

Kauf eines Windparks in Frankreich : Aspekte der rechtlichen Due-Diligence

Das Energiegesetz vom 10. Februar 2000, modifiziert durch das Energiewirtschaftsgesetz vom 13. Juli 2005 („*POPE-Gesetz*“), und die zu seiner Anwendung erlassenen Verordnungen (Verordnung Nr. 2000-1196 vom 6. Dezember 2000 in seiner durch die Verordnung Nr. 2007-1307 vom 4. September 2007 geänderten Fassung, Verordnung Nr. 2001-410 vom 10. Mai 2001, Erlass vom 10. Juli 2006) haben den Rahmen für den Kauf durch EDF des durch Windkraftanlagen erzeugten Stroms zu den gesetzlich festgesetzten Tarifen festgelegt.

Aufgrund dieser wirtschaftlich günstigen Einspeisevergütung und des hohen Windkraftpotentials Frankreichs, aber auch aufgrund des mit der Entwicklung erneuerbarer Energien verbundenen positiven Images ist ein zunehmendes Interesse ausländischer, insbesondere deutscher Unternehmen am Erwerb von Rechten an Windparks in Frankreich fest zu stellen.

Der Erwerb solcher Rechte an einem Windpark muss in Frankreich notwendigerweise die Form eines sog. „*share deals*“ annehmen, da verschiedene im Rahmen der Entwicklung erworbenen Rechte bzw. erhaltenen Genehmigungen nicht im Rahmen eines „*asset deals*“ vom Entwickler auf den Erwerber übertragen werden können.

Soweit auf den Aktienkaufvertrag französisches Recht angewandt wird, gilt, dass der Verkäufer von Aktien dem Erwerber außer der Rechtsmangelfreiheit grundsätzlich keinerlei Gewährleistung schuldet. Dementsprechend werden in französischen Aktienkaufverträgen üblicherweise Garantieregelungen getroffen.

Ferner sei angemerkt, dass dem französischen Recht sowohl das Abstraktionsprinzip – also das Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft – als auch ein dem deutschen Recht vergleichbarer Rücktritt unbekannt sind. Nach französischem Kaufrecht findet der Eigentumsübergang von Rechts wegen bei Einigung der Parteien über Kaufgegenstand und Preis statt. In der Regel kann dadurch Abhilfe geschaffen werden, dass der Eigentumsübergang aufschiebend bedingt wird. Zu beachten ist jedoch, dass solche aufschiebenden Bedingungen nicht *potestativ* sein dürfen, d.h., dass diese nicht vom alleinigen Willen einer Partei abhängen dürfen, sondern auf äußeren Umständen beruhen müssen.

Die einem solchen Aktienkaufvertrag vorausgehende rechtliche – wie auch technische – Prüfung ist hier wie bei einem jeden Unternehmenskauf ausschlaggebend,



Anouk DARCET-FELGEN
Partner
BMH AVOCATS

wobei, je nach Entwicklungsstadium des Windparks, auf spezifische projektabhängige Aspekte zu achten ist. Solche windprojekttypischen Aspekte sollen Gegenstand nachstehender Ausführungen sein.

- Windenergieentwicklungszonen (*zone de développement des éoliens – ZDE*)

Artikel 10 des Energiegesetzes vom 10. Februar 2000 sieht in der durch das „*POPE-Gesetz*“ vom 13. Juli 2005 geänderten Fassung vor, dass ab dem 14. Juli 2005 und unter Vorbehalt der bis zum 14. Juli 2007 anwendbaren Übergangsbestimmungen, EDF auf Antrag der Betreiber verpflichtet ist, mit diesen zu den gesetzlich festgesetzten Tarifen einen Vertrag für den Kauf von durch Windkraftanlagen erzeugten Strom zu schließen (sog. „*obligation d'achat*“), soweit diese Anlagen sich innerhalb einer Windenergieentwicklungszone („*ZDE*“) befinden.

Artikel 10-1 des Gesetzes vom 10. Februar 2000 sieht vor, dass die ZDE durch Entscheidung des Präfekten eingerichtet wird, der diese auf Vorschlag einer oder mehrerer Gemeinden und unter Berücksichtigung folgender Kriterien fasst:

- Windpotential der Zone,
- Anschlussmöglichkeiten an die Netze,
- Landschaftsschutz im weiteren Sinne und Schutz historischer Monumente.

Ferner muss der Präfekt hierbei auf die „*Kohärenz der ZDEs innerhalb des Departements*“ („*cohérence départementale des ZDE*“) achten und im Sinne des Landschaftsschutzes dafür sorgen, dass eine zusammenhängende Bebauung mit Anlagen gesichert ist („*regroupement des installations*“).

Aufgrund dieser Kriterien definiert der Präfekt die Grenzen der ZDE sowie die Mindest- und Höchstwerte der Gesamtnennleistung der dort unter „*obligation d'achat*“ installierbaren Anlagen.

Instruktionen der zuständigen Ministerien hinsichtlich der Einrichtung solcher ZDE vom 19. Juni 2006 (sog. „*circulaire*“) definieren die Informationen und Unterlagen, welche dem Antrag der Gemeinden auf Gründung der ZDE beizufügen sind.

In der „*circulaire*“ wird ausdrücklich bestätigt, dass die ZDE keinesfalls ein Bebauungsdokument („*document d'urbanisme*“) darstellt und der Antrag auf Baugenehmigung für einen Windpark unabhängig von der Gründung der ZDE gemäß den Bestimmungen des „*code de l'urbanisme*“ geprüft wird.

Dennoch ist im Rahmen einer Due-Diligence für die Einschätzung der Anträge auf Baugenehmigungen oder der bereits erteilten und ggf. angefochtenen Baugenehmigungen darauf zu achten, dass den im Zustellungsschreiben des Präfekten hervorgehobenen Schwierigkeiten (landschaftliche Aspekte, Schutz von Vogelarten, Grunddienstbarkeiten, die Nähe von Wohnungen oder Radaranlagen, usw.) in der Umweltverträglichkeitsstudie Rechnung getragen wurde.

Auch ist hinsichtlich eines möglichen Widerspruches gegen den Erlass zu prüfen, dass die Veröffentlichungsformalien beachtet wurden.

Wurde eine der Veröffentlichungsformalien nicht beachtet, wurden auch die Anfechtungsfristen nicht in Gang gesetzt.

Eine Annullierung des Erlasses des Präfekten auf Gründung einer ZDE hat zur Folge, dass die in dem Gebiet der ZDE errichteten Windparks ihr Recht auf die „*obligation d'achat*“ aus dem Einspeisetarif verlieren. Selbst wenn die Gültigkeit der Baugenehmigungen davon nicht betroffen wäre, müsste ein Windparkprojekt mangels „*obligation d'achat*“ als gescheitert gelten.

- Baugenehmigungen

Der Rahmen der rechtlichen Prüfung der Baugenehmigungen variiert, je nach dem ob die Anträge bereits gestellt, die Baugenehmigungen bereits erteilt oder ggf. die Anträge abgewiesen, oder ob die erteilten Baugenehmigungen angefochten wurden. Vom Standpunkt des Investors bemisst sich der „Wert“ eines Windparks natürlich auch an den Risiken einer Annullierung der Baugenehmigungen.

Allgemein ist anhand der Umweltverträglichkeitsstudie und dessen Anlagen zu prüfen, ob der Antragsteller den vorgeschriebenen Formzwang und die anwendbaren bebauungsrechtlichen Bestimmungen des „*code de l'urbanisme*“ beachtet hat.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Behörden nach ständiger Rechtsprechung des obersten Verwaltungsgerichts bei der Prüfung von Anträgen auf Baugenehmigungen das jeweils geltende Recht anwenden müssen, mit anderen Worten diejenigen Bestimmungen, die im Augenblick der Beschlussfassung und nicht zum Zeitpunkt der Einreichung des Antrages anwendbar sind. Kommen nach der Einreichung des Antrages neue Regelungen zur Anwendung, obliegt es folglich dem Antragsteller, diesen nachträglich Rechnung zu tragen.

Es sei ferner angemerkt, dass die Einleitung eines Verfahrens auf Anfechtung des Erlasses auf Erteilung einer Baugenehmigung keine aufschiebende Wirkung der Baugenehmigung nach sich zieht und folglich trotz Anfechtung, und unter Vorbehalt einer im Wege des Eilverfahrens erreichten Einstellung der Bauarbeiten, mit dem Bau begonnen werden kann.

Auch nach einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung zu Gunsten des Klägers kann dieser den Rückbau der Windkraftanlagen nur unter bestimmten Bedingungen erreichen.

Dennoch verweigern die Banken grundsätzlich eine Finanzierung, solange die Baugenehmigung nicht rechtskräftig wurde.

- Sicherung der Flächenrechte

Ein weiterer bedeutender Aspekt der rechtlichen Prüfung betrifft die Sicherung der zur Errichtung und zum Betrieb des Windparks notwendigen Flächenrechte. Bereits bei Einreichung der Anträge auf Baugenehmigungen muss der Nachweis erbracht werden, dass der Antragsteller über die für Errichtung von Windkraftanlagen notwendigen Rechte an den betroffenen Grundstücken verfügt. Hierfür werden üblicherweise Vereinbarungen geschlossen, in den Pachtversprechen enthalten sind.

Zu überprüfen ist bereits bei Abschluss dieser Protokolle, ggf. anhand des Hypothekenregisters, dass es sich bei den verschiedenen Vertragspartnern auch jeweils um den rechtmäßigen Eigentümer des betroffenen Grundstücks handelt. Auch ist darauf zu achten, dass, falls das betroffene Grundstück bereits Gegenstand eines Landpachtvertrages ist, der Pächter ebenfalls Partei des Vereinbarungsprotokolls ist und bereits seine Zustimmung erteilt, bei Abschluss des Pachtvertrages seine Rechte entsprechend zu vermindern, wofür im Rahmen des Protokolls eine Entschädigungsregelung vorzusehen ist.

Es ist ferner ratsam, dem Vereinbarungsprotokoll das Modell des zu schließenden Erpacht – oder Erbbaupachtvertrages als Anlage beizufügen.

- Netzanschluss

Für Windkraftanlagen mit einer Gesamtleistung von über 12 MW muss der Antrag auf Netzanschluss beim Transportnetzbetreiber RTE (*Gestionnaire du Réseau de Transport d'Electricité*) gestellt werden (unter 12 MW ist EDF Réseau de Distribution für den Netzanschluss zuständig). RTE bzw. EDF erstellt zunächst eine sog. „*proposition technique et financière*“ (PTF)“. Bei der PTF handelt es sich um ein Dokument, in dem der Netzbetreiber die technischen und finanziellen Bedingungen für den geplanten Netzanschluss zusammenfasst und erste Angaben zu den hierfür erforderlichen Fristen macht.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die PTF grundsätzlich nicht übertragbar ist. Daraus resultiert die Notwendigkeit, diese Rechte mittels eines *share deals* zu erwerben.

Die notwendigen Netzkapazitäten für das Vorhaben werden erst reserviert, wenn die PTF innerhalb der vorgesehenen Frist akzeptiert und die Anzahlung in Höhe von 10% der dort genannten vorläufigen Anschlusskosten geleistet wird. Falls zuvor ein anderes Projekt im selben Einzugsbereich in die „Warteschleife („*file d'attente*“) eintritt“ oder die PTF nicht fristgerecht angenommen und die Anzahlung geleistet wird, wird diese hinfällig.

Nach Annahme der PTF und Anzahlung auf die vorläufigen Anschlusskosten wird seitens Netzbetreiber ein Netzanschlussvertrag („*convention de raccordement*“) erstellt, sobald die endgültigen Pauschal-Anschlusskosten bestimmt werden können. Mit den Arbeiten zur Errichtung der für den Anschluss notwendigen Anlagen wird erst begonnen, wenn dieser Vertrag unterzeichnet ist.

- Einspeisevertrag („*contrat d'achat*“)

Schließlich ist zu prüfen, ob die Bedingungen für den Abschluss eines Stromkaufvertrages mit EDF erfüllt sind. Gemäß den Bestimmungen der Verordnungen Nr. 2000-1196 vom 6. Dezember 2000, Nr. 2001-410 vom 10. Mai 2001 sowie des Erlasses vom 10. Juli 2006 ist für die Unterzeichnung des Kaufvertrages die Einreichung eines vollständigen Antrages auf Abschluss eines Kaufvertrages und der Erhalt des Zertifikats, welches ein Recht auf die „*obligation d'achat*“ einräumt, („*certificat ouvrant droit à l'obligation d'achat*“, CODOA) erforderlich.

Gemäß Artikel 3 des Erlasses vom 10. Juli 2006 bestimmt das Datum des vollständigen Antrages auf Abschluss eines Kaufvertrages („*demande complète de contrat d'achat*“) seitens des Energieerzeugers die anwendbaren Tarife.

Der Antrag gilt als vollständig, wenn er eine Kopie der Empfangsbestätigung der Anträge auf Baugenehmigung mit Angabe der Prüfungsfrist sowie die in Artikel 2 des Erlasses definierten Daten enthält.

Gemäß Artikel 4 des Erlasses vom 10. Juli 2006 müssen die Windkraftanlagen aber innerhalb einer Frist von 3 Jahren ab der „*demande complète de contrat d'achat*“ durch den Energieerzeuger in Betrieb genommen werden. Wird diese Frist nicht eingehalten, so wird der Kaufvertrag über 15 Jahre um die entsprechende Zeit reduziert, wobei zunächst die erste 10-jährige Zeitspanne reduziert wird, innerhalb derer dem Energieerzeuger grundsätzlich der wirtschaftlich günstigste Tarif zusteht.

Hinsichtlich des CODOA ist zu bemerken, dass die Windkraftanlagen, die innerhalb einer ZDE errichtet werden, nicht mehr in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 2000-1196 vom 6. Dezember 2000 fallen. Die gegenüber der oben erwähnten Verordnung vom 6. Dezember 2000 speziellere Verordnung vom 10. Mai 2001 soll daher demnächst den Erfordernissen der ZDE angepasst werden. In der Zwischenzeit darf die zuständige Verwaltung, die DRIRE, gemäß Instruktion vom 8. Juni 2007 weder ein Zertifikat für einen in einer Windkraftentwicklungszone zu errichtenden Windpark erstellen, noch einen solchen Antrag ablehnen.

Nach Angaben des zuständigen Ministeriums und von EDF kann jedoch nach Veröffentlichung des präfektoralen Erlasses über die Gründung einer ZDE ein „*contrat d'achat*“ auch ohne das Vorliegen eines CODOA geschlossen werden. Hierfür sei lediglich erforderlich, dass sich die Windkraftanlage innerhalb der vom Präfekten definierten Grenzen der ZDE befindet. Es obliegt EDF, vor Abschluss des „*contrat d'achat*“ die Erfüllung dieser Bedingung zu prüfen.

Wie aus dieser kurzen Übersicht der im Rahmen einer Due-Diligence zu prüfenden Aspekte ersichtlich wird, unterliegt der Kauf eines Windparks in Frankreich einer ganzen Reihe von Risiken, die jedoch je nach Entwicklungsstadium des Windparks mehr oder weniger überschaubar sind. Auch hierbei gilt allerdings der Grundsatz, wonach sich bei erhöhtem Risiko der Kaufpreis entsprechend vermindert.

Frankreich hat sich sowohl auf interner als auch auf europäischer Ebene dazu verpflichtet, bis 2020 das gesetzte Ziel eines Endenergieverbrauchs von 20% aus erneuerbaren Energien zu erreichen. Es ist hierfür unerlässlich, dass der Anteil des aus Windkraftanlagen erzeugten Stroms regelmäßig ansteigt. Es bleibt daher zu hoffen, dass, entgegen den im Gesetzesentwurf des „Grenelle de l'Environnement“ enthaltenen Bestimmungen hinsichtlich einer neuen Betriebsgenehmigung für Windparks im Rahmen der sog. gelisteten Einrichtungen („*installations classées*“) die verwaltungsrechtlichen Schranken abgebaut und die Entwicklung von Windparks weiter gefördert werden. Dies wäre nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer Umsetzung der derzeit noch im Entwurfsstadium befindlichen Energierichtlinie ins französische Recht geboten.