

Clearingstelle EEG  
**Herrn Dr. Sebastian Lovens**  
Charlottenstr. 65  
10117 Berlin

30. März 2012

### **Empfehlungsverfahren 2011/26 – Abschlagszahlungen im EEG 2012**

Sehr geehrter Herr Dr. Lovens,

sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit möchten wir für den ERT e.V. Verband unabhängiger Experten für Erneuerbare Energien, Recht und Technik eine Stellungnahme zu den gestellten Fragen abgeben. Eingangs möchten wir anmerken, dass im Hinblick auf die zeitliche Belastung leider nur eine kurze Stellungnahme erfolgen kann. Zudem darf darauf hingewiesen werden, dass vorliegend nur eine Stellungnahme für Biogasanlagen im Sinne des § 27 EEG erfolgt. Zu den einzelnen Fragen:

#### **Frage 1a: Wann und unter welchen Voraussetzungen sind die Abschläge des § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 fällig?**

Voraussetzung für die Fälligkeit muss zunächst sein, dass gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG der Anlagenbetreiber einen Vergütungsanspruch gegen den Netzbetreiber inne hat. Diesen Anspruch erlangt er dadurch, dass er Strom aus Erneuerbaren Energien nach Maßgabe der §§ 18-33 EEG eingespeist hat. Der alleinige Nachweis darüber, dass es sich um Strom aus Erneuerbaren Energien handelt, ist hierfür ausreichend. Weitere Voraussetzungen wie etwa die Frage, ob der Strom in einer öffentlich-rechtlich genehmigten Anlage produziert wird, ob bestimmte Formulare eines Netzbetreibers bei der Anmeldung ausgefüllt sind, ob die technischen Voraussetzungen für die tatsächliche Einspeisung gegeben sind oder die technischen Richtlinien eingehalten sind, dürfen in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen. Zu beachten wird jedoch die Regelung des § 17 Abs. 1 sein: Soweit oder solange der Anspruch aufgrund der dort bzw. in § 6 Abs. 1, 2, 4 genannten Verstöße sich auf 0 reduziert, kann natürlich auch kein Anspruch auf eine Abschlagszahlung bestehen. Die Forderungen nach § 6 Abs. 1, 2, 4 sind eindeutig formuliert (Rundsteuerempfänger, Abrufmöglichkeit der Ist-Einspeisung, neu zu errichtendes gasdichtes Gärrestlager und 150 Tage Verweildauer, zusätzliche Gasverbrauchseinrichtung - außer bei reinen Gülleanlagen).

Ein Gutachten eines Umweltgutachters nach § 27 Abs. 6 EEG 2012 oder die Vorlage eines Einsatzstofftagebuches sind keine zwingende Voraussetzung für eine Abschlagszahlung. Diese Nachweise sind entsprechend den Vorgaben des § 46 Nr. 3 EEG bis zum 28. Februar des Folgejahres zusammen mit den für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen.

Anders ist dies jedoch bei der ausdrücklichen Regelung des § 27 Abs. 6, wo ein entsprechender Nachweis für die erstmalige Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 EEG festgeschrieben ist. Da die derzeit anstehende Novellierung des EEG 2012 Auswirkungen auf § 27 Abs. 6 EEG haben soll, ist der aktuelle Entwurf (BT Drs. 17/8877 Punkt 9. c) zu beachten: Demnach soll bei der erstmaligen Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 die Eignung der Anlage zur Erfüllung der Voraussetzungen der Nummern 2, 3 und 5 durch ein Umweltgutachten nachgewiesen werden. Es ist zu vermuten, dass BT Drs. 17/8877 Punkt 10. d sich nicht wie dort beschrieben auf EEG 2012 § 27 Abs. 1 Satz 2, sondern auf den neu hinzugefügten Satz 2 in § 27 Abs. 6 beziehen soll. Demnach würden auch Anlagen nach § 27 a und § 27 b (Abfall- und Gülleanlagen) zur erstmaligen Inanspruchnahme ein Gutachten eines Umweltgutachters vorlegen müssen.

Insgesamt bedeutet dies, dass damit der grundsätzliche Vergütungsanspruch des § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG voraussetzt, dass ein entsprechendes Gutachten vorgelegt wird, in dem die Eignung der Anlage betreffend die vorgenannten Nummern nachgewiesen wird. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass ohne einen entsprechenden Nachweis noch kein Vergütungsanspruch nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG besteht. In diesem Fall lässt sich mit guter Begründung vertreten, dass dann auch noch keine Abschlagszahlungen nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG in Frage kommen. Allerdings bleibt hier zunächst abzuwarten, welchen Wortlaut § 27 Abs. 6 EEG erhalten wird.

**Für Biogas- und Biomasseanlagen im Sinne des § 27 EEG ist damit im Ergebnis festzuhalten, dass Voraussetzung für die Abschlagszahlung des § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG ist, dass tatsächlich Strom aus Biogas/Biomasse eingespeist wird, für den ein Vergütungsanspruch nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG besteht. Sofern es sich um eine Anlage handelt, die erstmalig den Vergütungsanspruch geltend macht, wird – je nach Fassung des § 27 Abs. 6 EEG – eine weitere Voraussetzung der Abschlagszahlung sein, dass über das Gutachten eines Umweltgutachters mit entsprechender Akkreditierung die Eignung der Anlage zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 27 Abs. 6 Satz 1 Nrn. 2, 3 und 5 EEG sowie evtl. für Anlagen nach § 27 a und § 27 b vorgelegt wird. Darüber hinaus wird der Nachweis zu erbringen sein, dass keine Vergütungsverringerung auf 0 nach § 17 Abs. 1 i.V.m. § 6 vorliegt. Die in § 6 genannten technischen Voraussetzungen können sinnvollerweise ebenfalls im entsprechenden Gutachten des Umweltgutachters dargestellt werden.**

Bezüglich der Fälligkeit kann generell auf die Fälligkeit von Abschlagszahlungen, beispielsweise in der Regelung des § 632a BGB verwiesen werden. Abschlagszahlungen werden demnach für schon erbrachte Teilleistungen gezahlt und sind von Vorauszahlungen zu unterscheiden. Das bedeutet, dass – da in § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG ausdrücklich von „monatlichen“ Abschlägen die Rede ist – nach jedem abgeschlossenen Monat eine angemessene Abschlagszahlung für den Vormonat fällig

wird. Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, wird man von keinem konkreten Kalendertag des Folgemonats ausgehen können. Vielmehr wird es darauf ankommen, wann der Anlagenbetreiber seinen Anspruch auf Abschlagszahlung letztendlich fällig stellt, d. h., eine entsprechende Rechnung mit Zahlungsaufforderung ausstellt.

### **Frage 1b: In welcher Höhe müssen die Abschläge monatlich gezahlt werden?**

Hierzu erklärt § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG ausdrücklich, dass die Abschläge „in angemessenem Umfang“ zu leisten sind. Was angemessen ist, wird man je nach Einzelfall und Fallgruppe unterschiedlich bewerten müssen:

Sofern eine zählergenaue Erfassung und Abrechnung durch den Netzbetreiber erfolgt, wie dies in der Branche als durchaus üblich anzusehen ist, kann eine Auszahlung entsprechend dem konkreten Zählerstand des letzten Monats erfolgen. Angemessen ist insoweit die Vergütung desjenigen, was tatsächlich eingespeist wurde. Hierbei kann – sofern der Netzbetreiber laut einem geschlossenen Vertrag oder üblicherweise ohnehin eine Endabrechnung vornimmt - kein Raum für irgendwelche Abzüge sein. Das bedeutet allerdings im Ergebnis, dass die Abschlagszahlungen beispielsweise im Januar eines Jahres höher sind, weil zu diesem Zeitpunkt noch die höheren Vergütungsschwellen abgegriffen werden können. Sobald die erste Leistungsschwelle von 150 kW beispielsweise nach § 27 Abs. 1 EEG überschritten ist, würde sich die Höhe der Abschlagszahlung damit automatisch anpassen.

Sofern ein Netzbetreiber generell pauschale Abschlagszahlungen pro Monat auszahlt und am Jahresende eine Endabrechnung vornimmt (und dies ggf. in einem Einspeisevertrag so vereinbart ist) gestaltet sich die Beurteilung der Angemessenheit der Abschlagszahlung schwieriger. Auch hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Handelt es sich um eine bestehende Anlage, die bereits in den Vorjahren entsprechende Einspeiseerlöse erzielt hat, kann der monatliche Durchschnittsbetrag der vergangenen Jahre als angemessen angesehen werden. Dies muss zumindest dann gelten, wenn sich an den zu erwartenden Vergütungssätzen nichts ändert (z. B. Beibehaltung der Geltendmachung eines NawaRo- und Güllebonus). Eine angemessene Anpassung kann hier nur dann erfolgen, wenn im Anlagenbetrieb vergütungsrelevante Änderungen vorgenommen werden.

Handelt es sich hingegen um eine neue Anlage, zu der noch keine Erfahrungswerte bestehen, wird es Sache des Anlagenbetreibers sein, die zu erwartende Vergütung schlüssig darzulegen (z. B. mittels eines Gutachtens eines Umweltgutachters, in dem Prognosen des Betreibers auf Grundlage der geplanten Einsatzstoffe und der Anlagenfahrweise plausibilisiert werden.). Sofern diese Vorgabe des Anlagenbetreibers plausibel erscheint, kann der Netzbetreiber den Gegenbeweis erbringen (Beispiel: Der Anlagenbetreiber prognostiziert für seine Biogasanlage 8.720 Volllaststunden, der Netzbetreiber weist nach, dass in seinem Netzbereich alle Biogasanlagen durchschnittlich nur 7.900 Volllaststunden erreichen). Da es sich hier generell um rein geschätzte Zahlen handelt, wird ein Sicherheitsabschlag von 3-5 % als durchaus angemessen hingenommen werden müssen.

Sofern bei neuen Anlagen unklar ist, welche Vergütungshöhe sie in Hinblick auf die Regelung des § 27 Abs. 2 EEG erhalten, ist grundsätzlich von einer plausiblen Darlegung des Anlagenbetreibers auszugehen, die Anforderungen dürfen hier nicht unverhältnismäßig hoch gestellt werden. Es muss etwa ausreichen, dass der Anlagenbetreiber schlüssig darlegt, welche Einsatzstoffe er für das nächste Kalenderjahr eingelagert, welche Substratlieferverträge er geschlossen hat und welche Strommenge er mit der Anlage erzeugen wird. Sobald freiwillig ein Umweltgutachten mit einer Prüfbestätigung dieser Annahmen erstellt und vorgelegt wird, steht die Angemessenheit der zu veranschlagenden Höhe nicht mehr in Frage.

**Frage 1c: Zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen müssen die Abschläge erstmalig gezahlt werden?**

Hier kann im Wesentlichen auf die Beantwortung der Frage 1a verwiesen werden: Zunächst müssen die Voraussetzungen für die Abschläge erfüllt sein, zudem muss der Abschlag fällig sein. Das setzt voraus, dass – wie oben beschrieben – Strom aus Erneuerbaren Energien im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG eingespeist wurde, ggf. der notwendige Umweltgutachternachweis vorgelegt wird und als letzter Punkt über eine entsprechende Geltendmachung bzw. Rechnung des Anlagenbetreibers der konkret zu zahlende Betrag fällig gestellt wird. Dies ist – auch insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden – nach Abschluss jedes Kalendermonates für den vorausgegangenen Kalendermonat mit den üblichen Zahlungsfristen möglich, bzgl. der Angemessenheit der Zahlungsfristen dürften sich gegenüber dem üblichen Geschäftsverkehr keinerlei Besonderheiten ergeben.

**Frage 2:**

**Können Anlagenbetreiber und Netzbetreiber unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 vertragliche Abweichungen von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 treffen?**

Der Wortlaut des § 4 Abs. 2 ist insoweit eindeutig, der dortige Satz 2 erklärt ausdrücklich, von welchen Regelungen unter welchen Voraussetzungen abgewichen werden darf. Auch § 16 EEG ist hier vollumfänglich enthalten, allerdings ist eine Abweichung nur im Falle einer der in § 4 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1-4 vorliegenden Fallgestaltungen möglich. Sonstige abweichende vertragliche Vereinbarungen sind – da sie wohl im Regelfall zu Lasten des Anlagenbetreibers oder des Netzbetreibers erfolgen – nach § 4 Abs. 3 Satz 1 EEG 2012 unwirksam.

### **Empfehlung zur praktischen Abwicklung:**

Der Anlagenbetreiber muss dem Netzbetreiber zur erstmaligen und jährlichen Geltendmachung seinen Vergütungsanspruch in vollständiger und nachvollziehbarer Form darlegen. Bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Netzbetreiber kann nicht automatisch von landwirtschaftlichem Fachwissen ausgegangen werden, um z.B. die Einhaltung des Mindestgülleanteils anhand der vorgelegten landwirtschaftlich geprägten Nachweise nachzuvollziehen, oder um die vom Betreiber prognostizierte Energieerträge auf Grund von Substratlieferverträgen zu plausibilisieren.

Es ist somit ratsam, hierzu auch in nicht durch § 27 f. vorgeschriebenen Fällen das Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters als Nachweis beizufügen, um Auseinandersetzungen über den jährlichen Vergütungsanspruch bzw. über die angemessene Höhe der Abschlagszahlungen von vornherein zu vermeiden. Auf diese Intention des Gesetzgebers deutet zudem die derzeit diskutierte Gesetzesänderung in § 27 (6), 27 a und 27 b hin.

Auf diese Weise kann der Anlagenbetreiber vor Ort individuell seine Verfahren zur Ermittlung der Einsatzstoffmengen sowie des evtl. notwendigen Wärmekonzeptes durch einen vom Netzbetreiber anerkannten unabhängigen Experten prüfen lassen. Er kann so frühzeitig auf etwaige Mängel reagieren. Die Nachweisführung für die zum jeweils 28.02. vorzulegenden Gutachten kann bereits vorab geprüft und ggf. verbessert werden. Zudem kann bei dieser Gelegenheit die technische Eignung der Biogasanlage nach § 6 durch den Umweltgutachter bestätigt werden, um einer Verringerung des Vergütungsanspruches auf 0 (§ 17 Satz 1) von Anfang an entgegen zu wirken.

Die Prüfung durch den Umweltgutachter sichert ebenfalls den jeweiligen Netzbetreiber ab und erleichtert dessen Arbeitsablauf. Der Netzbetreiber erspart sich das Nachvollziehen der technischen Voraussetzungen sowie die Plausibilisierung der erzielbaren Energieerträge zur Bestimmung der Höhe der Abschlagszahlungen. Die jährliche Nachweisführung durch den Betreiber kann vom Umweltgutachter geprüft und transparent dargestellt werden.

Bei der Vergütungsstruktur des EEG 2012 handelt es sich nicht um zu beantragende „Boni“, die eventuell entfallen können (analog NawaRo-Bonus EEG 2009), sondern ein mangelhaft erbrachter Nachweis zum 28.02. kann die Wirtschaftlichkeit der Anlage vollständig gefährden (z.B. mind. 80 % Gülleanteil, § 27 b). Falls eine wirtschaftliche Mehrbelastung durch die Erstellung eines optional zu beauftragenden Gutachtens entsteht, wird diese durch den Zugewinn an Sicherheit und die einfachere und damit schnellere Abwicklung übertroffen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Helmut Loibl  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Thorsten Grantner  
Umweltgutachter  
2. Vorsitzender ERT e.V.