

# Stellungnahme

des Fachverbandes Biogas e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu dem Empfehlungsverfahren Abschlagszahlungen (Aktenzeichen 2012/6). Die Fragestellungen des Empfehlungsverfahrens lauten:

- 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?**

## A. 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?

## B. Stellungnahme

### I. Entscheidungsvorschlag des Fachverbandes Biogas e.V.

Die Fragestellungen werden hinsichtlich der Stromerzeugung aus Biogas wie folgt beantwortet:

1. Die monatlichen Abschläge sind fällig, sobald der Vergütungsanspruch bestimmt bzw. bestimmbar ist. Die Bestimmbarkeit ist gegeben, wenn dem Netzbetreiber die eingespeiste Strommenge sowie die Grundlagen für die Berechnung der Vergütung bekannt sind. Soweit dem Netzbetreiber die eingespeiste Strommenge nicht vorliegt, ist diese durch Schätzung zu ermitteln. Hinsichtlich der zur Berechnung des Vergütungssatzes notwendigen Vorgaben genügt eine Prognose des Anlagenbetreibers.

2. Hinsichtlich des Zeitpunkts und der Voraussetzungen, unter denen monatliche Abschläge erstmalig zu zahlen sind ergeben sich keine Abweichungen zu den oben dargestellten Grundsätzen. Zum Eintritt der Fälligkeit bedarf es keiner besonderen Nachweise.
3. Von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 können Anlagen- und Netzbetreiber keine abweichenden vertraglichen Vereinbarungen treffen.

## **II. Herleitung**

### **1. Vorbemerkung**

Das Gesetz bestimmt zwar, dass angemessene Abschläge zu zahlen sind. Es lässt allerdings deren Bestimmung offen. Dieser Aspekt entscheidet aber maßgeblich über die Liquidität der Anlagenbetreiber und letztlich auch darüber, ob Strom aus Biogas wirtschaftlich erzeugt werden kann.

Die hohe Bedeutung dieser Auslegungsfrage lässt sich auch an der Anzahl der Betroffenen ableiten: Die Beantwortung dieser Frage betrifft nicht nur wenige Biogasanlagenbetreiber, sondern hat Auswirkung auf alle derzeit gut 7.000 Biogasanlagen. Denn mit dem Inkrafttreten des EEG 2012 am 01.01.2012 ist geregelt, dass die Netzbetreiber

- sowohl für Strom aus Anlagen, die nach dem 31.12.2011 in Betrieb genommen worden sind, § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012,
- als auch für Strom aus Anlagen, die vor dem 01.01.2012 Abschläge in Betrieb genommen worden sind (gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 EEG 2012 ist § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 ergänzend zu § 16 Abs. 1 EEG 2009 anzuwenden),

monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu zahlen haben. Die nachfolgenden Ausführungen gelten somit für Neu- als auch für Bestandsanlagen.

## 2. Abschläge im angemessenen Umfang i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012

### (a) Wann und unter welchen Voraussetzungen sind die Abschläge fällig?

Mit Eintritt der Fälligkeit ist der Netzbetreiber zur Auszahlung der monatlichen Abschläge verpflichtet. Fälligkeit tritt ein, sobald der Anlagenbetreiber vom Netzbetreiber die Zahlung verlangen kann.<sup>1</sup> Voraussetzung dafür ist, dass

- im jeweiligen Abrechnungszeitraum (dazu unter aa)
- die Leistung (eingespeiste Strommengen, dazu unter bb) und die Gegenleistung (der jeweilige Vergütungsanspruch im Hinblick auf die eingespeiste Strommenge, dazu unter 2b) der Höhe nach bestimmt bzw. bestimmbar sind und
- ggf. erforderliche Nachweise vorliegen (dazu unter cc).

**aa. Abrechnungszeitraum.** Nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 sind monatliche Abschläge zu zahlen. Mangels expliziter Angaben zum Abrechnungszeitraum ist unklar, ob monatlich als kalendermonatlich zum Ende des Monats oder zu einem anderen Zeitpunkt im Monat (z. B. Mitte des Monats, etc.), auszulegen ist:

Monatlich bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch „jeden Monat wiederkehrend“.<sup>2</sup> Dies lässt in Bezug auf den Abrechnungszeitpunkt keine eindeutigen Rückschlüsse zu.

Im Rahmen der systematischen Auslegung kann auf die Regelungen der Direktvermarktung von Strom im Marktprämienmodell Bezug genommen werden. In § 33g Abs. 1 Satz 2 2. HS und § 33g Abs. 2 EEG 2012 finden sich detailliertere Ausführungen in Bezug auf Abschlagszahlungen beim Marktprämienmodell: Nach § 33g Abs. 2 Satz 3 EEG 2012 sind auf die zu erwartenden Zahlungen monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten. Der Abrechnungs-

<sup>1</sup> Vgl. Heinrichs, in: Palandt (Hrsg.), 68. Auflage 2009, § 271 Rn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. dazu das digitale Lexikon der Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften unter: <http://www.dwds.de/?qu=monatlich&view=1> (29.03.2012).

zeitraum wird ausdrücklich genannt: nach § 33g Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 wird die Höhe der Marktprämie „kalendermonatlich“ berechnet. Die Berechnung erfolgt rückwirkend anhand der für den jeweiligen Kalendermonat tatsächlich festgestellten oder berechneten Werte (§ 33g Abs. 2 Satz 2 EEG 2012).

Des Weiteren ist der Anlagenbetreiber bei der Direktvermarktung von Strom im Marktprämienmodell verpflichtet, dem Netzbetreiber die eingespeiste und von einem Dritten abgenommene Strommenge „für jeden Monat bis zum zehnten Werktag des Folgemonats“ zu übermitteln (§ 33g Abs. 1 Satz 2 2. HS EEG 2012). In diesem Zusammenhang ist der Monat als Kalendermonat auszulegen, denn ansonsten würde die Verpflichtung zur Meldung der Strommengen bis zum zehnten Werktag des Folgemonats keinen Sinn machen. Stichtag für die zu übermittelnden Strommengen ist damit das Ende des Kalendermonats.

**Zusammenfassend** ergibt sich damit: Sachgerechte Gründe sprechen dafür, dass der Abrechnungszeitraum im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 der Kalendermonat ist.

**bb. Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Leistung.** Die eingespeisten Strommengen werden durch Messung jeweils am Ende des Kalendermonats, also am letzten Tag des Monats (§ 192 BGB) bestimmt. Diesbezüglich ist danach zu unterscheiden, ob der Netzbetreiber selbst die eingespeisten Strommengen des Kalendermonats ausliest oder ob der Anlagenbetreiber oder ein autorisierter Dritter die Messung vornimmt und die Ergebnisse an den Netzbetreiber übermittelt.

Mit der **Auslesung der Strommengen durch den Netzbetreiber** am Ende des Kalendermonats (i. S. d. § 192 BGB) wird die Leistung fällig. Da ein Zeitpunkt für die Gegenleistung im EEG nicht bestimmt ist, das EEG aber ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber darstellt, wird die Gegenleistung gemäß § 271 Abs. 1 BGB im Zweifel sofort fällig.

Erfolgt die **Messung durch den Anlagenbetreiber selbst oder einen Dienstleister**, so sind die eingespeisten Strommengen grundsätzlich monatlich zu übermitteln. Unter Heranziehung der Grundsätze von § 33g Abs. 1 Satz 2 2. HS

und § 33g Abs. 2 EEG 2012 hat die Messung am Ende des Kalendermonats erfolgen. Das Messergebnis über die eingespeisten Strommengen muss dem Netzbetreiber bis spätestens zum zehnten Werktag des Folgemonats übermittelt werden.

Für den Fall, dass keine Messergebnisse übermittelt werden, sind dennoch monatliche Abschläge zu zahlen. § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 enthält keine Mitwirkungspflicht des Anlagenbetreibers – auch dann nicht, wenn der Netzbetreiber keine Möglichkeit hat, die eingespeiste Strommenge zu ermitteln. Vielmehr sind nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 Abschläge auf „die zu erwartenden Zahlungen“ zu leisten. Diesbezüglich wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass angemessene Abschläge „aufgrund der geschätzten oder vorläufig berechneten Einspeisung basieren“ können.<sup>3</sup> Diese Schätzung ist nach Ablauf des zehnten Werktags des Folgemonats vorzunehmen, denn unter Heranziehung der Grundsätze von § 33g Abs. 1 Satz 2 2. HS EEG 2012 sollen dem Netzbetreiber die Strommengen für jeden Kalendermonat bis zum zehnten Werktag des jeweiligen Folgemonats übermittelt werden. Nach Ablauf dieser Frist hat der Netzbetreiber die Strommenge zu schätzen. Multipliziert mit dem jeweiligen vom Anlagenbetreiber prognostizierten Vergütungssatz pro Kilowattstunde, ergibt sich die zu leistende Abschlagszahlung.

Nach der Auslesung durch den Netzbetreiber bzw. mit der Übermittlung der Strommengen durch den Anlagenbetreiber oder einen autorisierten Dritten muss keine explizite Zahlungsaufforderung erfolgen, um die Fälligkeit zu begründen. § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 ist nicht so ausgestaltet, dass der Anlagenbetreiber die Zahlung begehren „kann“ oder „muss“. § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 ist in Zusammenhang mit § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 vielmehr als Verpflichtung der Netzbetreiber zu verstehen. Die Netzbetreiber sind verpflichtet („müssen“), den eingespeisten Strom aus Erneuerbaren Energien zu vergüten und monatliche Abschläge zu zahlen. Dass es dazu einer ausdrücklichen Zahlungsaufforderung (z. B. in Form einer Rechnung) bedarf, ist dem EEG nicht zu entnehmen und nicht praxisgerecht. Jede Rechnung müsste seitens der Netzbetreiber einer um-

---

<sup>3</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 65.

fassenden Prüfung unterzogen werden. Ein solcher Aufwand ist dem Charakter der Abschläge als nur vorläufige Abrechnung nicht vereinbar.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich damit festhalten:

- Die Abschläge sind fällig, sobald die eingespeiste Strommenge vom Netzbetreiber am Monatsende (i. S. d. § 192 BGB) ausgelesen ist oder die vom Anlagenbetreiber oder einem Dritten am Monatsende ermittelte Strommenge an den Netzbetreiber übermittelt ist.
- Auch wenn eine Übermittlung der konkreten Strommengen unterbleibt und der Netzbetreiber diese nicht auslesen kann, ist er dennoch monatlich zur Zahlung von Abschlägen unter Abschätzung der eingespeisten Strommengen verpflichtet.

**cc. Erforderliche Nachweise.** Fraglich ist, ob die in den jeweiligen EEG-Fassungen geregelten Nachweispflichten einer Fälligkeit der Abschläge entgegen stehen können.

Nach § 27 Abs. 6 **EEG 2012** sind die Vergütungsvoraussetzungen nach § 27 Abs. 4 und Abs. 5 EEG 2012 nachzuweisen. Die Nachweise sind zur Jahresendabrechnung vorzulegen, da in § 27 Abs. 6 EEG 2012 explizit ausgeführt wird, dass die Nachweise jährlich bis zum 28.02. des Folgejahres beizubringen sind.<sup>4</sup> Daraus ist der Umkehrschluss zu ziehen, dass monatliche Nachweise mit § 27 Abs. 6 EEG 2012 nicht vereinbar sind. Eine Verpflichtung monatlich Nachweise

---

<sup>4</sup> Vgl. auch die geplante Änderung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP über einen „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien“ (BT-Drs. 17/7788, S. 1ff.):

9. § 27 Absatz 6 wird wie folgt geändert:

a) Der Satzteil vor Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„Bei Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 sind ab dem ersten Kalenderjahr, das auf die erstmalige Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 oder die erstmalige Direktvermarktung nach § 33b Nummer 1 oder 2 folgt, jährlich bis zum 28. Februar eines Jahres jeweils für das vorangegangene Kalenderjahr nachzuweisen“.

Auch nach Nr. 9 lit. a bleibt es bei einer Nachweispflicht zum 28.02. des Folgejahres. Damit sind im Umkehrschluss monatliche Nachweise ausgeschlossen.

beibringen zu müssen, widerspräche zudem dem vorläufigen Charakter von Abschlagszahlungen.

Gleiches gilt für die Nachweise im Rahmen des **EEG 2009 bzw. EEG 2004**. Eine unterjährige Nachweispflicht widerspricht dem Wesen der Abschläge als vorläufige Zahlungen.

Eine Verpflichtung des Anlagenbetreibers, unterjährig Nachweise beizubringen, kann auch nicht aus den Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten des **§ 46 EEG 2012** abgeleitet werden, da der Vergütungsanspruch ausdrücklich allein nach Maßgabe der §§ 16-33 EEG 2012 bzw. EEG 2009 bzw. §§ 6-12 EEG 2004 bzw. §§ 4-8 EEG 2000 zu bestimmen ist.<sup>5</sup>

**Zusammenfassend** ist damit festzustellen, dass den Anlagenbetreiber keine Verpflichtung trifft, unterjährig Nachweise zu erbringen, damit in Bezug auf die monatlichen Abschläge deren Fälligkeit eintritt. Dies ergibt sich aus § 27 Abs. 6 EEG 2012, wonach der Anlagenbetreiber nur zum 28.02. des Folgejahres zur Beibringung der Nachweise verpflichtet ist sowie aus dem vorläufigen Charakter der Abschlagszahlungen.

#### **(b) In welcher Höhe müssen die Abschläge monatlich gezahlt werden?**

Im Folgenden ist mangels expliziter Angaben durch Auslegung zu ermitteln, wie sich die Höhe der Abschläge in Bezug auf den Vergütungsanspruch im EEG 2012 und EEG 2009, EEG 2004 und EEG 2000 berechnet.

Die Höhe der Abschläge ergibt sich aus dem Produkt der eingespeisten Strommenge (vgl. oben) und dem jeweiligen Vergütungssatz pro Kilowattstunde (dazu unter bb). Im Hinblick auf den Vergütungssatz pro Kilowattstunde stellt sich zunächst die generelle Frage, ob neben der Mindestvergütung auch die einsatzstoffbezogene Erhöhung gemäß § 27 Abs. 2 EEG 2012 und der Gasaufbereitungsbonus nach dem EEG 2012 sowie die Boni des EEG 2009 bzw. EEG 2004 umfasst sind (dazu unter aa).

---

<sup>5</sup> Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 09.12.2011 – E 2011/12, Rn. 86 mit ausführlicher Begründung und weiteren Nachweisen.



**aa. Grund- und Zusatzvergütungen.** Nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 sind auf die zu erwartenden Zahlungen Abschläge in angemessenem Umfang zu zahlen. Diesbezüglich ist durch Auslegung zu ermitteln, ob neben der Grundvergütung auch Zusatzvergütungen monatlich abschlägig ausbezahlt sind:

Nach dem **Wortlaut** des § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 sind „auf die zu erwartenden Zahlungen“ Abschläge in angemessener Höhe zu zahlen. Zu den zu erwartenden Zahlungen zählen neben der (Grund-) Vergütung auch die Erhöhung derselben infolge des Einsatzes verschiedener besonders vergüteter Einsatzstoffe (Einsatzstoffvergütungsklasse I und II, NawaRo-, Gülle- und Landschaftspflege-Bonus) und weiterer Boni im EEG 2012, EEG 2009 oder EEG 2004.

Zudem wird in § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 allgemein auf die „Zahlungen“ abgestellt. Der Gesetzgeber hat hier einen neutralen Begriff gewählt. Es wurde nicht explizit auf die Grundvergütung o.ä. abgestellt. Der Begriff der Zahlung ist daher in einem umfassenden Sinne zu verstehen, sodass neben der Grundvergütung auch die oben genannten Zusatzvergütungen und Boni erfasst sind.

Der **Sinn und Zweck** von monatlichen Abschlägen liegt darin die laufenden anfallenden Kosten zu kompensieren, sodass ein wirtschaftlicher Betrieb der Anlage möglich ist. Die Erzeugung von Strom aus Biogas ist einsatzstoff- und damit kostenintensiv. Mit der Grundvergütung allein ist eine wirtschaftliche Stromerzeugung aus Biogas nicht möglich.

Nach der **Gesetzesbegründung**<sup>6</sup> wird durch § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 die bestehende Praxis klargestellt, wonach „auf die Vergütungs- und Bonizahlungen angemessene Abschläge zu zahlen sind.“ Der Gesetzgeber bezieht ausdrücklich auf die Vergütungs- und Bonizahlungen. Des Weiteren wird ausgeführt, dass die Abschläge nur vorläufiger Natur sein können, da die jeweils konkrete Vergütungs- und Bonushöhe auch von erst am Jahresende feststehenden Faktoren abhängt. Diese im Verlauf des Kalenderjahres noch nicht feststehenden Faktoren stehen jedoch den monatlichen Abschlagszahlungen für die Grundvergütung und die Zusatzvergütungen nicht entgegen. Zudem ist mit Blick auf die in der Geset-

---

<sup>6</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 65.

zesbegründung angesprochene bestehende Praxis anzumerken, dass in der Praxis neben der Grundvergütung auch die Boni als Abschläge ausgezahlt werden.

**Zwischenfazit:** Die Angemessenheit im Hinblick auf die Höhe der Abschläge umfasst damit neben der Grundvergütung (EEG 2012, EEG 2009, EEG 2004 bzw. EEG 2000) auch deren Erhöhungen nach dem EEG 2012, EEG 2009 bzw. EEG 2004.

**bb. Ermittlung des Vergütungssatzes.** Des Weiteren ist im Rahmen der Bestimmung der Höhe der Abschläge fraglich, auf welcher Grundlage der Vergütungssatz pro Kilowattstunde ermittelt wird.

Die Ermittlung des konkreten Vergütungssatzes pro Kilowattstunde in Bezug auf die jeweilige Anlage erfolgt auf der Grundlage einer Prognose des Anlagenbetreibers, die dem Netzbetreiber mitzuteilen ist. Diese Mitteilungspflicht ergibt sich aufgrund des allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes, wonach derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die anspruchsbegründenden Voraussetzungen darlegen muss.<sup>7</sup>

Änderungen im Betrieb der Biogasanlage, die etwa zu einem Verlust eines Bonus oder zu einer wesentlich anderen Vergütungshöhe führen (z. B. mittelfristig werden mehr Einsatzstoffe der Anlage 2 der BiomasseV eingesetzt), sind dem Netzbetreiber mitzuteilen. Die Prognose ist entsprechend anzupassen. Die Mitteilung kann und sollte sich infolge des abrechnungstechnisch bedingten Mehraufwands aufseiten der Netzbetreiber jedoch auf wesentliche und/oder dauerhaft prognostizierte Abweichungen beschränken, zumal es sich bei den monatlichen Abschlägen nur um eine vorläufige Abrechnung handelt. Mehr- oder Minderungen werden in der Jahresendabrechnung berücksichtigt.

---

<sup>7</sup> Die Pflicht zur Mitteilung ergibt sich dabei nicht aus § 46 Nr. 2 EEG 2012 bzw. § 46 Nr. 2 EEG 2009, da es sich bei dieser Norm um eine rein deklaratorische Verpflichtung handelt (BT-Drs. 16/8148, S. 68). Des Weiteren lässt eine Verletzung der Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten in § 46 Nr. 2 EEG 2012 bzw. § 46 Nr. 2 EEG 2009 den Vergütungsanspruch nicht entfallen. Denn einerseits richtet sich der Vergütungsanspruch gemäß § 16 Abs. 1 EEG 2012 bzw. EEG 2009 allein nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 EEG 2012 bzw. EEG 2009 und andererseits stellen diese Pflichten die Hauptpflichten eines eigenständigen Schuldverhältnisses dar (vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 09.12.2011 – E 2011/12, Rn. 86 mit ausführlicher Begründung und weiteren Nachweisen.).

**Zusammenfassend** kann damit festgehalten werden: Abschläge sind auf die zu erwartende Grundvergütung und die zu erwartenden Zusatzvergütungen zu zahlen. Die Höhe der individuell zu zahlenden Abschläge basiert auf einer Prognose des Anlagenbetreibers, welche dem Netzbetreiber mitzuteilen ist. Änderungen hinsichtlich der Vergütung sind zur Minimierung des Abrechnungsaufwands aufseiten der Netzbetreiber nur dann unterjährig mitzuteilen, wenn es sich um wesentliche und/oder dauerhafte Änderungen handelt.

**(c) Zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen müssen die Abschläge erstmalig gezahlt werden?**

§ 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 enthält keine Sonderregelungen für die erstmalige Zahlung von Abschlägen, sodass grundsätzlich das oben Dargestellte gilt. Eine Abweichung könnte einzig in Bezug auf die beizubringenden Nachweise gegeben sein. Denn nach § 27 Abs. 6 EEG 2012 sind bestimmte Vergütungsvoraussetzungen nicht nur zum 28.02 des Folgejahres, sondern auch bei „erstmaliger Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16“ nachzuweisen. Im Rahmen des § 27 Abs. 6 EEG 2012 ist fraglich, zu welchem Zeitpunkt der Vergütungsanspruch nach § 16 erstmalig in Anspruch genommen wird (dazu unter aa). Es stellt sich zudem die Frage, ob auch nach dem EEG 2009 bzw. EEG 2004 entsprechende Nachweispflichten im Hinblick auf die erstmalige Inanspruchnahme der EEG-Vergütung bestehen (dazu unter bb).

**aa. Nachweispflichten nach dem EEG 2012 bei erstmaliger Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 EEG 2012.** Eine erstmalige Inanspruchnahme setzt die ausdrückliche Geltendmachung eines Anspruchs seitens des Anlagenbetreibers voraus. Der Anlagenbetreiber macht erstmalig bei der ersten Jahresendabrechnung den Vergütungsanspruch nach § 16 EEG 2012 durch Einreichung der entsprechenden Unterlagen beim Netzbetreiber geltend. Im Rahmen der Abschlagszahlungen nach § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 beansprucht der Anlagenbetreiber den Vergütungsanspruch nach § 16 nicht. Er macht explizit keinen Anspruch geltend. Es bedarf im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 3

EEG 2012 auch keiner Zahlungsaufforderung des Anlagenbetreibers. Es handelt sich vielmehr um eine Verpflichtung des Netzbetreibers. Die Nachweise nach § 27 Abs. 6 EEG 2012 sind damit erst bei der erstmaligen Jahresendabrechnung beizubringen.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, für den Fall, dass § 27 Abs. 6 EEG 2012 entsprechend dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP über einen „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien“<sup>8</sup> geändert wird:

*9. § 27 Absatz 6 wird wie folgt geändert: [...]*

*c) Folgender Satz wird angefügt:*

*„Bei der erstmaligen Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 ist ferner die Eignung der Anlage zur Erfüllung der Voraussetzungen im Sinne von Satz 1 Nummer 2, 3 und 5 durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien nachzuweisen; die Eignung zur Erfüllung der Voraussetzungen im Sinne von Satz 1 Nummer 2 und 5 kann abweichend von Halbsatz 1 auch durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Wärmeversorgung nachgewiesen werden.“<sup>9</sup>*

Nach Nr. 9 lit. c wird folglich ebenfalls auf die „erstmalige Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16“ (vgl. oben) Bezug genommen.

*Für den Fall, dass das oben genannte Gutachten bereits zur ersten Auszahlung des Abschlags vorlegen müsste, wird hilfsweise wie folgt ausgeführt: Wird ein solches Gutachten nicht vorgelegt, so hat dies keine Auswirkung auf die Fälligkeit der Abschlagszahlungen. Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit ist, die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Gegenleistung. Eine bestimmte Eignung der Anlage nachzuweisen, ist nicht erforderlich, für die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Gegenleistung. Eine bestimmte Eignung der Anlage nachzuweisen, dient insbesondere nicht dem Nachweis von Vergütungsvoraussetzungen.*

*Des Weiteren könnten Anlagen- und Netzbetreiber durch Vertrag (§ 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012) auf die Vorlage der grundsätzlich vom Anlagenbetreiber zu erbringenden Nachweise in Bezug*

<sup>8</sup> BT-Drs. 17/7788, S. 1ff.

<sup>9</sup> BT-Drs. 17/7788, S. 7.

auf die „erstmalige Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16“<sup>10</sup> verzichten. Ein Nachweis über die Eignung der Anlage bringt dem Netzbetreiber keinen Mehrwert. Der Netzbetreiber kann auf der Grundlage dieses Gutachtens nicht einschätzen, ob der Anlagenbetreiber die Vergütungsvoraussetzungen für das Kalenderjahr einhalten wird. Mangels Nachweischarakter in Bezug auf Vergütungsvoraussetzungen wirkt eine vertragliche Vereinbarung, das Gutachten nicht vorlegen zu müssen, nicht zulasten des Netzbetreibers.

Eine solche vertragliche Vereinbarung stellt auch keine Abweichung zulasten des Anlagenbetreibers dar. Der Anlagenbetreiber würde nur von der Verpflichtung, das Gutachten zu übersenden, befreit. Die vertragliche Vereinbarung kann leider nicht soweit gehen, dass der Anlagenbetreiber auch von Verpflichtung befreit wird, dieses Gutachten zu erstellen – obwohl es sich bei diesem Gutachten um eine völlig sinnfreie Begutachtung der Anlage ohne konkreten Mehrwert in Bezug auf die Einhaltung der Vergütungsvoraussetzungen handelt.

**bb. Nachweispflichten nach dem EEG 2009 bzw. EEG 2004 bei erstmaliger Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 EEG 2009 bzw. § 5 EEG 2004.** Auch das EEG 2009 und das EEG 2004 enthalten verschiedene Nachweispflichten des Betreibers. Es wird allerdings nur in Nr. II.2 Anlage 3 zum EEG 2009 vorausgesetzt, dass der Nachweis darüber, dass die Wärmenutzung fossile Energieträger entsprechend ersetzt und durch die Wärmebereitstellung näher bestimmte Kosten entstanden sind, zu erbringen ist, „wenn der KWK-Bonus geltend gemacht wird.“ Damit stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt der KWK-Bonus (erstmalig) geltend gemacht wird und infolgedessen das Gutachten beigebracht werden muss.

Der KWK-Bonus im EEG 2009 wird nicht mit der Auszahlung der erstmaligen Abschlagszahlung geltend gemacht, sodass zu diesem Zeitpunkt auch kein ent-

<sup>10</sup> Vgl. dazu den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP über einen „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien“ (BT-Drs. 17/7788, S. 1ff.):

9. § 27 Absatz 6 wird wie folgt geändert: [...]

c) Folgender Satz wird angefügt:

„Bei der erstmaligen Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs nach § 16 ist ferner die Eignung der Anlage zur Erfüllung der Voraussetzungen im Sinne von Satz 1 Nummer 2, 3 und 5 durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien nachzuweisen; die Eignung zur Erfüllung der Voraussetzungen im Sinne von Satz 1 Nummer 2 und 5 kann abweichend von Halbsatz 1 auch durch ein Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters mit einer Zulassung für den Bereich Wärmeversorgung nachgewiesen werden.“

sprechendes Gutachten vorgelegt werden muss. Abrechnungszeitraum im EEG 2009 ist das Kalenderjahr. Der Nachweis nach Nr. II.2 Anlage 3 zum EEG 2009 ist einmalig im Rahmen der ersten Jahresendabrechnung zum 28.02. des Folgejahres vorzulegen.<sup>11</sup>

Des Weiteren bedarf es zur Auszahlung der Abschläge keiner Aufforderung seitens der Anlagenbetreiber, da es sich bei § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 allein um eine Verpflichtung des Netzbetreibers handelt. Abschlagszahlungen werden damit vom Anlagenbetreiber nicht geltend gemacht.

**Zusammenfassend** ergibt sich damit Folgendes: Es ergeben sich bei der erstmaligen Auszahlung der Abschläge keine Unterschiede hinsichtlich des Zeitpunkts oder der Voraussetzungen. Nachweise, die bei der erstmaligen Inanspruchnahme beizubringen sind, sind erstmals im Rahmen der ersten Jahresendabrechnung beizubringen. Zu diesem Zeitpunkt und nicht schon bei der ersten Abschlagszahlung erfolgt die Inanspruchnahme des Vergütungsanspruchs durch den Anlagenbetreiber.

### **3. 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?**

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 darf von den Bestimmungen des EEG nicht zulasten des Anlagenbetreibers oder Netzbetreibers abgewichen werden. Abweichungen von § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 sind - wenn überhaupt – hinsichtlich der Auszahlungsintervalle (dazu unter aa) und mit Blick auf die angemessene Höhe (dazu unter bb) denkbar.

**aa. Kürzere Auszahlungsintervalle.** Kürzere Intervalle für die Abschlagszahlungen, also beispielsweise Abschläge im Rhythmus von 14 Tagen, hätten für den Anlagenbetreiber den Vorteil, dass er zeitnäher zur Stromspeisung die

<sup>11</sup> Vg. H. Loibl, Der KWK-Bonus für Biogasanlagen nach dem EEG, in: Loibl/ Maslaton/ von Bredow/ Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 2. Aufl. 2011, Rn. 58.

Vergütung erhält und sich damit seine Liquidität verbessert. Aufseiten der Netzbetreiber wird eine Auszahlung mehrmals im Monat allerdings mit einem bürokratischen Mehraufwand verbunden sein, was für ihn letztlich nachteilig sein kann. Längere Auszahlungsintervalle dagegen minimieren zwar den Abrechnungsaufwand der Netzbetreiber, können aber die Anlagenbetreiber in Liquiditätsschwierigkeiten bringen. Eine vertragliche Abweichung von der gesetzlichen Vorgabe der monatlichen Abschläge erscheint in der Regel entweder für den Anlagenbetreiber oder den Netzbetreiber nachteilig und verstößt gegen § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012.

**bb. Abschlagshöhe.** § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 besagt, dass die Abschläge in angemessener Höhe zu zahlen sind. Das bedeutet zum einen, dass die Möglichkeit, auf Abschläge per se durch vertragliche Vereinbarung zu verzichten, nicht besteht, da es sich bei § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 um eine gesetzliche Verpflichtung des Netzbetreibers handelt. Zum anderen muss die „Angemessenheit“ gewahrt sein. Dies bestimmt sich, da es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, durch Auslegung. Eine diesen Wert unterschreitende vertraglich vereinbarte Abweichung wirkt zulasten des Anlagenbetreibers, da dadurch dessen Liquidität stark verschlechtert werden könnte.

Damit kann **zusammenfassend** festgehalten werden, dass Abweichungen in Bezug auf kürzere Auszahlungsintervalle bzw. in Bezug auf die Höhe der Abschläge durch vertragliche Vereinbarung zwischen Anlagen- und Netzbetreiber nicht möglich sind, da diese entweder zulasten Anlagen- oder Netzbetreibers wirken und damit nicht mit § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 zu vereinbaren sind.

**Ansprechpartner:**

Rechtsanwältin Dr. Andrea Huber  
Fachverband Biogas e.V.  
30.03.2012