichtung zur Bildung einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten zu begründen.

Die Rückstellung ist grundsätzlich nach Genehmigungserteilung und Bau der Anlage zu bilden.

Rückstellungen für Beseitigungsverpflichtungen – wie die von Windenergieanlagen nach der SeeAnIV – dürfen nicht sofort in voller Höhe, sondern nur zeitanteilig in gleichen Raten über den Nutzungszeitraum angesammelt werden (Ansammlungsrückstellung). Es ist jährlich jeweils nur der Teil des Erfüllungsbetrages

<sup>152</sup> Kleindiek, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2002, § 249 Rn. 7.

<sup>153</sup> Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 253 Rn. 3; Kleindiek, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2002, § 253 Rn. 24.

<sup>154</sup> Abzinsung der Rückstellung auf den Barwert (Gegenwartswert) der Verpflichtung bedeutet, dass Zahlungen im Rahmen der Rückstellung erst in der Zukunft zu leisten sind und das Unternehmen damit aus heutiger Sicht weniger belasten, als wenn die Zahlungsverpflichtungen heute zu erfüllen wären. Der anzuwendende Abzinsungszinssatz wird von der Deutschen Bundesbank nach Maßgabe einer Rechtsverordnung ermittelt und monatlich bekannt gegeben.

zurückzustellen, der auf die vergangenen Geschäftsjahre entfällt und somit in der Vergangenheit rechtlich oder wirtschaftlich verursacht wurde.<sup>155</sup>

Als Erfüllungsbetrag für die Rückstellung zur Beseitigungsverpflichtung (als Sach- oder Dienstleistungsverpflichtung) ist der im Erfüllungszeitpunkt voraussichtlich aufzuwendende Geldbetrag anzusetzen<sup>156</sup> bzw. anzusammeln.

Müssen die Leistungen zur Beseitigung der Windenergieanlagen extern beschafft werden, so ist für die Bewertung der Rückstellung der Betrag maßgebend, der für die Beschaffung dieser Leistungen voraussichtlich noch aufzubringen ist.<sup>157</sup> Nicht nur bereits eingetretene, sondern auch zukünftige Preissteigerungen sind zu berücksichtigen. Weiterhin ist die Rückstellung abzuzinsen.

---

<sup>155</sup> Gelhausen/Fey/Kämpfer, Rechnungslegung und Prüfung nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, 2009, Kap. I Rn. 24, S. 181.

<sup>156</sup> Nach der Regelung in § 6 Abs 1 Nr 3 a Buchstabe b EStG sind Sach- oder Dienstleistungsverpflichtungen in diesem Sinne alle Verpflichtungen, die keine reinen Geldleistungsverpflichtungen sind, *Glanegger*, in: Schmidt EStG, 28. Aufl. 2009, § 6 Rn 404.

<sup>157</sup> Gelhausen/Fey/Kämpfer, Rechnungslegung und Prüfung nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, 2009, Kap. I Rn. 26, S. 182.