

# Stellungnahme

## **Stellungnahme des Bundesverbandes für Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgenden Fragen (Verfahren 2012/6):**

1. Was sind Abschläge in angemessenem Umfang i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012?
2. Können Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 vertraglich abweichende Vereinbarungen von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 treffen?

Berlin, 30. März 2012

## **Fragestellung:**

1. Was sind Abschläge in angemessenem Umfang i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012?

Insbesondere:

- (a) Wann und unter welchen Voraussetzungen sind die Abschläge fällig?
- (b) In welcher Höhe müssen die Abschläge monatlich gezahlt werden?
- (c) Zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen müssen die Abschläge erstmalig gezahlt werden?

2. Können Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber und Netzbetreiber unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 vertraglich abweichende Vereinbarungen von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 treffen?

## **Stellungnahme:**

Der Übersichtlichkeit halber unterliegt diese Stellungnahme folgender Gliederung:

<b>Inhaltsverzeichnis:</b>	<b>Seite</b>
1. Gesetzliche Ausgangslage	4
2. Einspeisungen vor dem 1. Januar 2012	4
3. Differenzierung zwischen Abschlagszahlungsanspruch und (unterjährigem) Vergütungszahlungsanspruch auf die Ist-Einspeisung	5
a) (Unterjähriger) Vergütungszahlungsanspruch auf die Ist-Einspeisung	5
b) Abschlagszahlungspflicht nach § 16 Abs. 1 Satz 3 i.V. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012	5
aa) Abschlagszahlungsrecht des Anlagenbetreibers gegenüber Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers	5
bb) Verzicht auf monatliche Abschlagszahlungen	6
aaa) Rechtlicher Bestand einer Abweichung von der monatlichen Abschlagszahlungspflicht	6
bbb) Praktische Relevanz der Abweichung von der monatlichen Abschlagszahlungspflicht	7
cc) Höhe der zu leistenden Abschlagszahlungen	8
dd) Feststellung der vergütungsfähigen Strommenge	8
ee) Für die Abschlagszahlungspflicht anzulegende Vergütungssätze	10
ff) Intervalle der Abschlagszahlungen	10

**Inhaltsverzeichnis:**

	<b>Seite</b>
gg) Fälligkeitszeitpunkt der zu leistenden Abschlagszahlungen	11
aaa) Abhängigkeit der Fälligkeit einer Abschlagszahlungspflicht von der Entstehung der zugrundeliegenden Vergütungspflicht dem Grunde nach	13
bbb) Abhängigkeit der Fälligkeit einer Abschlagszahlungspflicht von der Entstehung der zugrundeliegenden Vergütungspflicht der Höhe nach	13
aaaa) Biomasse	14
i.) Vorlagepflicht eines Umweltgutachtens vor erstmaliger Inanspruchnahme der Vergütung bzw. des Bonus	16
ii.) Kalenderjährliche Vorlagepflicht eines Umweltgutachtens für die Vergütung bzw. den Bonus	17
iii.) Einmalige Vorlage von anderen Nachweisen für die Erlangung eines Bonus	17
bbbb) Solarstrom	18
cccc) Wasserkraft	18
dddd) Deponiegas, Klärgas und Grubengas	19
eeee) Windenergie	19
ffff) Geothermie	19
ccc) Ergebnis für die Fälligkeit der Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers	20
hh) Reichweite der Abschlagszahlungspflicht	21

## **1. Gesetzliche Ausgangslage**

Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 müssen Netzbetreiber Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, mindestens nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 EEG 2012 vergüten. Nach Satz 2 der Regelung gilt dies nur für Strom, der tatsächlich nach § 8 EEG 2012 abgenommen oder nach Maßgabe des § 33 Absatz 2 EEG 2012 verbraucht worden ist. Auf die zu erwartenden Zahlungen sind gemäß § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten.

Gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 ist § 16 Absatz 1 Satz 2 und 3 sowie Absatz 2 Satz 2 bis 4 EEG 2012 ergänzend zu § 16 Absatz 1 und 3 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung anzuwenden. Folglich gilt der Abschlagszahlungsanspruch von Anlagenbetreibern nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 nicht nur für Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2012, sondern für Strom aus allen Anlagen, für den nach dem EEG 2000, 2004, 2009 und 2012 ein Vergütungsanspruch des Anlagenbetreibers besteht<sup>1</sup>.

Nicht Gegenstand dieser Stellungnahme ist eine mögliche Reduzierung der Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers aufgrund des Gesetzesbeschlusses des Deutschen Bundestages vom 29. März 2012 gemäß dem beschlossenen § 33 Abs. 1 Satz 3 EEG (neu) (BT-Drs. 17/8877 und 17/9152).

## **2. Einspeisungen vor dem 1. Januar 2012**

§ 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 gilt nicht für Einspeisungen, die vor dem 1. Januar 2012 stattgefunden haben, auch nicht in Verbindung mit § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012. Für Einspeisungen, die vor dem 1. Januar 2012 stattgefunden haben, galt im Rahmen des EEG 2009, 2004 und 2000 keine generelle gesetzliche Abschlagszahlungspflicht der Netzbetreiber gegenüber den EEG-Anlagenbetreibern. Hiervon unbenommen sind vertragliche Abschlagszahlungspflichten, die z.B. aufgrund entsprechender Regelungen in Einspeisungsverträgen entstanden sind.

Zu der Rechtslage für diese Einspeisungen wird auf die Empfehlung der Clearingstelle EEG im Verfahren 2011/12 sowie auf die BDEW-Stellungnahme zu diesem Verfahren unter folgendem Link verwiesen:

<http://www.clearingstelle-eeq.de/empfv/2011/12>

---

<sup>1</sup> Clearingstelle EEG, Verfahren 2011/12, Rdn. 104.

### **3. Differenzierung zwischen Abschlagszahlungsanspruch und (unterjährigem) Vergütungszahlungsanspruch auf die Ist-Einspeisung**

Begrifflich muss zwischen dem sich aus § 16 Abs. 1 EEG 2009<sup>2</sup> bzw. § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012<sup>3</sup> ergebenden Vergütungszahlungsanspruch des Anlagenbetreibers auf die Ist-Einspeisung und dem sich aus § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012<sup>4</sup> bzw. aus § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 i.V. mit § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012<sup>5</sup> ergebenden Abschlagszahlungsanspruch von Anlagenbetreibern getrennt werden:

#### **a) (Unterjähriger) Vergütungszahlungsanspruch auf die Ist-Einspeisung**

Ein Vergütungszahlungsanspruch des Anlagenbetreibers auf die Ist-Einspeisung nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 bzw. § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 ergibt sich nur dann, wenn der Vergütungsanspruch des Anlagenbetreibers dem Grunde nach besteht und der Höhe nach bestimmbar ist. Die Vergütungsgrundlage ergibt sich hierbei je nach Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage aus § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 bzw. aus § 16 Abs. 1 EEG 2009.

Hinsichtlich der Einzelheiten zum (unterjährigen) Vergütungsanspruch des Anlagenbetreibers nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 bzw. § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen für dessen Bestimmbarkeit und damit seiner Fälligkeit, wird auf die BDEW-Stellungnahme zum Verfahren 2011/12 der Clearingstelle EEG sowie auf die Entscheidung der Clearingstelle EEG selber innerhalb dieses Verfahrens unter folgendem Link verwiesen:

<http://www.clearingstelle-eeq.de/empfv/2011/12>

#### **b) Abschlagszahlungspflicht nach § 16 Abs. 1 Satz 3 i.V. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012**

Gegenüber der Verpflichtung zur Vergütung der Ist-Einspeisung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 bzw. § 16 Abs. 1 EEG 2009 legt § 16 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 für sämtliche Anlagen mit einem EEG-Vergütungsanspruch eine Pflicht des Netzbetreibers zur Zahlung von Abschlagszahlungen fest.

#### **aa) Abschlagszahlungsrecht des Anlagenbetreibers gegenüber Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers**

§ 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 lautet:

„Auf die zu erwartenden Zahlungen sind monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten.“

---

<sup>2</sup> Für Anlagen mit Inbetriebnahme bis einschließlich 31. Dezember 2011.

<sup>3</sup> Für Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2012.

<sup>4</sup> Für Anlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2012.

<sup>5</sup> Für Anlagen mit Inbetriebnahme bis einschließlich 31. Dezember 2011.

Hieraus ergibt sich, dass die Regelung kein Abschlagszahlungsrecht des Anlagenbetreibers aufstellt, das von der Ausübung dieses Rechts durch den Anlagenbetreiber abhängig ist, sondern eine generelle Verpflichtung des Netzbetreibers zur Zahlung der Abschlagszahlungen. Ein Abschlagszahlungsrecht des Anlagenbetreibers hätte wie in § 7 Abs. 1 EEG 2012/2009 wie folgt formuliert werden müssen, um es von der Ausübung durch den Anlagenbetreiber abhängig zu machen<sup>6</sup>:

„Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber sind berechtigt, vom Netzbetreiber auf die zu erwartenden Zahlungen monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu verlangen.“

Da dies nicht erfolgte, sondern § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 eine direkte Leistungspflicht des Netzbetreibers aufstellt („... sind ... Abschläge ... zu leisten“), entsteht die Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers automatisch von Gesetzes wegen für jegliche vergütungsfähige EEG-Stromeinspeisung, die ab dem 1. Januar 2012 vorgenommen wird.

Dies gilt insbesondere in denjenigen Fällen, in denen Anlagen- und Netzbetreiber bislang Zahlungsverpflichtungen des Netzbetreibers auf die Ist-Einspeisung vertraglich vereinbart hatten, die ein größeres als ein monatliches Zahlungsintervall hatten.

## **bb) Verzicht auf monatliche Abschlagszahlungen**

### **aaa) Rechtlicher Bestand einer Abweichung von der monatlichen Abschlagszahlungspflicht**

Verzichtet der Anlagenbetreiber auf sein Recht auf monatliche Abschlagszahlungen, ist dies hinsichtlich § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 bzw. § 4 Abs. 2 EEG 2009 beachtlich. Hiernach darf von den Bestimmungen des EEG unbeschadet des § 8 Abs. 3 und 3a EEG 2012 bzw. des § 8 Abs. 3 EEG 2009 nicht zu Lasten der Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers und des Netzbetreibers abgewichen werden.

Hierbei ist unklar, ob eine entsprechende Abweichung eine automatische Unwirksamkeit der vertraglichen Abweichungsregelung nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot zufolge hat, oder ob eine einvernehmlich zwischen Anlagen- und Netzbetreiber vereinbarte vertragliche Abweichung dennoch wirksam bleibt.

Eine Abweichung von der monatlichen Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers, z.B. zugunsten einer quartalsweisen Abschlagszahlung, stellt dem Grunde nach eine solche Abweichung zu Lasten des Anlagenbetreibers dar. Dementsprechend ist bereits nicht abschließend sichergestellt, ob eine solche Abweichung gegen § 4 Abs. 2 EEG 2009/2012 verstößt. Alleine aus diesem Grunde besteht ein entsprechendes Risiko für den Netzbetreiber.

---

<sup>6</sup> „Verhaltener Anspruch“, vgl. zum korrespondierenden § 10 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000: BGH, NJW-RR 2004, S. 453, 454 unter Nr. 2 a) bb).

### **bbb) Praktische Relevanz der Abweichung von der monatlichen Abschlagszahlungspflicht**

Da bei bestimmten Stromeinspeisungen in der Vergangenheit bereits endgültige monatliche Vergütungszahlungen auf die Ist-Einspeisung geleistet wurden, z.B. aus größeren Solarstromanlagen mit fernabrufbarer Ist-Einspeisung, ist in diesen Fällen zwischen Anlagen- und Netzbetreiber zu klären, ob weiterhin eine monatliche Vergütung der Ist-Einspeisung durchgeführt werden soll, oder nunmehr eine monatliche Abschlagszahlung. Dies sollte aus Nachweisgründen in einer entsprechenden schriftlichen Vereinbarung niedergelegt werden, um künftige Streitigkeiten auszuschließen. Außerdem sieht der *Erlass* eines Schuldverhältnisses nach § 397 Abs. 1 BGB einen entsprechenden Vertrag zwischen den Parteien voraus. Gleiches gilt grundsätzlich bei einem schuldrechtlichen *Verzicht*, z.B. auf ein bestimmtes vertragliches oder gesetzliches Recht<sup>7</sup>. Eine nur mündliche Verzichtserklärung des Anlagenbetreibers sollte daher aus Nachweisgründen vermieden werden. Außerdem ist zweifelhaft, ob hier eine auch mündlich erklärbare einseitige Verzichtserklärung des Anlagenbetreibers ausreicht, da § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 nicht nur ein Recht des Anlagenbetreibers auf Abschlagszahlungen gewährt, sondern auch eine generelle Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers begründet, was gegen einen *einseitigen* Verzicht des Anlagenbetreibers und für ein beidseitiges Rechtsgeschäft, d.h. einen entsprechenden Vertrag, spricht<sup>8</sup>.

Allerdings ist von einem generellen Verzicht eines Anlagenbetreibers auf Abschlagszahlungen abzusehen. Dem Anlagenbetreiber steht, wie unter aa) dargestellt, ein gesetzlicher Abschlagszahlungsanspruch aus § 16 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 zu. Verzichtet der Anlagenbetreiber auf diesen Abschlagszahlungsanspruch, ohne dass ihm ein korrespondierender Zahlungsanspruch auf die Ist-Einspeisung nach § 16 Abs. 1 EEG 2009/2012 zusteht, verstößt diese Vereinbarung zwischen Anlagen- und Netzbetreiber möglicherweise gegen § 4 Abs. 2 (Satz 1) EEG 2009/2012, wonach von den Bestimmungen des EEG nicht zu Lasten des Anlagenbetreibers oder des Netzbetreibers abgewichen werden darf (vgl. vorstehend unter aaa). Hat der Anlagenbetreiber daher keinen Zahlungsanspruch auf die Ist-Einspeisung nach § 16 Abs. 1 EEG 2009/2012, weil er z.B. für seine Biomasseanlage noch Nachweise über die Vergütung zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres vorlegen muss, muss ihm zumindest eine entsprechende Abschlagszahlungspflicht nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 zustehen. Dies war auch Intention des Gesetzgebers, als er in der Begründung des Fraktionsentwurfs zum EEG 2012 festgehalten hatte, dass die Abschlagszahlungspflicht dann vorläufige Zahlungsansprüche des Anlagenbetreibers generieren soll, wenn die konkrete Vergütungs- und Bonushöhe von Faktoren abhängt, die erst mit Ablauf eines Kalenderjahres berechnet werden können (z. B. bei der Bemessungsleistung, oder bei nur jährlich erfolgender Messung und Abrechnung von sehr kleinen Anlagen)<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> RGZ 110, S. 418; Schlüter, in: Münchener Kommentar, BGB, § 397 Rdn. 19.

<sup>8</sup> Vgl. Schlüter, in: Münchener Kommentar, BGB, § 397 Rdn. 19; Grüneberg, in: Palandt, 71. Aufl., § 397 Rdn. 4.

<sup>9</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 65 zu § 16.

Allenfalls dann, wenn der Anlagenbetreiber aus eigenen Gründen ausdrücklich auf eine Abschlagszahlung zugunsten einer Ist-Abrechnung in einem größeren als Monatsturnus (z.B. Quartalsturnus) verzichtet, kann dieser Verzicht angesichts des gesetzlichen Abschlagszahlungsanspruchs praktiziert werden. Dieser Verzicht muss aber vom Anlagenbetreiber ausdrücklich und unter Verweis auf sein ihm ansonsten zustehendes monatliches Abschlagszahlungsrecht nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 schriftlich erklärt werden. Ob dieser Verzicht angesichts von § 4 Abs. 2 EEG 2012/2009 wirksam ist, ist gegenwärtig nicht abschließend geklärt.

### **cc) Höhe der zu leistenden Abschlagszahlungen**

Die konkrete Höhe der gesetzlichen Abschlagszahlungen wird in § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 nicht festgelegt. Die Regelung bestimmt nur, dass der Netzbetreiber „auf die zu erwartenden Zahlungen“ monatliche Abschläge zu leisten hat. Die zu erwartenden Zahlungen bestimmen sich nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012/2009 i.V. mit dem sich aus §§ 23 bis 33 EEG 2012/2009 sowie der Vorgängerregelungen ergebenden konkreten Vergütungsanspruch.

Dieser Vergütungsanspruch hängt zum einen von der vergütungsfähigen Strommenge und zum anderen von der anzulegenden Einspeisungsvergütung ab.

### **dd) Feststellung der vergütungsfähigen Strommenge**

Der Begriff „Abschläge“ in § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 impliziert, dass nicht die konkret eingespeisten Strommengen Gegenstand dieses Zahlungsanspruchs sind, sondern eine pauschalierte, d.h. geschätzte Strommenge, sei es im Rahmen der Einspeisung nach § 8 Abs. 1 oder 2 EEG 2012/2009, oder nach der Eigenverbrauchsvergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2012/2010/2009. Wie diese geschätzte Strommenge zu berechnen ist, wird von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 nicht hinreichend konkretisiert.

Gemäß dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 sind „auf die zu erwartenden Zahlungen (...) monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten“. Dementsprechend sollen die Abschlagszahlungen an diejenigen Zahlungen – und folglich auch an diejenigen Einspeisungsmengen – angenähert werden, die tatsächlich zu (be)zahlen wären, wenn die Ist-Einspeisung für den Monat zu vergüten wäre. Folglich ist Grundlage der Abschlagszahlungspflicht eine realitätsnahe Prognose der Ist-Einspeisung des betreffenden Monats und eine darauf basierende Berechnung der dem Anlagenbetreiber zustehenden Einspeisungsvergütung. Abschlagszahlungen, die je nach zu erwartender Einspeisung für den jeweiligen Monat variieren, erfolgen daher in Einklang mit dem Gesetzeswortlaut.

Dies wird auch durch die Begründung zum Fraktionsentwurf des EEG 2012 bestätigt, die zu § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 folgendes enthält:

„Durch Satz 3 wird die bestehende Praxis klargestellt, dass auf die Vergütungs- und Bonizahlungen angemessene Abschläge zu zahlen sind. Angemessen sind Abschläge in der Regel, wenn sie monatlich erfolgen und aufgrund der geschätzten oder vorläufig

berechneten Einspeisung basieren. Diese Abschläge können nur vorläufig sein, weil die konkrete Vergütungs- und Bonushöhe zum Teil von Faktoren abhängt, die erst mit Ablauf eines Kalenderjahres berechnet werden können (z. B. bei der Bemessungsleistung); zum Teil erfolgt die Messung nur einmal pro Jahr, etwa bei sehr kleinen Anlagen, bei denen eine häufigere Messung und regelmäßige Abrechnung mit zu hohen Kosten verbunden wäre.“<sup>10</sup>

Allerdings ist auch eine lineare Abschlagszahlung nicht unangemessen im Sinne dieser Regelung. So sind in anderen Rechtsvorschriften sowohl lineare als auch auf die konkreten Leistungen bezogene Abschlagszahlungspflichten enthalten.

Nach § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Unternehmer von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Ohne eine entsprechende Regelung wäre die Zahlungspflicht des Bestellers abhängig von der von ihm nach §§ 640, 641 BGB zu erklärenden Abnahmeerklärung, bei Teilleistungen von einer auf diese Teile beschränkten Abnahmeerklärung. Dieser Abschlagszahlung liegt folglich eine bestimmte abgrenzbare Leistung des Werkunternehmers zugrunde.

Demgegenüber normiert § 13 StromGKV, ehemals §§ 25 und 28 AVBEltV, eine gesetzliche Abschlagszahlungspflicht des Stromkunden im Rahmen der Grundversorgung, deren Zahlungshöhe meistens linear berechnet wird, obwohl sie gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 StromGKV „anteilig für den Zeitraum der Abschlagszahlung entsprechend dem Verbrauch im zuletzt abgerechneten Zeitraum zu berechnen“ ist. So haben Rechtsprechung und Literatur die gleichmäßige (lineare) Berechnung von Abschlagszahlungen gemäß § 25 AVBEltV über ein Jahr hinweg als zulässig betrachtet<sup>11</sup>. Hierbei wird insbesondere auf das Argument zurückgegriffen, dass bei Abschlagszahlungen, die über einen jährlichen Betrachtungszeitraum linearisiert werden, die Mehr- und Mindermengen entsprechend nivelliert werden, so dass die Vor- und Nachteile sich für beide Seiten aufwiegen.

Folglich ist sowohl eine der tatsächlichen Einspeisung angenäherte Abschlagszahlung als auch eine über das Kalenderjahr linearisierte Abschlagszahlung „angemessen“ im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012. Ob letztlich eine der tatsächlichen Einspeisung angenäherte oder eine linearisierte Abschlagszahlung gewählt wird, hängt vom Anlagen- und vom Netzbetreiber ab. Dementsprechend ist anzuraten, dass Anlagen- und Netzbetreiber hierüber eine entsprechende Vereinbarung treffen.

Diese Vereinbarung kann nicht nach § 4 Abs. 2 EEG 2012/2009 unwirksam sein, wenn sich Anlagen- und Netzbetreiber einvernehmlich für eine der beiden Varianten entscheiden, da § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 keine der beiden Varianten ausdrücklich festlegt und damit durch diese Vereinbarung auch nicht von einer Regelung des EEG abgewichen wird.

---

<sup>10</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 65 zu § 16.

<sup>11</sup> LG Lüneburg, RdE 1986, S. 204; Hempel, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, AVBEltV, § 25 Rdn. 20; Morell, NDAV/GasGKV, GasGKV, § 13 3 ff.; de Wyl/Eder/Hartmann, Netzanschluss- und Grundversorgungsverordnungen, § 13 StromGKV/GasGKV, Rdn. 5; Recknagel, in: Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, AVBV, § 25 Rdn. 7.

### **ee) Für die Abschlagszahlungspflicht anzulegende Vergütungssätze**

Dem Grunde nach liegt der für eine EEG-Anlage anzusetzende Vergütungssatz zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage bereits durch den Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage, die installierte Leistung der Anlage und die weiteren Vergütungsvoraussetzungen fest. Änderungen können sich nur dann ergeben, wenn zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme noch keine Vergütungspflicht bestand, z.B. aufgrund von § 17 Abs. 1 EEG 2012, oder sich der Vergütungssatz ab Inbetriebnahme der Anlage ändern kann, z.B. durch Verwendung bestimmter Einsatzstoffe, wie im Falle der Einsatzstoffe der Vergütungsklassen I und II nach § 27 Abs. 2 EEG 2012 oder verschiedener „Nachwachsender Rohstoffe“ nach Anlage 2 EEG 2009 sowie im Falle des Hinzutretens von bestimmten Vergütungsboni nach EEG 2004, 2009 oder 2012.

Soweit die grundsätzliche Entstehung der Vergütungspflicht an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist (vgl. nachfolgend unter gg), entsteht der Abschlagszahlungsanspruch auch nicht vor einer entsprechenden Nachweiserbringung. Hierunter fällt z.B. der Nachweis über die Einhaltung der Anforderungen an eine technische Einrichtung nach § 6 Abs. 1 EEG 2012 oder § 6 Nr. 1 EEG 2009, da beides nach § 17 Abs. 1 EEG 2012 bzw. § 16 Abs. 6 EEG 2009 mit einer Vergütungsreduzierung auf Null bzw. einem Vergütungsverlust sanktioniert wird.

Gleiches gilt für die Entstehung der Zahlungspflicht bestimmter Boni, wenn diese einer entsprechenden Nachweispflicht des Anlagenbetreibers unterliegt. Hierzu gehört bspw. der Technologiebonus nach § 8 Abs. 4 EEG 2004, Anlage 1 EEG 2009 oder 2012 sowie der KWK-Bonus hinsichtlich des bestehenden Wärmenutzungskonzeptes nach Anlage 2 Nr. I.2 oder I.3 i.V. mit II.1 EEG 2009.

Im Rahmen der Biomassestromerzeugung nach § 27, § 27a und § 27b EEG 2012 stellt § 27 Abs. 4, 5 und 6 EEG 2012 teilweise Nachweisanforderungen, die bereits bei *erstmaliger* Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs zu erfüllen sind. Soweit dies – insbesondere im Falle der Verwendung von Einsatzstoffen der Vergütungsklassen I und II nach § 27 Abs. 2 EEG 2012 – zum Zeitpunkt der erstmaligen Geltendmachung des Vergütungsanspruchs noch gar nicht leistbar ist, weil z.B. der konkrete Anteil bestimmter Einsatzstoffe noch nicht bekannt oder eine Kalenderjahresbetrachtung für bestimmte Grenzwerte gemacht werden muss, kann hier dieses Erfordernis durch Vorlage entsprechender Einsatzstoffbeschaffungsverträge des Anlagenbetreibers oder – im Falle notwendiger Geheimhaltung der übrigen Informationen in den Verträgen - über entsprechende Umweltgutachten geführt werden, wenn die Umweltgutachten nicht ohnehin bereits nach der einschlägigen Nachweisregelung vorgelegt werden müssten (s. Aufstellung nachfolgend unter gg) bbb) aaaa)).

### **ff) Intervalle der Abschlagszahlungen**

Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 sind auf die zu erwartenden Zahlungen *monatliche* Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten. Dementsprechend besteht die Verpflichtung des Netzbetreibers zur Zahlung von Abschlagszahlungen in monatlichen Intervallen. Hiervon geht auch die Begründung des Fraktionsentwurfs zum EEG 2012 aus, indem sie Abschläge,

die monatlich erfolgen, als angemessen im Sinne der Regelung darstellt. Abweichungen vom monatlichen Intervall der Abschlagszahlungspflicht sollten aus den unter vorstehendem bb) genannten Gründen nur mit ausdrücklichem Einverständnis des Anlagenbetreibers erfolgen.

### **gg) Fälligkeitszeitpunkt der zu leistenden Abschlagszahlungen**

Der konkrete Fälligkeitszeitpunkt der Abschlagszahlungen wird in § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 nicht vorgegeben und ist auch nicht durch Auslegung der Regelung bestimmbar. § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 bestimmt allein, dass die Abschlagszahlungen monatlich zu leisten sind, d.h. nicht in größeren zeitlichen Intervallen. Gleiches gilt im Rahmen der Übergangsregelung in § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 für Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012.

Auch aus anderen Regelungen des EEG 2012 ist keine Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes für Abschlagszahlungen entnehmbar, sogar nicht eine solche für Zahlungen auf Ist-Einspeisungen:

Gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2009/2012 sind die Vergütungen ab dem Zeitpunkt zu zahlen, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugt und in das Netz nach § 8 Abs. 1 oder Abs. 2 EEG 2009/2012 eingespeist hat oder der Strom erstmals nach Maßgabe des § 33 Abs. 2 EEG 2009/2010/2012 verbraucht worden ist. Diese Bestimmung regelt aber nur den potentiellen Vergütungsbeginn, der nach § 21 Abs. 2 EEG 2009/2012 maßgeblich ist für die Bestimmung der Gesamtförderdauer des EEG 2012 sowie der Vorgängerfassungen. Da die Gewährung der Einspeisungsvergütung und damit die Fälligkeit der Vergütungszahlung noch von weit mehr Voraussetzungen abhängig ist, als der erstmaligen ausschließlichen Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas in der Anlage und der Einspeisung in das Netz nach § 8 Abs. 1 oder Abs. 2 EEG 2009/2012 bzw. des erstmaligen Stromverbrauchs nach § 33 Abs. 2 EEG 2009/2010/2012, enthält § 21 Abs. 1 EEG 2009/2012 keine Fälligkeitsbestimmung<sup>12</sup>.

Ob eine Abschlagszahlung nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 auch bereits innerhalb des Monats der diese Zahlung betreffenden Einspeisung oder erst nach Abschluss dieses Monats fällig werden kann, kann aus dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012<sup>13</sup> heraus nicht mit abschließender Sicherheit beantwortet werden.

Vom allgemeinen Begriffsverständnis des „Abschlages“ her ist die Abschlagszahlung in Abgrenzung zur „Anzahlung“ die „Gegenleistung für Leistungen des anderen Vertragspartners und nicht Vorschuss auf künftig fällig werdende Leistungen wie die Übereignung eines Kaufgegenstandes (...)“<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> So zum nahezu gleichlautenden § 21 Abs. 1 EEG 2009 auch: Clearingstelle EEG, Verfahren 2011/12, Rdn. 57 f.; LG Paderborn, Urteil vom 21. September 2010, Az. 6 O 41/10; Lehnert, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 21 Rdn. 15 m.w.N.

<sup>13</sup> „auf die zu erwartenden Zahlungen“.

<sup>14</sup> Vgl.: <http://de.wikipedia.org/wiki/Anzahlung#Abschlagszahlung>.

Der Begriff „Abschlag“ setzt in vergleichbaren Regelungen in § 13 StromGVV und § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB eine bereits erbrachte Leistung voraus<sup>15</sup>. Den Abschlagszahlungen nach § 13 StromGVV stehen auch in rein zeitlicher Hinsicht Vorauszahlungen nach § 14 StromGVV, d.h. Zahlungen auf noch zu erbringende Leistungen, gegenüber.

§ 632a Abs. 1 Satz 1 BGB geht hinsichtlich der Berechnung und Fälligkeit der Abschlagszahlungen nach dieser Regelung von dem Grundsatz auch aus, dass der Abschlagszahlung sowohl der Höhe nach als auch hinsichtlich der Fälligkeit eine inhaltlich und zeitlich feststellbare Leistung gegenübersteht, d.h. dass die Gegenleistung (Geldleistung) nicht vor Erbringung der korrespondierenden Leistung (Sachleistung) fällig werden kann. Da der Abschlagszahlung nach § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB eine bestimmte abgrenzbare Leistung des Werkunternehmers zugrunde liegt, kann die Abschlagszahlung nach § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB daher erst fällig werden, wenn diese abgrenzbare Leistung des Werkunternehmers von diesem erbracht worden ist<sup>16</sup>.

Dementsprechend liegen Abschlagszahlungen Leistungen zugrunde, die prinzipiell bereits erbracht worden sind. In jedem Falle werden die Abschlagszahlungen daher nicht vor demjenigen Monat fällig, innerhalb dessen die zugrundeliegenden Einspeisungen getätigt werden sollen. Ansonsten wären es zumindest teilweise Vorauszahlungen auf die im Laufe dieses Monats zu vergütenden Einspeisungen bzw. Solarstromverbräuche nach § 33 Abs. 2 EEG 2009/2010/2012.

Gemäß der mehrheitlichen Ansicht in dem BDEW-Gremium, das für die Behandlung von Rechtsfragen zum EEG zuständig ist, kann die Abschlagszahlungspflicht nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 hinsichtlich der Fälligkeit nicht weiter gehen, als die Fälligkeitsbestimmung nach § 271 BGB hinsichtlich der Vergütung der Ist-Einspeisung selber (vgl. unter Nr. 3a), da § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 normiert, dass „auf die zu erwartenden Zahlungen (...) monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten“ sind, diese zu erwartenden Zahlungen bei einer monatlichen Betrachtungsweise jedoch gemäß § 271 BGB erst mit Abschluss dieses Monats fällig werden könnten. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Begriffe „die zu erwartenden Zahlungen“ gemäß den vorstehenden Ausführungen unter dd) implizieren, dass Grundlage der Abschlagszahlungspflicht eine realitätsnahe Prognose der Ist-Einspeisung des betreffenden Monats und eine darauf basierende Berechnung der dem Anlagenbetreiber zustehenden Einspeisungsvergütung ist, oder dass dieser Abschlagszahlungen eine linearisierte Einspeisung zugrunde gelegt wird. Hat die Anlage zwischenzeitlich z.B. mangels Inbetriebnahme keinen vergütungsfähigen Strom produziert, würde eine bereits während dieses Monats fällige Abschlagszahlungspflicht dem Gebot der Annäherung der Abschlagszahlungshöhe an „die zu erwartenden Zahlungen“ widersprechen.

---

<sup>15</sup> Vgl. zu § 13 StromGVV: de Wyl/Eder/Hartmann, Netzanschluss- und Grundversorgungsverordnungen, § 13 StromGVV/GasGVV, Rdn. 2.

<sup>16</sup> Busche, in: Münchener Kommentar, BGB, § 632a Rdn. 11; Sprau, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 632a Rdn. 13.

**aaa) Abhängigkeit der Fälligkeit einer Abschlagszahlungspflicht von der Entstehung der zugrundeliegenden Vergütungspflicht dem Grunde nach**

Darüber hinaus ist bei der Fälligkeit ebenfalls zu beachten, dass das EEG 2012 sowie die EEG-Vorgängerregelungen bestimmte Anforderungen an die Entstehung einer Zahlungspflicht in Grund und Höhe stellen, ohne die folglich eine Zahlungspflicht gar nicht entstehen kann. Dies gilt bspw. hinsichtlich der Zahlungspflicht dem Grunde nach für die Pflicht zur Meldung von Solarstromanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1.1.2012 bei der BNetzA nach § 16 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009, wonach eine Vergütungspflicht erst nach erfolgter Meldung entsteht<sup>17</sup>. Gleiches gilt in den in § 17 Abs. 1 EEG 2012 und in § 16 Abs. 6 EEG 2009 genannten Fällen.

**bbb) Abhängigkeit der Fälligkeit einer Abschlagszahlungspflicht von der Entstehung der zugrundeliegenden Vergütungspflicht der Höhe nach**

Auch die Entstehung der Vergütungspflicht der Höhe nach ist gemäß dem EEG 2012 und den Vorgängerfassungen vielfach abhängig von bestimmten Umständen bzw. Nachweisen der Einhaltung bestimmter Anforderungen.

Die Erhöhung der Vergütung für Wasserkraftanlagen nach erfolgter Modernisierung ist z.B. nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 23 Abs. 4 EEG 2012 von der Vorlage eines entsprechenden Nachweises abhängig. Wurde dieser nicht (fristgemäß) vorgelegt, bleibt die Vergütungspflicht in bisheriger Höhe weiterhin bestehen.

Gleiches gilt vielfach für Vergütungszuschläge bzw. –boni. Die Entstehung des SDL-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 ist abhängig davon, dass der Anlagenbetreiber den Nachweis über die Einhaltung der im EEG bzw. der SDLWindV genannten Voraussetzungen erbringt. Auch der „Formaldehydbonus“ nach § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 ist hinsichtlich seines Entstehens abhängig von der Vorlage entsprechender Nachweise. Vor Vorlage der Nachweise kann der Anspruch auf die jeweiligen Boni nicht entstehen.

Ist die Fälligkeit der Vergütung auf die Ist-Einspeisung bereits nach § 271 BGB von der Erbringung dieser Nachweise abhängig, ist dies – soweit möglich und sinnvoll (s. Aufstellungen unter aaaa) bis ffff)) – auch im Rahmen der Abschlagszahlungspflicht nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 bzw. bei Bestandsanlagen nach § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 zu beachten. Das gilt insbesondere bei Nachweisen, die bereits im Vorwege oder bei Inbetriebnahme der Anlage erbracht werden können, wie der Nachweis einer Modernisierung einer Wasserkraftanlage nach § 23 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 23 Abs. 4 sowie § 66 Abs. 14 EEG 2012 und der Nach-

---

<sup>17</sup> Für Solarstromanlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1.1.2012 gilt nunmehr § 17 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2012, wonach sich die Einspeisungsvergütung auf den tatsächlichen Monatsmittelwert des energieträgerspezifischen Marktwerts nach Anlage 4 Nr. 1.1 EEG verringert, solange der Anlagenbetreiber den Standort und die Leistung seiner bereits in Betrieb genommene Solarstromanlage noch nicht nach den Vorgaben von § 17 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2012 bei der BNetzA gemeldet hat.

weis der Einhaltung eines KWK-Wärmenutzungskonzeptes nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 i.V. mit Anlage 2 EEG 2012. Einzelheiten ergeben sich aus der nachstehenden Aufstellung.

**Vorzulegende Nachweise** vor Entstehung einer Zahlungspflicht auf die Ist-Einspeisung nach § 271 BGB und Anwendung der Regelungen auf Abschlagszahlungen<sup>18</sup>:

#### **aaaa) Biomasse**

- Vorlage eines **Einsatzstofftagebuches** bei Einsatz von „sonstiger“ Biomasse neben Biomasse nach der Biomasseverordnung für Anlagen für Anlagen nach dem EEG 2009 und vorher gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 und § 66 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 sowie bei Inanspruchnahme der Grundvergütung nach § 27 Abs. 1 i.V. mit Abs. 4 und 5 EEG 2012, § 27a EEG 2012 und § 27b EEG 2012,
- Vorlage eines **Einsatzstofftagebuches** bei Einsatz von „Nachwachsenden Rohstoffen“ oder „Gülle“ im Sinne von Anlage 2 EEG 2009 einschl. § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009, zum Nachweis des Mais- bzw. Getreidekornanteils von max. 60% nach § 27 Abs. 5 Nr. 1 i.V. mit Abs. 6 Nr. 4 EEG 2012 sowie bei Einsatz von Stoffen der Einsatzstoffvergütungsklassen I oder II nach § 27 Abs. 2 i.V. mit Abs. 5 und 6 EEG 2012,
- Vorlage eines **Einsatzstofftagebuches** bei Einsatz von flüssiger Biomasse zur Anfahr-, Zünd- oder Stützfeuerung nach § 27 Abs. 5 Nr. 3 und Abs. 6 Nr. 4 EEG 2012, § 27a Abs. 5 Nr. 2 EEG 2012 und § 27b Abs. 3 Nr. 2 EEG 2012,
- Vorlage eines **Umweltgutachtens** bei Inanspruchnahme des „Güllebonus“ oder des „Landschaftspflegebonus“ nach Anlage 2 Nr. VI.2 b) und c) EEG 2009, hinsichtlich des Mindest-Gülleinsatzes nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i.V. mit Abs. 6 Nr. 3 EEG 2012, sowie bei Einsatz von Stoffen der Einsatzstoffvergütungsklassen I oder II nach § 27 Abs. 2 i.V. mit Abs. 5 und 6 EEG 2012,
- Vorlage eines **Umweltgutachtens** bei Inanspruchnahme des KWK-Bonus nach Anlage 3 EEG 2009, als Nachweis für den vergütungsfähigen KWK-Strom bei Biomethananlagen nach § 27c i.V. mit § 27 Abs. 5 Nr. 2 und Abs. 6 Nr. 5 EEG 2012 und nach § 27c i.V. mit § 27 Abs. 5 Nr. 2 und § 27a Abs. 5 Nr. 2 EEG 2012 sowie als Nachweis für die KWK-Mindestnutzungspflicht nach § 27 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 2 i.V. mit Anlage 2 EEG 2012,
- Vorlage eines **sonstigen Nachweises** für die Einhaltung des § 8 Abs. 3 EEG 2004 („KWK-Bonus“),
- **Sonstige Nachweise über** die Einhaltung der Anforderungen für den „**Technologiebonus**“ nach § 8 Abs. 4 EEG 2004, Anlage 1 Nr. I.1 und II.1 EEG 2009 und Anlage 1 Nr. 1 EEG 2012 und

---

<sup>18</sup> Hinweis: die nachfolgend aufgeführten Nachweise können sich noch durch das aktuelle EEG-Gesetzgebungsverfahren (BT-Drs. 17/8877 und BT-Drs. 17/9152) ändern.

- Verwendung eines „**Massenbilanzsystems**“ nach § 27c EEG 2012 bei Verwendung von in das Gasnetz eingespeistem Biomethan.

Gemäß den Feststellungen in der Entscheidung 2011/12 der Clearingstelle EEG führt die Nichtvorlage der vorstehend genannten Nachweise dazu, dass die zugrundeliegende Zahlungsforderung der Anlagenbetreiber noch nicht fällig geworden ist. Demgegenüber steht aber die generelle Abschlagszahlungspflicht der Netzbetreiber nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 (für Bestandsanlagen). Würde die Nachweisvorlage auch bei Abschlagszahlungen weiterhin eine Fälligkeit Voraussetzung sein, würde dies für Biomasseanlagen dazu führen, dass Abschlagszahlungen unterjährig nicht möglich sind, weil sie nicht fällig geworden sein können. Dies gilt insbesondere für Abschlagszahlungen, die z.B. bei einsatzstoffbezogenen Vorgaben kalenderjährliche Beurteilungskriterien haben (z.B. „Gülle- oder Landschaftspflegebonus“ nach Anlage 2 Nr. VI.2 b) und c) EEG 2009). Da der Gesetzgeber aber gerade für Biomasseanlagenbetreiber ausweislich der Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 eine Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers statuieren wollte, obwohl unterjährig noch nicht alle Berechnungsparameter für die Vergütung bekannt sind (dort bezogen auf die Bemessungsleistung), ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Abschlagszahlungspflicht auch nicht vollständig von der Vorlage der v.g. Nachweise abhängig machen wollte.

Allerdings ist gerade für Biomasseanlagen die Höhe der Abschlagszahlungspflicht z.B. davon abhängig, welche Einsatzstoffe in der Anlage eingesetzt werden und welche Technologien verwendet wurden. Dementsprechend muss der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber vor der Abschlagszahlung zumindest gewisse Nachweise vorlegen, damit der Netzbetreiber die Abschlagszahlung in der „zu erwartenden“ Höhe auch berechnen kann.

Hinzu kommt, dass Anlagenbetreiber nach § 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 verpflichtet sind, dem Netzbetreiber bis zum 28. Februar eines Jahres die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen. Dies sind insbesondere die Daten nach § 46 Nr. 1 und 2 EEG 2009/2012, d.h. der Standort und die Leistung der Anlage sowie die Strommenge nach § 33 Abs. 2 EEG 2009/2010/2012 und bei Biomasseanlagen nach § 27 Abs. 1 EEG 2009/2012 und §§ 27a und 27b EEG 2012 die Einsatzstoffe nach § 27 Abs. 2 EEG 2012 bzw. § 27 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 und den §§ 27a und 27b EEG 2012, Angaben zu Wärmenutzungen nach Anlage 3 EEG 2009 bzw. Anlage 2 EEG 2012 sowie die Angaben zu den eingesetzten Technologien nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 und 3 EEG 2009. Hinzu kommt, dass Anlagenbetreiber Netzbetreibern gegenüber nach § 45 EEG 2009/2012 verpflichtet sind, unverzüglich die für den bundesweiten Ausgleich nach den §§ 34 bis 39 EEG 2012 erforderlichen Daten, insbesondere die in § 46 EEG 2009/2012 genannten Daten, zur Verfügung zu stellen. Für die monatliche Abschlagszahlungspflicht ist dies insoweit von Bedeutung, dass der Anlagenbetreiber verpflichtet ist, vergütungsändernde Sachverhalte dem Netzbetreiber unverzüglich auch für die Gewährleistung einer der Höhe nach an der tatsächlichen Ist-Zahlung angenäherten Abschlagszahlung zu melden.

Hieraus ergeben sich folgende Maßgaben für die Nachweisführung im Rahmen von **Abschlagszahlungen**, ohne die folglich die Abschlagszahlungen nicht nach § 271 BGB fällig werden können:

Wenn die jeweils einschlägige Fassung des EEG die Vorlage eines **Einsatzstofftagebuches** als Nachweis fordert, kann dies durch eine entsprechend monatliche Vorlage oder durch eine kalenderjährliche Vorlage nach § 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 erfolgen. Speziell bei einer kalenderjährlichen Vorlage des Einsatzstofftagebuches stellt dies aber gemäß der Entscheidung der Clearingstelle EEG im Verfahren 2011/12 eine Fälligkeitsvoraussetzung für die zugrunde liegende Forderung dar. Der Anspruch auf Abschlagszahlungen nach § 16 Abs. 1 Satz 3 bzw. für Bestandsanlagen nach § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 kann dann aber erst entstehen, wenn ein vergleichbarer Nachweis an die Stelle des Einsatzstofftagebuches tritt. Dies kann z.B. eine am Beginn des Kalenderjahres der Einspeisung oder eines entsprechenden Monats vom Anlagenbetreiber abgegebene Erklärung sein, dass er während der betreffenden Zeitdauer ausschließlich Strom aus Biomasse nach der Biomasseverordnung oder ausschließlich „Nachwachsende Rohstoffe“ oder „Gülle“ im Sinne von Anlage 2 EEG 2009 einschl. § 66 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 einsetzt. Alternativ hierzu kann das Einsatzstofftagebuch auch kalendermonatlich erstellt werden.

Ist der Anlagenbetreiber verpflichtet, ein **Umweltgutachten** über bestimmte Sachverhalte vorzulegen, ist zu differenzieren:

**i. Vorlagepflicht eines Umweltgutachtens vor erstmaliger Inanspruchnahme der Vergütung bzw. des Bonus**

Für die Inanspruchnahme des **KWK-Bonus** des **EEG 2009** muss ein Umweltgutachten über das KWK-Wärmenutzungskonzept nach Anlage 3 Nr. II.2 i. V. mit Anlage 3 Nr. I.2 oder I.3 EEG 2009 bei erstmaliger Inanspruchnahme des KWK-Bonus nach dem EEG 2009 vorgelegt werden. Dies gilt auch im Falle von Anlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009, wenn diese gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 oder 3 EEG 2009 die Vorgaben der Anlage 3 EEG 2009 einhalten müssen.

Gleiches gilt im Falle des **EEG 2012** für die gesamte EEG-Vergütung mit Bezug auf die KWK-Mindestnutzungspflicht nach § 27 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 2 und Anlage 2 EEG 2012.

Gemäß aktueller Fassung des EEG 2012 muss außerdem bei Inanspruchnahme der Vergütungen für die **Einsatzstoffvergütungsklassen I und/oder II** gemäß § 27 Abs. 2 und 5 und 6 Nr. 1 EEG 2012 bereits vor erstmaliger Inanspruchnahme dieser Vergütungen ein Umweltgutachten vorgelegt werden, außerdem bis zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres. Diese Nachweispflicht ist derzeit Gegenstand der aktuellen EEG-Novelle (BT-Drs. 17/8877, S. 7). Wenn diese Vorlagepflicht gemäß der Fassung des Fraktionsentwurfs dieses Gesetzgebungsverfahrens abgeändert wird, gelten die nachfolgenden Ausführungen unter ii) entsprechend.

In dem BDEW-Gremium, das für die Behandlung von Rechtsfragen zum EEG zuständig ist, wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass – wenn das Umweltgutachten vor erstmaliger Inanspruchnahme der Vergütung oder des Bonus vorgelegt werden muss - auch die Abschlagszahlung auf die Vergütung oder den Bonus nicht vor Vorlage eines entsprechenden Umweltgutachtens fällig werden kann, da bereits zu diesem Zeitpunkt die grundsätzliche Vergütungs- bzw. Bonusberechtigung nachgewiesen sein muss. Nach anderer Ansicht genügt in

diesem Zusammenhang eine durch den Anlagenbetreiber zu Beginn der Einspeisung (Inbetriebnahme) abgegebene Erklärung, dass er die Voraussetzungen des KWK-Bonus einhält und ein entsprechendes Wärmenutzungskonzept vorlegt.

## **ii. Kalenderjährliche Vorlagepflicht eines Umweltgutachtens für die Vergütung bzw. den Bonus**

Regelt die jeweils einschlägige Fassung des EEG nur eine kalenderjährliche Vorlagepflicht eines Umweltgutachtens für die Inanspruchnahme der jeweiligen Vergütung oder des jeweiligen Bonus, wird eine Zahlungspflicht des Netzbetreibers über diese Vergütung oder den Bonus bis zur Vorlage dieses Gutachtens nicht fällig, da unklar ist, ob am Ende des Kalenderjahres überhaupt für den betreffenden Zeitraum eine entsprechende Vergütungs- oder Bonuszahlungspflicht bestand. Damit zumindest eine Abschlagszahlung durch den Netzbetreiber ausgezahlt werden kann, sollte der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber folgende Unterlagen als Grundlage der Abschlagszahlungspflicht vorlegen:

- Als Nachweis für die Einhaltung bestimmter einsatzstoffbezogener Grenzwerte innerhalb der jeweils anwendbaren EEG-Regelungen kann der Anlagenbetreiber seine für dieses Kalenderjahr vorliegenden Einkaufsverträge über die Einsatzstoffe dem Netzbetreiber vorlegen. Dies kann und sollte anonymisiert erfolgen. Ein anderer geeigneter Nachweis ist ebenfalls möglich.
- Als Nachweis für die Verwendung einer bestimmten Technik, die Voraussetzung für die Zahlung der Vergütung oder des Bonus ist, kann der Anlagenbetreiber geeignete Hersteller- oder Installateurunterlagen dem Netzbetreiber vorlegen, die den Einsatz der Technik sowie die Einhaltung bestimmter technikbezogener Voraussetzungen nachweisen (z.B. zulässigen Methanschluß nach Anlage 1 EEG 2009 und 2012).
- Als Nachweis für eine bestimmte KWK-Strommenge, die mit dem Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V. mit Anlage 3 EEG 2009 beaufschlagt werden soll, kann für das Kalenderjahr der Inbetriebnahme eine Schätzung auf Basis von geeigneten Hersteller- oder Installateurunterlagen, die die Stromkennzahl bei wärmegeführten Anlagen ausweisen, den Abschlagszahlungen zugrunde gelegt werden. Für die Folgejahre kann vorläufig auf die nach § 46 Nr. 3 EEG 2012 für das Kalenderjahr der Inbetriebnahme durch den Anlagenbetreiber vorgelegten Nachweise (Umweltgutachten nach Anlage 3 EEG 2009, Sachverständigennachweis nach § 8 Abs. 3 EEG 2004) zurückgegriffen werden.

## **iii. Einmalige Vorlage von anderen Nachweisen für die Erlangung eines Bonus**

Regelt eine Bestimmung des EEG 2012, 2009, 2004 oder 2000, dass eine bestimmte Vergütung oder ein bestimmter Bonus erstmals verlangt werden kann, d.h. fällig wird, wenn der Anlagenbetreiber den gesetzlichen Nachweis vorlegt, trifft dies gemäß der mehrheitlichen Ansicht in dem BDEW-Gremium, das für die Behandlung von Rechtsfragen zum EEG zuständig ist, auch auf die entsprechende Abschlagszahlung auf diese Vergütung oder den ent-

sprechenden Bonus zu. Nach anderer Ansicht werden Abschlagszahlungen auf die *zu erwartenden Zahlungen* geleistet. Es reiche somit aus, wenn der Anlagenbetreiber durch Erklärung bestätigt, dass die Nachweisführung fristgemäß erbracht werden wird und erläutert, dass und wie die Voraussetzungen der Boni erbracht werden.

Diese Vorgaben gelten für Biomasseanlagen insbesondere für

- den „Formaldehydbonus“ nach § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009,
- den „Technologiebonus“ nach § 8 Abs. 4 EEG 2004, Anlage 1 Nr. I.1 und II.1 EEG 2009 und Anlage 1 Nr. 1 EEG 2012 bei Verwendung einer speziellen Stromerzeugungs- oder Gasaufbereitungstechnologie und
- und den KWK-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V. mit Anlage 3 EEG 2009 hinsichtlich der Vorlage des Umweltgutachtens nach Anlage 3 Nr. II.2 i. V. mit Anlage 3 Nr. I.2 oder I.3 EEG 2009.

Insofern gelten die vorstehenden Ausführungen unter i) entsprechend.

Soweit die entsprechende Vergütung oder der entsprechende Bonus die Beibehaltung dieser Technik oder die fortdauernde Einhaltung entsprechender Grenzwerte voraussetzt, gelten die Ausführungen zur kalenderjährlichen Vorlagepflicht von Umweltgutachten entsprechend.

#### **bbbb) Solarstrom**

Hier hat der Anlagenbetreiber Nachweise über den Eigenverbrauch des Solarstroms oder den Verbrauch durch einen Dritten in unmittelbarer Nähe zur Anlage nach § 33 Abs. 2 EEG 2009/2010/2012 an den Netzbetreiber zu erbringen<sup>19</sup>. Ansonsten kann er vom Netzbetreiber nur einen Abschlag auf die Einspeisungsvergütung nach § 33 Abs. 1 EEG 2009/2010/2012 für die tatsächlich nach § 8 Abs. 1 EEG 2009/2012 abgenommene Strommenge verlangen. Wechselt der Anlagenbetreiber von einer Einspeisungsvergütung nach § 33 Abs. 1 EEG 2009/2010/2012 zu einem Eigenverbrauch nach § 33 Abs. 2 EEG 2009/2010/2012, müssen diese Nachweise vor Inanspruchnahme der Eigenverbrauchsregelung vorliegen. Anderenfalls sind die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Regelung gemäß den Feststellungen der Clearingstelle EEG in ihrer Entscheidung 2011/2/1 nicht erfüllt.

#### **cccc) Wasserkraft**

Hier hat der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber Nachweise über die Modernisierung der Anlage nach den Vorgaben von § 23 Abs. 4 EEG 2012, § 23 Abs. 5 EEG 2009 und § 6 Abs. 3 bzw. § 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2004 vorzulegen.

Vor Vorlage dieser Nachweise hat der Anlagenbetreiber nur einen Anspruch auf einen Abschlag auf die bisherige Einspeisungsvergütung.

---

<sup>19</sup> Vgl. Clearingstelle EEG, Verfahren 2011/2/1, Rdn. 81.; Verfahren 2011/12, Rdn. 112.

#### **dddd) Deponiegas, Klärgas und Grubengas**

Hier hat der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber Nachweise über die Einhaltung der Anforderungen für den „Technologiebonus“ nach § 7 Abs. 2 EEG 2004, Anlage 1 Nr. I.1 und II.1 EEG 2009 bzw. Anlage 1 Nr. 1 EEG 2012 vorzulegen.

Hierzu wird auf die entsprechenden Ausführungen unter „Biomasse“ verwiesen.

#### **eeee) Windenergie**

Die Entstehung des Anspruchs auf den SDL-Bonus nach § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 sowie nach § 29 Abs. 2 Satz 4 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 8 EEG 2012 ist abhängig davon, dass der Anlagenbetreiber den Nachweis über die Einhaltung der im EEG bzw. der SDLWindV genannten Voraussetzungen erbringt. Hierzu wird auf die Feststellungen der Clearingstelle EEG in ihren Entscheidungen 2011/6 und 2011/21 verwiesen.

Gleiches gilt hinsichtlich der Entstehung des Anspruchs auf die Einspeisungsvergütung nach Vorlage des 60%-Gutachtens nach § 10 Abs. 4 EEG 2004 und nach § 29 Abs. 3 und 4 EEG 2009. Dieses Gutachten hatte der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber vor Inbetriebnahme der Anlage vorzulegen. Ausnahmen hiervon hat die Rechtsprechung nur zugelassen, wenn für den Anlagen- und den Netzbetreiber vor Inbetriebnahme der Anlage die Erzielung von mehr als 60% des Referenzertrages der Anlage offensichtlich war<sup>20</sup>. Diese Vergütungs voraussetzung gilt wegen Streichung der entsprechenden Regelungen im § 29 EEG 2012 aber nicht mehr für Windenergieanlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2012.

Für Windenergieanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2012 gilt hinsichtlich der Voraussetzung des v.g. 60%-Gutachtens sowie für alle Windenergieanlagen mit Berechtigung zur Inanspruchnahme des SDL-Bonus die Anforderung, dass die Nachweise vor Inanspruchnahme der entsprechenden Vergütung bzw. des Bonus vorliegen müssen, damit eine Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers fällig werden kann. Hierzu wird auf die Ausführungen unter aaa) aaaa) verwiesen.

#### **ffff) Geothermie**

Hier ist nur in § 28 Abs. 2 i.V. mit Anlage 4 Nr. I.2 und Nr. 2 EEG 2009 ein entsprechender Wärmenutzungsnachweis für die Erlangung des „Wärmenutzungsbonus“ vorgesehen. Dieser Nachweis ist gemäß Anlage 4 Nr. II. EEG 2009 durch ein Umweltgutachten zu führen, sobald der Bonus erstmals geltend gemacht wird. Dies setzt

- die Nachweisführung über die Nutzung der in Anlage 4 Nr. I und III EEG 2009 genannten Voraussetzungen erstmalig vor Inanspruchnahme des Bonus sowie
- die fortlaufende Nachweisführung nach § 46 Nr. 3 EEG 2012 bis zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres voraus.

---

<sup>20</sup> Vgl. Urteil des LG Arnsberg vom 30.08.2007 (Az. 4 O 149/07) unter folgendem Link:  
[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/arnsberg/lg\\_arnsberg/j2007/4\\_O\\_149\\_07urteil20070830.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/arnsberg/lg_arnsberg/j2007/4_O_149_07urteil20070830.html).

Der Bonus kann also erstmals verlangt werden nach Vorlage des Initial-Umweltgutachtens. Wenn sich in der Folge die Voraussetzungen für die Bonuszahlung nach Anlage 4 EEG 2009 ändern, ist der Anlagenbetreiber nach § 45 EEG 2009/2012 verpflichtet, dem Netzbetreiber dies unverzüglich mitzuteilen. Bis zu einer entsprechenden Mitteilung kann der Bonus weiterhin abschlagszahlungsweise ausgezahlt werden.

§ 28 EEG 2012 eröffnet für Geothermieranlagen in seinem Geltungsbereich diesen Bonus nicht mehr.

### **ccc) Ergebnis für die Fälligkeit der Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers**

Dementsprechend ist gemäß der mehrheitlichen Ansicht in dem BDEW-Gremium, das für die Behandlung von Rechtsfragen zum EEG zuständig ist, davon auszugehen, dass diese Abschlagszahlungen nicht mehr innerhalb des zugrundeliegenden Kalendermonates, d.h. im Umkehrschluss frühestens zum ersten Tag des auf die Einspeisung folgenden Kalendermonats fällig werden.

Auch die Begründung des Fraktionsentwurfs des EEG 2012 hilft nicht bei der näheren Bestimmung der Fälligkeit der Abschlagszahlungen, indem sie nur auf den monatlichen Turnus<sup>21</sup>, aber nicht auf die konkrete Fälligkeit abstellt. Darüber hinaus legen auch die § 35 Abs. 3 Satz 2, § 37 Abs. 2 Satz 3 und § 59 EEG 2012 sowie die entsprechenden Vorgängerregelungen keine konkreten Fälligkeitstermine für die jeweiligen Abschlagszahlungsansprüche fest.

Dementsprechend herrscht hinsichtlich des Termins, wann die Abschlagszahlungen zwischen Anlagen- und Netzbetreiber nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 fällig werden, Vertragsfreiheit. Da der Anlagenbetreiber die Erfüllung des Anspruchs nach Ablauf des auf die Einspeisung folgenden Monats verlangen kann, kann er die Fälligkeit selbst nach § 271 BGB durch entsprechende Rechnungstellung nach Ablauf dieses Monats bewirken, der Netzbetreiber wiederum durch Zahlung nach Ablauf dieses Monats die Forderung auf Abschlagszahlungen begleichen.

Es bietet sich jedoch an, dass Anlagen- und Netzbetreiber vereinbaren, zu welchem Zeitpunkt diese Abschlagszahlungspflicht fällig werden soll. Jedenfalls tritt ohne eine entsprechende Fälligkeitsvereinbarung, eine Fälligkeitsbestimmung durch den Netzbetreiber in einer Jahresrechnung und – ansonsten - ohne eine Zahlungsaufforderung des Anlagenbetreibers kein Verzug nach § 286 BGB ein, da hierfür die Abschlagszahlung bereits hätte fällig sein müssen.

Hängt die Fälligkeit der Abschlagszahlungspflicht von einer der unter vorstehendem bbb) genannten Nachweise ab, muss – wenn nicht bereits z.B. ein „Initial-Umweltgutachten“ an den Netzbetreiber übergeben werden muss – zumindest einer der dort genannten „erleichternden Nachweise“ vorgelegt werden, damit der Abschlagszahlungsanspruch auf die Grund-

---

<sup>21</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 65 zu § 16.

vergütung oder den entsprechenden Bonus überhaupt berechnungsfähig und damit fällig werden kann.

#### **hh) Reichweite der Abschlagszahlungspflicht**

Die Abschlagszahlungspflicht gilt über § 16 Absatz 1 Satz 3 EEG 2012 i.V. mit § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012 für jegliche Einspeisungsvergütungen nach dem EEG 2012, 2009, 2004 und 2000 sowie für die Eigenverbrauchsvergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2012, 2010 und 2009. Außerdem unterliegt auch die nach § 33g EEG 2012 für Neuanlagen und i.V. mit § 66 Abs. 1 Nr. 10 und 11 EEG 2012 für Bestandsanlagen zu zahlende Marktprämie gemäß § 33g Abs. 2 Satz 3 EEG 2012 einer Abschlagszahlungspflicht. Gleiches gilt für die Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012.

#### **Ansprechpartner:**

Christoph Weissenborn  
Telefon: +49 30 300199-1514  
christoph.weissenborn@bdew.de