

**Anlage zu Empfehlungsverfahren 2011\_12****Abschlagszahlungen**

**Haben Betreiberinnen bzw. Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas, soweit für diesen ein Vergütungsanspruch gemäß EEG gegen den Netzbetreiber besteht, einen Anspruch auf Auszahlung der Einspeisevergütung nach Ablauf bestimmter (beispielsweise monatlicher oder vierteljährlicher) Zeitintervalle (sog. Abschlagszahlungen)?**

**Gegebenenfalls: Inwieweit ist die vorgenannte Frage für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, die jeweils**

- (a) Bis einschließlich dem 31. Dez. 2003.**
- (b) ab dem 01. Jan. 2004 und vor dem 01. Juli 2004,**
- (c) ab dem 01. Juli 2004 und vor dem 01. August 2004,**
- (d) ab dem 01. Aug. 2004 und vor dem 01. Jan. 2009,**
- (e) ab dem 01. Jan. 2009**

**erstmals in Betrieb genommen worden sind, unterschiedlich zu bewerten?**

**A. Rechtslage gemäß dem bis zum 31.12.2011 geltenden EEG vom 1.01.2009 (nachfolgend: EEG)**

**I. Anspruch gemäß § 39 EEG**

Zu prüfen ist zunächst, ob aus § 39 EEG ein solcher Anspruch folgt.

Nach § 39 EEG sind auf die zu erwartenden Ausgleichsvergütungen monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten.

Bei Auslegung und Anwendung dieser Norm ist jedoch die Gesetzssystematik zu beachten. § 39 steht an abschließender Stelle im Gesetzesabschnitt 1 des Teils 4 des EEG, der den Ausgleichsmechanismus im bundesweiten Ausgleich regelt.

In diesem Zusammenhang ist § 39 EEG zu sehen. Nach § 34 EEG sind die Netzbetreiber verpflichtet, den nach § 16 vergüteten Strom unverzüglich an den Übertragungsnetzbetreiber weiterzuleiten. Nach § 35 EEG ist dieser dann zur Vergütung der von dem Netzbetreiber nach § 16 vergüteten Strommenge entsprechend den §§ 18 bis 33 verpflichtet.

Allein auf dieses Verhältnis findet der § 39 EEG Anwendung, so dass sich der Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber nicht auf diese Norm berufen kann, möchte er wiederkehrende Abschlagszahlungen erhalten.

*Salje* weißt diesbezüglich unter Rn 2 zu § 39 EEG auch darauf hin, dass es sich bei dem Vergütungsanspruch nach § 16 EEG um eine Erstvergütung handelt und gerade nicht um eine Ausgleichsvergütung, wie in § 39 EEG gefordert.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei Berücksichtigung der Vorläufervorschrift § 14 Abs. 5 EEG, die zwischen 2004 und 2009 zur Anwendung kam. Diese sieht ebenfalls nur eine Abschlagszahlung zwischen den Übertragungsnetzbetreibern untereinander und der Übertragungsnetzbetreibern gegen die letztversorgenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen vor (Altrock/Oschmann/Theobald, § 14 Rn 114).

**§ 39 EEG ist im Ergebnis in direkter Anwendung nicht einschlägig.**

## **II. § 39 EEG analog**

Denkbar ist jedoch ein Anspruch des Anlagenbetreibers analog § 39 EEG.

Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

Eine Regelungslücke besteht. Denn zwar sind Abschlagszahlungen in § 59 EEG geregelt (siehe unten III.). Jedoch betrifft der dort genannte Anspruch unmittelbar nur ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz. Es besteht damit eine Regelungslücke für einen außergerichtlichen Anspruch.

**Zwar wäre es denkbar, aus allgemeinen zivilrechtlichen Erwägungen einen Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen herzuleiten.**

Für ein solches Ergebnis spricht der Umstand, dass wiederkehrende Zahlungen wie etwa Miete oder Gehalt nach allgemeiner Übung grundsätzlich monatlich geleistet werden.

Allerdings besteht ein solcher zivilrechtlicher Anspruch jedenfalls nicht explizit. Es kann daher von einer Regelungslücke ausgegangen werden.

Die Regelungslücke ist planwidrig. Der Gesetzgeber hat nicht etwa diesen Punkt bewusst nicht ausdrücklich geregelt. Es ist davon auszugehen, dass eine § 39 EEG vergleichbare Regelung für Anlagenbetreiber vergessen wurde. Jedenfalls will der Gesetzgeber, dass der Anlagenbetreiber Abschlagszahlungen erhält. Sonst hätte er dies nicht in § 59 EEG geregelt. Dann muss aber schon aus Gründen der Prozessökonomie und zur Entlastung der Gerichte vor unnötiger Inanspruchnahme auch eine außergerichtliche Geltendmachung möglich sein.

Die Interessenlage ist vergleichbar. Für die Netzbetreiber ist eine monatliche Zahlungspflicht nicht im geringsten unangemessen, weil sie ihrerseits gemäß § 39 EEG monatlich abrechnen können.

Da der Netzbetreiber einerseits einen monatlichen Anspruch nach § 39 EEG hat und andererseits auch seine übrige Vergütung üblicherweise monatlich abrechnen wird, ist er durch eine monatliche Zahlung an den Anlagenbetreiber nicht benachteiligt.

Ein anderes Ergebnis wäre vor allem bei Betrachtung der Folgen eines größeren Zeitintervalls nicht akzeptabel. Würde der Anlagenbetreiber etwa nur vierteiljährlich Geld bekommen, so dürften viele Projekte an den Rand der Pleite gebracht oder gar nicht erst realisiert werden.

Anlagenbetreiber müssen ihre Anlagen fast immer fremdfinanzieren. Sie müssen die Kredite bedienen. Daneben haben sie laufende Kosten.

**Anlagenbetreiber sind auf monatliche Abschlagszahlungen angewiesen.**

**Größere Zeitintervalle wären katastrophal.** Sie würden die Erreichung der Klimaschutz- und Ausbauziele der Bundesregierung massiv gefährden. Insbesondere kleinere und mittelständische Anlagenbetreiber, die in der Regel nicht mehrere Monate ohne Einnahmen überbrücken können, wären massiv im Nachteil.

Stellt man dieses elementare Interesse der Anlagenbetreiber an einem wirtschaftlichen Anlagenbetrieb der Tatsache gegenüber, dass Netzbetreiber durch die monatliche Zahlungspflicht nicht die geringsten Nachteile erleiden (siehe zuvor), so erübrigt sich im Grunde jede weitere Diskussion.

**Im Ergebnis besteht ein Anspruch analog § 39 EEG auf monatliche Zahlung.**

Dieses Ergebnis wird in der Rechtsliteratur geteilt (Salje, EEG-Kommentar, § 39 Rn. 3). Auch in der Rechtsprechung wird auf diese Literaturstelle Bezug genommen, wenngleich die Frage in dem Gerichtsverfahren offen bleiben konnte (Landgericht Bayreuth, Urteil vom 7.12.2010 – Az.: 32 O 123/10).

### **III. Anspruch gemäß § 59 EEG**

Zusätzlich besteht für den Anlagenbetreiber im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 59 EEG die Möglichkeit für seinen Anspruch auf Vergütung nach § 16 EEG einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagszahlung vom Netzbetreiber zu verlangen bzw. zu beantragen.

Der Zeitintervall der Abschlagszahlung hat sich dabei nach der Abrechnungsspanne der insofern vorgelagerten Abrechnung des Netzbetreibers zu richten, um nicht zu unbilligen Ergebnissen zu kommen. Es besteht quasi eine Pflicht zur Weiterleitung. Anderenfalls würde dem Netzbetreiber quasi gestattet, mit Fremdgeldern zu haushalten, was auch für den Anlagenbetreiber ein Risiko darstellt.

**Im Ergebnis besteht auch ein Anspruch aus § 59 EEG auf monatliche Abschlagszahlungen** (vgl. Salje, § 59 Rn 12).

### **B. Rechtslage gemäß der vorherigen Fassung (nachfolgend: EEG2004)**

Im EEG 2004 findet sich eine dem § 59 EEG entsprechende Vorschrift in § 12 Absatz 5, so das auch insoweit ein Anspruch auf Abschlagszahlung besteht. Der Netzbetreiber hatte seinerseits einen Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen gemäß § 14 Abs. 5 EEG2004. Die unter A. insofern dargestellten Argumente gelten also entsprechend.

**C. Rechtslage gemäß der ab dem 1.01.2012 geltenden Fassung  
(nachfolgend: EEG2012)**

§ 59 EEG bleibt im novellierten EEG bestehen, so dass sich an der Rechtslage insofern nichts ändert.

**D. Ergebnis**

Die dem Empfehlungsverfahren zugrunde liegende Frage ist wie folgt zu beantworten:

**Anlagenbetreiber haben gegen den Netzbetreiber analog § 39 EEG und gemäß § 59 EEG Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen. Dies gilt für das EEG in der geltenden Fassung, in der vorherigen Fassung und in der ab dem 1.01.2012 geltenden Fassung.**