

Stellungnahme

Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgenden Fragen (Verfahren 2011/12):

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)?

Berlin, 31. August 2011

Fragestellung:

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. Dezember 2003,
- (b) ab dem 1. Januar 2004 und vor dem 1. Juli 2004,
- (c) ab dem 1. Juli 2004 und vor dem 1. August 2004,
- (d) ab dem 1. August 2004 und vor dem 1. Januar 2009,
- (e) ab dem 1. Januar 2009

erstmalig in Betrieb genommen worden sind, unterschiedlich zu beantworten?

Stellungnahme:

1. Grundlagen für die Zahlungspflicht an den Anlagenbetreiber

Gemäß § 16 Abs. 1 EEG 2009 müssen Netzbetreiber Anlagenbetreiberinnen und -betreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich Erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, mindestens nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 EEG 2009 vergüten. Diese Regelung gilt aufgrund von § 66 Abs. 1 EEG 2009 auch für Rechtsverhältnisse auf Einspeisung und Vergütung des eingespeisten Stroms, die bereits vor dem 1. Januar 2009, d.h. im zeitlichen Geltungsbereich des EEG 2004 und EEG 2000¹, begründet worden sind. Die Regelung liefert somit auch für diese Anlagen die Anspruchsgrundlage dem Grunde nach. Die konkrete Anspruchshöhe beurteilt sich in diesem Falle aufgrund von § 66 EEG 2009 teilweise nach dem EEG 2009, teilweise nach den Vorgängergesetzen. Dementsprechend ist § 16 Abs. 1 EEG 2009 als Teil der Anspruchsgrundlage auf Vergütung des eingespeisten Stroms – zusammen mit der jeweiligen Bestimmung des EEG 2000, 2004 oder 2009, die die Höhe der Vergütung regelt – auf sämtliche Rechtsverhältnisse anzuwenden, die zwischen EEG-Anlagenbetreibern und dem jeweils abnahme- und vergütungspflichtigen Netzbetreiber auf Abnahme und Vergütung des eingespeisten Stroms existieren.

Allerdings sind vor allem sowohl in § 16 Abs. 2 EEG 2009 als auch in den §§ 23 bis 33 EEG 2009 sowie in den Vorgängerregelungen, z.B. § 8 Abs. 2 Satz 4 EEG 2004, Regelungen enthalten, die teilweise dauerhafte, teilweise vorübergehend ausschließende und teilweise nur aufschiebende Wirkung haben. Außerdem sind zahlreiche Ansprüche an die Erbringung von Nachweisen geknüpft. Dementsprechend kann die Anwendbarkeit dieser Regelungen auf

¹ Einschließlich der nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 aus dem zeitlichen Geltungsbereich des Stromeinspeisungsgesetzes übergeleiteten Anlagen.

Rechtsverhältnisse zwischen Anlagen- und Netzbetreibern sowohl dauerhaft oder vorübergehend anspruchsausschließende als auch sonstige Wirkung entfalten. Dies hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von den Charakteristika der Anlage und den Voraussetzungen der nach Ansicht des Anlagenbetreibers zu zahlenden Vergütungssätze. Auch dieser Umstand muss bei der Beurteilung, ob und inwieweit der Netzbetreiber verpflichtet ist, Abschlagszahlungen zu zahlen, berücksichtigt werden.

2. Zahlungspflicht als Abschlagszahlung

Weder im EEG 2000 noch im EEG 2004 und EEG 2009 ist im Verhältnis des Anlagenbetreibers zum abnahme- und vergütungspflichtigen Netzbetreiber eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung des Netzbetreibers enthalten, Abschlagszahlungen an den Anlagenbetreiber zu leisten².

§ 39 EEG 2009, wonach auf die zu erwartenden Ausgleichsvergütungen monatliche Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten sind, ist aufgrund der Verwendung des Begriffes „Ausgleichsvergütungen“ gemäß dem Gesetzeswortlaut nur auf die Ausgleichszahlungen zwischen den Übertragungsnetzbetreibern einerseits (§ 36 Abs. 1 EEG 2009) und den Übertragungsnetzbetreibern und den Elektrizitätsversorgungsunternehmen andererseits (aufgrund von § 37 Abs. 4 Satz 1 und 2 EEG 2009) anwendbar³.

Da der gesamte Teil 4 Abschnitt 1 des EEG 2009, d.h. die §§ 34 bis 39 EEG 2009 mit „Bundesweiter Ausgleichsmechanismus“ überschrieben sind, worunter das Rechtsverhältnis zwischen dem abnahme- und vergütungspflichtigen Netzbetreiber und dem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber, zwischen den Übertragungsnetzbetreibern untereinander und zwischen dem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber und dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen gefasst ist, sind aus gesetzessystematischen Gründen auch diese Rechtsverhältnisse im Zweifel als „Ausgleich“ und entsprechende Zahlungen unter den Parteien als „Ausgleichsvergütungen“ anzusehen. Dies wird auch durch § 2 Nr. 3 EEG 2009 verdeutlicht, der den „bundesweiten Ausgleich des abgenommenen und vergüteten Stroms“ als Bestandteil des Geltungsbereichs des Gesetzes normiert.

Allerdings ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Anlagenbetreiber und dem abnahme- und vergütungspflichtigen Netzbetreiber nicht Bestandteil des „bundesweiten Ausgleichsmechanismus“, weshalb § 39 EEG 2009 nicht auf dieses Rechtsverhältnis anwendbar ist⁴.

Auch § 21 Abs. 1 EEG 2009 führt nicht zur Annahme, dass Abschlagszahlungen automatisch vom Netzbetreiber an den Anlagenbetreiber zu zahlen sind. Gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2009 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 eingespeist hat oder der Strom erstmals nach § 33 Abs. 2 EEG 2009 verbraucht worden ist. Diese Bestimmung regelt aber nur den potentiellen Vergütungs-

² Lehnert, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 21 Rdn. 34.

³ Lehnert, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 21 Rdn. 34.

⁴ LG Bayreuth, REE 2011, S. 93, 95; Lehnert, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 21 Rdn. 34.

beginn, der nach § 21 Abs. 2 EEG 2009 maßgeblich ist für die Bestimmung der Gesamtförderdauer des EEG 2009. 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 bzw. des erstmaligen Stromverbrauchs nach § 33 Abs. 2 EEG 2009 und da insbesondere angesichts der „Ackerlandflächen“ nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2010 auch bei ausschließlicher Stromproduktion aus Erneuerbaren Energien eine Förderfähigkeit der Anlage nicht bestehen kann, enthält § 21 Abs. 1 EEG 2009 keine Fälligkeitsbestimmung⁵.

§ 59 EEG 2009 regelt zwar, dass das für die Hauptsache zuständige Gericht auf Antrag der Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers bereits vor Errichtung der Anlage unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles durch einstweilige Verfügung regeln kann, dass die Schuldnerin oder der Schuldner der in den §§ 5, 8, 9 und 16 EEG 2009 bezeichneten Ansprüche Auskunft zu erteilen, die Anlage vorläufig anzuschließen, sein Netz unverzüglich zu optimieren, zu verstärken oder auszubauen, den Strom abzunehmen und hierfür einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagszahlung zu leisten hat. Dennoch legt auch diese Regelung keine generelle Verpflichtung der Netzbetreiber zur Abschlagszahlung fest. § 59 EEG 2009 ist nur im Rahmen der durch die Regelung aufgestellten materiellrechtlichen und formalrechtlichen Voraussetzungen anwendbar, insbesondere als zivilprozessuale Eilantragsbefugnis des Anlagenbetreibers, d.h. alleine aus diesem Grunde nicht auf außegerichtliche Vorgänge anwendbar. Die Verpflichtung zur Zahlung von Abschlagszahlungen des Netzbetreibers nach § 59 EEG 2009 ist dabei eine Ausprägung des Grundsatzes aus § 938 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht nach freiem Ermessen bestimmen darf, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

Dementsprechend ergibt sich aus dem EEG 2009 wie auch aus seinen Vorgängergesetzen keine spezialgesetzlich geregelte Abschlagszahlungspflicht des Netzbetreibers, ausgenommen die nach § 59 EEG 2009, allerdings nur bei entsprechender gerichtlicher Antragstellung und Erfüllung der Antragsvoraussetzungen.

3. Annahme einer allgemeinen Abschlagszahlungspflicht

Die Annahme einer allgemeinen Abschlagszahlungspflicht ist dem deutschen zivilrechtlichen Rechtssystem fremd. Bereits § 266 BGB verdeutlicht, dass der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist. Dementsprechend ist ein Zahlungsgläubiger nur berechtigt, Abschlagszahlungen als Teilleistungen zu fordern, wenn dies durch Rechtsvorschrift ausdrücklich geregelt oder vertraglich so vereinbart worden ist.

Ein Beispiel für gesetzlich vorgesehene Abschlagszahlungen ist hinsichtlich des privaten Baurechts § 632a BGB. 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

⁵ LG Paderborn, Urteil vom 21. September 2010, Az. 6 O 41/10.

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.

Die vom AG Hamburg im Urteil vom 11. Dezember 2001 (Az. 12 C 472/2001, RdE 2002, S. 157 f.) herangezogene Abschlagszahlungspflicht nach §§ 25 und 28 AVBEltV, nunmehr § 13 StromGVV, sieht wiederum für die Strombelieferung von Tarif-, nunmehr Grundversorgungskunden ausdrücklich eine Abschlagszahlungspflicht des Stromkunden vor. Entgegen der Ansicht des AG Hamburg ist dies aber nicht auf Stromeinspeisungen nach dem EEG übertragungsfähig, weil die StromGVV, vorher die AVBEltV, gerade per Verordnung eine Abschlagszahlungspflicht des Tarif- bzw. Grund- oder Ersatzversorgungskunden angeordnet haben.

Dementsprechend ist festzustellen, dass im Vergleich zu § 632a BGB oder § 13 StromGVV eine entsprechende spezialgesetzliche Regelung für EEG-Anlagenbetreiber im EEG 2009 nicht besteht. Gleiches gilt für das EEG 2004 und das EEG 2000, soweit diese Gesetze überhaupt noch gegenwärtig aufgrund der Übergangsregelungen der jeweiligen Nachfolgesetze für einen Leistungsaustausch von Anlagen anzuwenden sind, die dem Grunde nach in ihren Anwendungsbereich fallen.

Ein Anspruch auf Abschlagszahlungen aus Gleichbehandlungsgründen, weil Stromkunden nach § 13 StromGVV ihrerseits verpflichtet sind, Abschlagszahlungen zu leisten, scheidet aus, weil zum einen nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 der Netzbetreiber und nicht der Grundversorger zahlungsverpflichtet ist und beide Personen in zahlreichen Fällen nicht personenidentisch sind. Zum anderen besteht keinerlei Möglichkeit einer Gleichbehandlung nach Art. 3 GG, da die Grundrechte, insbesondere Art. 3 GG, zu allererst den Staat verpflichten, nicht Privatrechtspersonen, zwischen denen das Rechtsverhältnis auf Abnahme und Vergütung des Stroms nach §§ 8 und 16 Abs. 1 EEG 2009 sowie – wenn einschlägig – der entsprechenden Vorgängergesetze besteht.

Die analoge Anwendung von § 39 EEG 2009 auf das Rechtsverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber scheidet ebenfalls deshalb aus, weil hier keine Regelungslücke vorliegt. § 266 BGB nimmt eben nicht an, dass ein Zahlungsschuldner zu Teilleistungen berechtigt sein soll und dass umgekehrt ein Zahlungsgläubiger in jedem Falle zu Teilzahlungsforderungen befugt sein soll.

Daher ist ein Abschlagszahlungsanspruch in der Form, dass der abnahme- und vergütungspflichtige Netzbetreiber dem Anlagenbetreiber einen pauschalierten Vergütungsbetrag als Abschlag auf die zu erwartende Einspeisungsvergütung zahlt, aus dem EEG i. V. mit dem allgemeinen Zivilrecht nicht ableitbar.

4. Differenzierung zwischen Abschlagszahlungen und unterjährigen Vergütungszahlungen

Darüber hinaus muss zwischen Abschlagszahlungen und unterjährigen Vergütungszahlungen differenziert werden. Das EEG 2009, 2004 und 2000 legen nicht spezialgesetzlich fest, in welchen Intervallen Stromeinspeisungen, die nach diesen Gesetzen vom Netzbetreiber zu

vergütet wären, abgerechnet und von ihm vergütet werden müssen. Allein § 46 Nr. 3 EEG 2009 (vorangehend § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2006) bestimmt, dass Anlagenbetreiber verpflichtet sind, dem Netzbetreiber bis zum 28. Februar eines Jahres die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen. Soweit die Daten nicht veränderlich sind, gehören zu diesen Daten insbesondere die Daten nach § 46 Nr. 1 und 2 EEG 2009, d.h. der Standort und die Leistung der Anlage sowie die Strommenge nach § 33 Abs. 2 EEG 2009 und bei Biomasseanlagen nach § 27 Abs. 1 EEG 2009 die Einsatzstoffe nach § 27 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 sowie die Angaben zu den eingesetzten Technologien nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 und 3 EEG 2009. Hieraus ist zu entnehmen, dass Anlagenbetreiber zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres dem Netzbetreiber zumindest die für die Abrechnung der Stromeinspeisung des vorangegangenen Kalenderjahres erforderlichen Daten und Unterlagen zur Verfügung stellen müssen, wenn nicht sogar eine entsprechende Rechnungstellung zu diesem Termin selbst durchführen müssen.

Die Verwendung des Begriffes „Endabrechnung“ in § 46 Nr. 3 EEG 2009 könnte zwar implizieren, dass es im vorangegangenen Kalenderjahr bereits eine oder mehrere Abrechnungen gegeben haben muss. Allerdings kann es sich hierbei auch um vorläufige Abrechnungen, wie sie bei Solarstromanlagen und Windenergieanlagen (vgl. nachfolgend unter b und c) grundsätzlich möglich sind, gehandelt haben. Dementsprechend kann aus dem Begriff „Endabrechnung“ in § 46 Nr. 3 EEG 2009 nicht hergeleitet werden, dass es zwingend für alle Anlagen in §§ 23 bis 33 EEG 2009 einschl. Vorgängerregelungen unterjährige Abrechnungen zwischen dem Anlagen- und dem Netzbetreiber gegeben haben muss.

Ist eine Leistungszeit weder durch Gesetz noch durch zugrunde liegenden Vertrag bestimmt, wird die Leistungszeit nach § 271 Abs. 1 BGB bestimmt, wonach der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Dies setzt voraus, dass die Leistungsparameter, d.h. die Zahlungspflicht dem Grunde und der Höhe nach, zum nach § 271 BGB maßgeblichen Zeitpunkt dem Leistungsgläubiger bekannt sind. Umgekehrt formuliert liegt der Zeitpunkt für die Fälligkeit der Zahlung nach § 271 BGB erst dann vor, wenn die Leistungsparameter dem Leistungsschuldner vollständig bekannt sind. Dies resultiert daraus, dass – wenn der Zahlungsschuldner die Leistung verlangen darf – die Leistung *erfüllbar* sein muss⁶, d.h. sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach zu diesem Zeitpunkt feststehen muss. Gleiches gilt für die Fälligkeit einer Leistung. Wenn die Leistungsparameter nicht feststehen, eine Geldleistungspflicht folglich noch nicht berechnet werden kann, kann sie der Höhe nach nicht vom Gläubiger gefordert werden und damit auch nicht fällig werden. Dementsprechend ist § 271 BGB nach Maßgabe dieser Vorgaben auf die einzelnen im Rahmen des EEG 2009, 2004 oder 2000 in Frage kommenden Leistungsverhältnisse anzuwenden.

Ob eine Zahlungsschuld nach § 271 BGB zu einem bestimmten Zeitpunkt vom Netzbetreiber geleistet werden muss, ohne dass dieser Zeitpunkt oder eine Abschlagszahlungspflicht zwischen Anlagen- und Netzbetreiber vereinbart worden ist, muss daher je nach Anlagenart und Vergütungsgrundlagen differenziert werden:

⁶ Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., § 271 Rdn. 1; Krüger, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 271 Rdn. 1 bis 3.

a) Wasserkraft-, Deponiegas-, Klärgas-, Grubengas-, Geothermie- und Biomasseanlagen

Bei Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse nach § 27 EEG 2009 regelt § 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009, dass als Leistung im Sinne von § 18 Abs. 1 EEG 2009 für die Zuordnung zu den Schwellenwerten der §§ 23 bis 28 EEG 2009 abweichend von § 3 Nr. 6 EEG 2009 der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr nach § 8 EEG 2009 abgenommenen Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage gilt. Dies gilt außerdem für sämtliche Wasserkraft-, Deponiegas-, Klärgas-, Grubengas- und Geothermieanlagen.

§ 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009 erstreckt sich darüber hinaus auch auf die Wasserkraft-, Deponiegas-, Klärgas-, Grubengas-, Geothermie- und Biomasseanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009. War es zumindest bei Biomasseanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. August 2004 noch strittig, ob für diese Anlagen § 12 Abs. 2 EEG 2004 ab dem 1. August 2004 gilt⁷, ist durch § 66 Abs. 1 EEG 2009 sichergestellt, dass für sämtliche Wasserkraft-, Deponiegas-, Klärgas-, Grubengas-, Geothermie- und Biomasseanlagen, deren Strom einer Vergütungspflicht nach dem EEG 2009, 2004 oder 2000 unterliegt, die Vergütungshöhe sich für ab dem 1. Januar 2009 eingespeisten Strom nicht nach der installierten elektrischen Leistung nach § 3 Nr. 6 EEG 2009, sondern nach der „Bemessungsleistung“ nach § 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009 berechnet wird.

Allerdings ist die „Bemessungsleistung“ nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr nach § 8 EEG 2009 abgenommenen Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des jeweiligen Kalenderjahres abzüglich der vollen Stunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien durch die Anlage und nach endgültiger Stilllegung der Anlage. Für die Berechnung der Bemessungsleistung sind daher

- sowohl die abgenommene Gesamtstrommenge aus der Anlage
- als auch die vollen Zeitstunden

jeweils eines Kalenderjahres Berechnungsparameter, ohne deren Vorlage die „Bemessungsleistung“ nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 für eine Anlage nicht endgültig bestimmt werden kann. Vor Ablauf eines Kalenderjahres liegen diese Berechnungsparameter nicht vor, außer in dem sehr selten vorkommenden Fall der vorzeitigen *endgültigen* Stilllegung einer Anlage, worunter aber nicht die nur zwischenzeitliche Einstellung des Stromproduktionsprozesses zu verstehen ist („nach endgültiger Stilllegung der Anlage“). Da die „Bemessungsleistung“ nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 für Anlagen nach §§ 23 bis 28 EEG 2009 sowie der entsprechenden Vorgängergesetze ein zwingender Parameter für die Berechnung der konkret dem Anlagenbetreiber zustehenden Vergütungshöhe ist, kann die Vergütung, die dem Anlagenbetreiber für den

⁷ Thüringer OLG, RdE 2008, S. 95 ff.; OLG Dresden, Urteil vom 28. Juni 2007, Az. 9 U 2158/06; OLG Naumburg, Urteil vom 23. Juli 2010, Az. 6 U 53/10.

Strom aus seiner Anlage nach § 16 Abs. 1 i. V. mit der jeweils nach §§ 23 bis 28 EEG 2009 oder den Regelungen der entsprechenden Vorgängergesetze zusteht, nicht vor Ablauf eines Kalenderjahres der Höhe nach bestimmt werden. Dementsprechend können für alle dieser Anlagen spätestens seit dem 1. Januar 2009 unterjährig keine Vergütungszahlungen nach § 271 BGB fällig geworden sein, weil sie unterjährig nicht bestimmbar waren.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass Vergütungen, die vom Netzbetreiber trotzdem unterjährig gezahlt wurden, nicht als fällige Leistungen aufgrund von § 271 BGB erfolgten, sondern aufgrund einer im Einzelfall festzustellenden vertraglichen Basis oder freiwillig ohne eine solche vertragliche Verpflichtung. Die Vergütungszahlungen erfolgten dann alleine auf Abschlagszahlungsbasis, d.h. vorbehaltlich der Berechnung der für die Anlage maßgeblichen „Bemessungsleistung“ zum Kalenderjahresende und vorbehaltlich der Einhaltung der sonstigen Vergütungsparameter, wie z.B. nach § 27 Abs. 4 i. V. mit Anlage 1 bis 3 EEG 2009. Die Zahlungsschuld des Netzbetreibers kann – wenn keine Abschlagszahlungen vertraglich vereinbart worden sind – frühestens mit Vorlage sämtlicher vergütungsrelevanter Daten nach Abschluss des Kalenderjahres, insbesondere der Daten für die Berechnung der Bemessungsleistung, nach § 271 BGB erfüllbar und damit fällig werden⁸.

Diese Vorgaben gelten nur dann nicht, wenn die betreffende Anlage aufgrund ihrer Leistungsparameter die Schwelle für die zweite, vergütungsseitig niedrigere Vergütungszone gar nicht überschreiten kann, z.B. bei einer Biomasseanlage mit einer installierten Leistung von 100 kW und der niedrigsten Vergütungszone von 150 kW gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009. Dann kann die Einspeisungsvergütung hinsichtlich der Grundvergütung nur in Höhe der einen Vergütungszone entstehen.

Sollte die Anlage leistungsseitig im Laufe eines Kalenderjahres die Schwelle zur nächsten Vergütungszone überschreiten können, kann allerdings auch nach Ablauf eines Kalendermonats eine Zwischenabrechnung auf Basis der „Bemessungsleistung“ für diesen Monat durchgeführt werden. Dies stellt jedoch gemäß § 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009 nur eine vorläufige Abrechnung dar, weil die „Bemessungsleistung“ der Anlage entsprechend auf Basis der Kalenderjahreswerte berechnet werden muss. Da sich die Leistungswerte und damit die Bemessungsleistung der Anlage über das Kalenderjahr hin verändern können, z.B. aufgrund von Stillstandszeiten durch Wartung/Revision oder durch nicht verfügbare Einsatzstoffe, kann diese Zwischenabrechnung der Höhe nach noch nicht als endgültig angesehen werden, weshalb die Vergütung der Höhe nach bei diesen Anlagen nach § 271 BGB noch nicht bestimmbar ist.

Sollten allerdings der Anlagen- und der Netzbetreiber vertraglich vereinbaren, dass z.B. auf Basis der Leistungswerte der Anlage für diesen Monat unter Verwendung der Leistungswerte der Anlage für die vorangegangenen Monate desselben Kalenderjahres eine Einspeisungsvergütung vorläufig berechnet wird, ist diese Vergütung nach § 271 BGB der Höhe nach berechenbar und damit die Zahlungsschuld erfüllbar. Gleiches gilt, wenn der Anlagen- und der Netzbetreiber vertraglich vereinbaren, dass die Bemessungsleistung einer Anlage in einem Kalenderjahr vorläufig nach der Bemessungsleistung derselben Anlage im vorangegangenen

⁸ Lehnert, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 21 Rdn. 35.

Kalenderjahr berechnet wird, und dann im Rahmen der Endabrechnung nach § 46 Nr. 3 EEG 2009 auf Basis der „Bemessungsleistung“ der Anlage für das aktuelle Kalenderjahr korrigiert wird. Dies setzt aber eine entsprechende vertragliche Vereinbarung voraus, ohne die die Bemessungsleistung der Anlage unterjährig nicht bestimmbar wäre.

b) Solarstromanlagen

aa) Solarstromanlagen an oder auf Nicht-Gebäuden nach § 32 EEG 2010 sowie gesetzlicher Vorgängerregelungen

Die Vergütung für Strom aus Solarstromanlagen nach § 32 EEG 2009 und 2010 sowie nach den gesetzlichen Vorgängerregelungen unterliegt keiner Vergütungszone. Dementsprechend ist § 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009 auf diese Anlagen auch nicht anwendbar. Folglich muss für diese Anlagen eine auf das Kalenderjahr hin ermittelte „Bemessungsleistung“ nicht berechnet werden. Gleiches gilt für § 19 Abs. 1 EEG 2009, da auch die Anwendbarkeit dieser Regelung davon abhängt, ob eine Vergütungszone durchgeführt werden muss, oder nicht.

Die konkreten Vergütungszahlungen für Anlagen dieser Kategorie hängen damit nur

- vom Inbetriebnahmezeitpunkt des einzelnen Moduls,
- von der Belegenheit des Moduls und der ihm danach gemäß § 32 EEG 2010 einschl. gesetzlicher Vorgängerregelungen zuzuordnenden Vergütungskategorie sowie
- von der vergütungspflichtigen Strommenge

ab. Die beiden ersten Parameter stehen zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme jedes Moduls fest. Der zweite Parameter bleibt während der gesetzlichen Förderdauer jedes Moduls konstant, wenn das Modul nicht an einen anderen Standort versetzt wird und sich damit die Vergütungsparameter ändern. Dementsprechend ist grundsätzlich nach Inbetriebnahme des betreffenden Moduls nur die jeweils vergütungspflichtige Strommenge ein jeweils für die Bestimmung der Höhe der Vergütungszahlungen neu festzustellender Faktor, von dem daher die Zahlungsschuld des Netzbetreibers der Höhe nach gemäß § 271 BGB abhängt.

bb) Solarstromanlagen an oder auf Gebäuden nach § 33 EEG 2010 sowie gesetzlicher Vorgängerregelungen

Solarstromanlagen nach § 33 EEG 2009 und 2010 sowie nach den gesetzlichen Vorgängerregelungen unterliegen ab ihrer Inbetriebnahme grundsätzlich keinen Veränderungen der Vergütungshöhe⁹. Veränderungen können sich nur durch Umsetzung der Anlage und dadurch bedingten Änderungen der Vergütungsgrundsätze (z.B. von einer Freiflächenanlage nach § 32 EEG 2009 zu einer Gebäudeanlage nach § 33 EEG 2009 hin) ergeben. Gleichermaßen ist ein Zubau von Solarstrommodulen denkbar, die mit anderen Modulen nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 für die Bestimmung der Vergütungssätze leistungsseitig zusammengefasst werden müssen. Für Bestandsmodule verändern sich die anzuwendenden Vergütungssätze

⁹ Ausgenommen die Vergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2010, s. folgende Ausführungen.

durch Hinzubau von neu (d.h. erstmals) in Betrieb zu nehmenden Modulen nach § 19 Abs. 1 EEG 2009 allerdings nicht.

Nach Durchführung der beschriebenen Maßnahmen bleibt die Vergütung für die betreffenden Module konstant, bis und wenn weitere vergütungsändernde Maßnahmen durchgeführt werden. Für die Zeiträume der konstanten Vergütungssätze sind daher die anzuwendenden Vergütungssätze der Höhe nach gesetzlich festgelegt. Die Höhe des dem Anlagenbetreiber während dieser Zeiträume zustehenden Vergütungsanspruchs hängt dann gemäß §§ 32 und 33 EEG 2009 sowie der korrespondierenden Regelungen der Vorgängergesetze nur noch von der vergütungspflichtigen Strommenge ab, sei es im Rahmen einer direkten oder kaufmännisch-bilanziell weitergegebenen Einspeisung nach § 8 Abs. 1 und 2 i.V. mit § 16 Abs. 1 und §§ 32 und 33 EEG 2009 (einschl. der relevanten Vorgängergesetze), sei es im Rahmen der Vergütung nach der Eigenverbrauchsregelung in § 33 Abs. 2 EEG 2009 (die Eigenverbrauchsregelung in § 33 Abs. 2 EEG 2010 ausgenommen, s. Folgeausführungen).

Allerdings fußt die Berechnung der Vergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2010 im Gegensatz zur Vorgängerregelung in § 33 Abs. 2 EEG 2009 auf der „im selben Jahr durch die Anlage erzeugte(n) Strommenge“. Ähnlich wie im Falle der Berechnung der „Bemessungsleistung“ nach § 18 Abs. 1 und 2 EEG 2009 ist daher eine Berechnung der konkreten Höhe der einem Anlagenbetreiber nach § 33 Abs. 2 EEG 2010 zustehenden Vergütung erst nach Vorlage der Kalenderjahresdaten der Anlage zum jeweiligen Kalenderjahresende möglich.

cc) Feststellung der eingespeisten und vergütungspflichtigen Strommenge

Für Solarstromanlagen nach §§ 32 und 33 EEG 2009 und 2010¹⁰ sowie der gesetzlichen Vorgängerregelungen ist daher für die Berechnung der konkreten Vergütungshöhe und damit für die Erfüllbarkeit der Zahlungsleistung einerseits und die Fälligkeit der Zahlungsleistung andererseits grundsätzlich – vorbehaltlich einer unterjährigen Änderung der Vergütungsparameter (s. o. unter aa) und bb)) - nur die Mitteilung der jeweils dem Vergütungszeitraum zugrundeliegenden eingespeisten und zu vergütenden Strommenge erforderlich. Hinsichtlich der Frage, wer die Strommenge dem Netzbetreiber mitzuteilen hat, wie dies zu erfolgen hat und ob dem Netzbetreiber die Strommenge ohnehin bekannt sein könnte, muss zwischen den einzelnen Fallkonstellationen hinsichtlich der Messung differenziert werden:

aaa) Durchführung der Einrichtung und des Betrieb der Messeinrichtungen einschließlich der Messung durch den Anlagenbetreiber

§ 7 Abs. 1 EEG 2009 weist dem Anlagenbetreiber das Recht zu, den Anschluss der Anlagen sowie die Einrichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen einschließlich der Messung von dem Netzbetreiber oder einer fachkundigen dritten Person vornehmen zu lassen. Die Hoheit über die Messdaten hat bei einer reinen Einspeisungsmessung jedoch – vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Vereinbarung – weiterhin der Anlagenbetreiber¹¹. Gleiches gilt hinsicht-

¹⁰ Ausgenommen die Vergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2010.

¹¹ Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2008/20.

lich § 13 Abs. 1 Satz 1 und 4 EEG 2004 und § 10 Abs. 1 EEG 2000. Dementsprechend obliegt es in diesen Fällen – vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Vereinbarung – auch dem Anlagenbetreiber, die der Abrechnung zugrunde liegenden Messdaten dem Netzbetreiber mitzuteilen. Von diesem Grundsatz geht auch § 46 Nr. 3 EEG 2009 aus. So bestimmt auch die dem § 7 Abs. 1 EEG 2009 zugrunde liegende Regelung des § 448 Abs. 1 BGB, dass die Kosten der Messung der Kaufsache dem Verkäufer anheim fallen, und dass die Messung daher grundsätzlich, aber vertraglich abdingbar, in der Herrschaft des Verkäufers (beim EEG der Anlagenbetreiber) ist¹². Dies hat der Bundesgerichtshof bereits zu den Pflichten des Anlagenbetreibers im Rahmen des Stromeinspeisungsgesetzes hinsichtlich der Kosten der Verlegung des Netzanschlusskabels (nunmehr gleichlautend in § 13 EEG 2009) festgestellt¹³.

Dementsprechend obliegt es dem Anlagenbetreiber, dem Netzbetreiber die entsprechenden Messdaten mitzuteilen, auf deren Basis die Einspeisungsvergütung berechnet wird, wenn nicht eine anderslautende Vereinbarung getroffen worden ist. Ohne die Erfüllung dieser Mitteilung kann in diesem Falle auch eine Erfüllbarkeit einerseits und eine Fälligkeit der Einspeisungsvergütung andererseits nach § 271 BGB nicht bestehen, da Informationen, die der Berechnung der Forderung der Höhe nach dienen, dem Netzbetreiber als Schuldner der Geldleistung noch nicht mitgeteilt worden sind. Dementsprechend kann sich eine Fälligkeit von Vergütungszahlungen bei Solarstromeinspeisungen nach §§ 32 oder 33 EEG 2009 sowie den gesetzlichen Vorgängerregelungen erst ergeben, wenn der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber die jeweils der Abrechnung zugrunde liegenden Messwerte mitteilt¹⁴.

Somit ist eine Zahlungsleistung des Netzbetreibers nach § 271 BGB in Ermangelung einer vertraglichen Festlegung der Leistungszeit in diesen Fällen erst dann erfüllbar und dementsprechend frühestens zu dem Zeitpunkt fällig, an dem der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber die Messdaten für den zurückliegenden und den Vergütungsanspruch umfassenden Zeitraum mitteilt. Da für den Netzbetreiber in diesen Fällen unklar ist, ob der Anlagenbetreiber die Leistung auch zu dem Zeitpunkt bewirkt haben möchte, zu dem er dem Netzbetreiber die Messdaten mitteilt, ist davon auszugehen, dass diese Aufforderung an den Netzbetreiber in Form einer Rechnungstellung geschehen muss, wobei die Rechnung die notwendigen Zahlungsparameter, insbesondere die Messwerte beinhalten muss¹⁵. Ohne eine entsprechende Rechnung ist für den Netzbetreiber die Zahlungspflicht zwar erfüllbar, aber mangels Bestimmung des Leistungszeitpunktes durch den Anlagenbetreiber nicht fällig¹⁶. Eine solche Abrechnung muss der Anlagenbetreiber gemäß § 46 Nr. 2 EEG kalenderjährlich vorlegen; sie kann von ihm jedoch auch in kürzeren Intervallen durchgeführt werden. Vielfach – gerade bei größeren EEG-Anlagen – wird dies von den Anlagenbetreibern bereits monatlich praktiziert. Gerade bei kleineren Anlagen, vornehmlich kleineren Solarstromanlagen, teilt der Anlagen-

¹² Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., § 448 Rdn. 3; Westermann, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 448 Rdn. 4 und 5; so auch die amtliche Überschrift von § 448 BGB a.F. als „Kosten des Messens und Wägens“.

¹³ BGH, NJW 1994, S. 177 = RdE 1994, S. 70, 72.

¹⁴ Lehnert, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 21 Rdn. 33.

¹⁵ Vgl. Krüger, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 271 Rdn. 19 f.

¹⁶ So zu § 5 EEG 2004: Salje, EEG, 4. Aufl., § 5 Rdn. 17; Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, § 5 Rdn. 20 und 31; Oschmann, in: Danner/Theobald, Energierecht, EEG, § 5 Rdn. 23 f.; Reshöft, in: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG, 2. Aufl., § 5 Rdn. 16, und Reshöft, ZNER 2004, S. 240, 247.

betreiber dem Netzbetreiber vielfach die Messwerte jedoch erst nach Ablauf des betreffenden Kalenderjahres mit, d.h. nicht monatlich, sondern kalenderjährlich.

bbb) Durchführung der Einrichtung und des Betrieb der Messeinrichtungen einschließlich der Messung durch einen fachkundigen Dritten im Auftrage des Anlagenbetreibers

Führt ein „fachkundiger Dritter“, der nicht der Netzbetreiber ist, die Einrichtung und den Betrieb der Messeinrichtungen einschließlich der Messung im Auftrage des Anlagenbetreibers durch, besteht innerhalb dieses Vertragsverhältnis mindestens als vertragliche Nebenpflicht des fachkundigen Dritten die Verpflichtung, dem Anlagenbetreiber die Messwerten innerhalb eines zwischen den Parteien festzulegenden Rhythmus an den Anlagenbetreiber mitzuteilen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anlagenbetreiber eine Auslesung der Messergebnisse aufgrund von räumlicher Distanz zur Anlage nicht selber vornehmen kann. Die Durchführung der Mitteilung der Messergebnisse geschieht dann im Innenverhältnis zwischen fachkundigem Dritten und Anlagenbetreiber. Der Netzbetreiber wäre dementsprechend immer nur dann zur Leistung nach § 271 BGB verpflichtet, wenn der Anlagenbetreiber ihm die vorher durch den fachkundigen Dritten ausgelesenen Messergebnisse mitgeteilt hat, wenn der Anlagenbetreiber nicht selber die Messergebnisse auslesen kann. Im übrigen gelten aber die Ausführungen unter aaa) entsprechend.

ccc) Durchführung der Einrichtung und des Betrieb der Messeinrichtungen einschließlich der Messung durch den Netzbetreiber

Die Feststellung der eingespeisten Strommenge und die Stellung einer Abrechnung kann als Fälligkeitsvoraussetzung dann entbehrlich sein, wenn der Netzbetreiber auf anderem Wege Kenntnis über die Menge des eingespeisten Stroms erlangt hat, z.B. aufgrund Benennung für die Durchführung der „Messung“ durch den Anlagenbetreiber nach § 7 Abs. 1 EEG 2009 oder korrespondierender gesetzlicher Vorgängerregelungen oder aufgrund entsprechender regelmäßiger Fernauslesung¹⁷.

Ist der Netzbetreiber aufgrund von § 7 Abs. 1 EEG 2009 oder korrespondierender gesetzlicher Vorgängerregelungen vom Anlagenbetreiber als Messdienstleister für die Durchführung der „Messung“, d.h. auch der Auslesung der Messdaten benannt worden, muss im zugrundeliegenden Vertrag oder einer sonstigen Vereinbarung zwischen den Parteien festgelegt werden, innerhalb welcher Abstände diese Verpflichtung durchzuführen ist. Jedenfalls stehen dem Netzbetreiber nach termingerechter Erfüllung dieser Verpflichtung die für die Abrechnung der Strommenge in den unter aa) und bb) genannten Fällen erforderlichen Messdaten zur Verfügung (ausgenommen die Berechnung der Einspeisungsvergütung nach § 33 Abs. 2 EEG 2010; s.o.). Dann ist davon auszugehen, dass der Netzbetreiber zu den vertraglich bestimmten oder anderweitig vereinbarten Zeiten die entsprechende Stromeinspeisung auch nach Maßgabe der ausgelesenen Messwerte abrechnen und die Leistung der Zahlung der

¹⁷ Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, § 5 Rdn. 20; a.A.: Reshöft, in: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG, 2. Aufl., § 5 Rdn. 16, und Reshöft, ZNER 2004, S. 240, 247; s. hierzu unter ddd).

Einspeisungsvergütung nach Ablauf dieser Termine auch nach § 271 BGB erfüllen kann. Im Zweifel ist der Auslesungsauftrag des Anlagenbetreibers dann auch als Verpflichtung des Netzbetreibers gemäß § 271 BGB anzusehen, die Zahlungsverpflichtung nach § 16 Abs. 1 i.V. mit §§ 32 oder 33 oder der jeweiligen gesetzlichen Vorgängerregelung auch entsprechend zu erfüllen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Netzbetreiber seinerseits das sog. Gutschriftsverfahren zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. mit der jeweiligen Vergütungsvorschrift des EEG 2009, 2004 oder 2000 gewählt hat.

ddd) Befugnis des Zugriffs des Netzbetreibers auf die Messeinrichtungen und deren Daten nach § 6 EEG 2009

Davon abgesehen, dass Solarstromanlagen nicht in den Anwendungsbereich von § 6 EEG 2009 fallen, weil jedes Modul als separate Solarstromanlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 anzusehen ist und die Verpflichtung zur Ausstattung von EEG-Anlagen mit technischen oder betrieblichen Einrichtungen zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung nach § 6 Nr. 1 b) EEG 2009 nur für Anlagen gilt, die eine elektrische Leistung von mehr als 100 kW haben, regelt § 6 EEG 2009 nur eine Zugriffsbefugnis des Netzbetreibers auf die Messdaten der Anlage. Eine Zugriffsverpflichtung des Netzbetreibers zur regelmäßigen Auslesung der Arbeitsmessdaten der betreffenden Messeinrichtung wiederum zur im gleichen Turnus stattfindenden Zahlung der Einspeisungsvergütungen für den zurückliegenden Zeitraum ist in § 6 EEG 2009 nicht geregelt. Wenn der Netzbetreiber in diesen Fällen nicht gleichzeitig Messdienstleister für den Anlagenbetreiber im Sinne der Ausführungen unter ccc) ist, besteht somit nur eine Zugriffsmöglichkeit des Netzbetreibers auf die Messdaten, keine Zugriffsverpflichtung. Fehlt eine vertragliche Verpflichtung des Netzbetreibers gegenüber dem Anlagenbetreiber auf regelmäßige Auslesung der Arbeitsmessdaten der betreffenden Messeinrichtung, existiert auch keine unmittelbare Verpflichtung des Netzbetreibers zur Durchführung dieser Maßnahme und Zahlung des für den zurückliegenden Zeitraum entstandenen Vergütungsbetrages nach § 271 BGB.

Dies ergibt sich auch unmittelbar aus § 6 Nr. 1 b) EEG 2009, der die Zugriffsbefugnis des Netzbetreibers auf die Messeinrichtung „zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung“ einräumt. Hiermit sind nur die Leistungswerte der betreffenden Messeinrichtung bzw. der über die Messeinrichtung erfassten Anlagen gemeint, insbesondere um feststellen zu können, ob der Netzbetreiber diese Anlagen regeln kann oder muss, um eine Überlastung der Netzkapazität im jeweiligen Netzbereich nach § 11 Abs. 1 EEG 2009 zu verhindern.

Dementsprechend ist in diesen Fällen – wenn keine anderslautende Vereinbarung zwischen dem Anlagen- und dem Netzbetreiber getroffen worden ist – der Netzbetreiber nicht verpflichtet, in einem zudem nicht bestimmbar zeitlichen Intervall auf die Messeinrichtung zuzugreifen, die Arbeitsmessdaten auszulesen und auf Basis dieser Auslesung für das zurückliegende Zeitintervall eine Zahlungsleistung nach § 271 BGB an den Anlagenbetreiber durchzuführen.

c) Windenergieanlagen

Bei Windenergieanlagen ist zwischen den konkret anzuwendenden Vergütungssätzen und den Messwerten jeweils als der Vergütungszahlung zugrunde zu legenden Daten zu differenzieren:

aa) Anzuwendender Vergütungssatz

Gemäß § 29 Abs. 1 und 2 EEG 2009 (entsprechend auch hinsichtlich der Regelungen der Vorgängergesetze) muss der Netzbetreiber bei Onshore-Windenergieanlagen für den Zeitraum der ersten fünf Jahre eine erhöhte Anfangsvergütung an den Netzbetreiber zahlen. Während dieses Zeitraums ist der Vergütungsanspruch hinsichtlich der Vergütungshöhe durch den Gesetzgeber determiniert, weshalb der Vergütungssatz der Höhe nach bestimmbar ist. Allerdings ist die konkrete Zahlungsschuld weiterhin von der abzurechnenden Strommenge abhängig.

Nach Ablauf des 5-Jahres-Zeitraums bestimmt sich der Vergütungsanspruch nach Maßgabe des Gutachtens nach § 29 Abs. 2 i. V. mit Anlage 5 EEG 2009¹⁸, allerdings erst ab dem Zeitpunkt, an dem das Gutachten erstellt worden ist. Aus § 29 Abs. 2 Satz 1 EEG 2009 ist nicht erkennbar, ob sich die Vergütungshöhe automatisch bei Existenz des entsprechenden Gutachtens oder erst bei Vorlage des Gutachtens an den Netzbetreiber ändert. Jedenfalls ist in der Zwischenzeit bis mindestens dem Zeitpunkt der Existenz dieses Gutachtens die Vergütungshöhe nicht bestimmbar, denn sie könnte wegen Erreichens der 150% des Referenzertrages auf die niedrigere Folgevergütung abgesenkt werden, oder bei Unterschreiten dieser Größe weiterhin das Niveau der erhöhten Anfangsvergütung haben.

Für die Zwischenzeit zwischen Ablauf des 5-Jahres-Zeitraums bis spätestens zur Vorlage des Gutachtens an den Netzbetreiber besteht daher keine bestimmbare gesetzliche Vergütungshöhe und damit auch keine bestimmbare Leistung gemäß § 271 BGB. Dementsprechend kann der zugrunde zu legende Vergütungssatz auch erst spätestens mit Vorlage des Gutachtens beim Netzbetreiber bestimmbar werden.

Für die Folgezeit bestimmt das Gutachten die konkrete Vergütungshöhe, d.h. entweder die Absenkung des Vergütungssatzes auf den niedrigeren Folgevergütungssatz unmittelbar nach Ablauf der fünf Jahre, oder die Absenkung des Vergütungssatzes auf den niedrigeren Folgevergütungssatz erst zu einem späteren, dann aber durch das Gutachten festgelegten Zeitpunkt.

bb) Berechnung des Vergütungsanspruchs anhand der maßgeblichen Messwerte

Hinsichtlich der Ermittlung der Messwerte gelten die vorstehenden Ausführungen unter b) cc) für Windenergieanlagen entsprechend.

¹⁸ Einschließlich entsprechender Vorgängerregelungen.

5. Fazit:

Aus dem EEG sowie aus dem allgemeinen Zivilrecht ist keine allgemeingültige Verpflichtung des Netzbetreibers ableitbar, dem Anlagenbetreiber gegenüber Abschlagszahlungen auf die eingespeisten Strommengen zu leisten. Diese Feststellung umfasst sowohl den Abschlagszahlungsgrund als auch einen entsprechenden Zahlungsrhythmus. Vielmehr ist § 46 Nr. 3 EEG 2009 zu entnehmen, dass der Anlagenbetreiber zum 28. Februar des auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres gegenüber dem Netzbetreiber verpflichtet ist, insbesondere die dort genannten Daten und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, worunter auch und insbesondere die Messdaten für die Bestimmung der Zahlungsverpflichtung des Netzbetreibers gehören.

Hiervon zu trennen sind mögliche unterjährige Zahlungsverpflichtungen des Netzbetreibers aufgrund von § 271 BGB. Diese bestehen nur in eingeschränktem Umfang unter Vorlage der vorstehend genannten Parameter. Für Strom aus Wasserkraft-, Deponiegas-, Klärgas-, Grubengas-, Geothermie- und Biomasseanlagen können diese außerdem nicht unterjährig bestehen, weil die Berechnung der Vergütung in diesen Fällen anhand von leistungsmäßig gezonten Vergütungssätzen erfolgt und die der Zonung zugrundeliegende „Bemessungsleistung“ erst nach Ablauf eines Kalenderjahres berechnet werden kann. Dies gilt nur dann nicht, wenn die „Bemessungsleistung“ der Anlage den Schwellenwert für die Leistungszone der zweithöchsten Vergütung, die für die konkrete Anlage maßgeblich ist, technisch gar nicht überschreiten kann.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Anspruch des Anlagenbetreibers auch nach § 271 BGB nicht nur von der Menge des eingespeisten EEG-Stroms abhängt, sondern auch von der Erfüllung sonstiger Vergütungsvoraussetzungen der jeweils anzuwendenden EEG-Vergütungsbestimmung. Speziell bei Biomasse (Ausschließlichkeitsprinzip, Voraussetzungen für die Zuschlagszahlungen, Anteil des KWK-Stroms) ist es daher erforderlich, dass der Anlagenbetreiber die sonstigen Vergütungsvoraussetzungen gemäß den Vorgaben insbesondere von § 27 i.V. mit Anlage 1 bis 3 EEG 2009 nachweist, um einen entsprechenden Anspruch nach § 271 BGB zu haben. Wenn diese Nachweise nicht bereits vom Anlagenbetreiber kalendermonatlich geführt werden und auch geführt werden können (speziell bei Abhängigkeit des jeweiligen Bonus von der Bemessungsleistung), müssen diese nach § 46 Nr. 3 EEG 2009 spätestens zum 28. Februar des jeweiligen Folgejahres geführt werden. Sollten die Nachweise kalendermonatlich geführt werden, z.B. durch kalendermonatliche Einsatzstofftabellen oder kalendermonatliche Bestimmung der KWK-Strommenge, können diese Informationen auch der Leistungsbestimmung nach § 271 BGB dienen.

Der unkonditionierte Verweis des AG Hamburg im Urteil vom 11. Dezember 2001¹⁹ auf die Abschlagszahlungspflicht des Stromkunden nach §§ 25 bis 28 AVBEltV als Grundlage eines EEG-Abschlagszahlungsanspruchs geht fehl, weil für den Stromverbrauch nach der StromGvV, ehemals AVBEltV, gerade keine weiteren Vergütungsvoraussetzungen vorliegen müssen, als der Verbrauch selber. Außerdem bestimmt § 13 StromGvV, ehemals §§ 25 bis

¹⁹ RdE 2002, S. 157 f.

28 AVBEltV, gerade eine gesetzliche Abschlagszahlungspflicht des Stromkunden, was für das Rechtsverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber fehlt.

Dessen ungeachtet wird bei zahlreichen Anlagenbetreibern auf Basis einer vertraglichen oder einer anderweitig vereinbarten Regelung eine abschlagsweise Zahlung der Einspeisungsvergütung z.B. monatlich oder quartalsweise vereinbart. Soweit diese Regelungen die für das Zeitintervall und die Anlage maßgebliche Vergütungshöhe bestimmen, ist die Vergütungshöhe nach § 271 BGB auch entsprechend bestimmbar und daher zu den vertraglich oder anderweitig festgelegten Zeitpunkten entsprechend fällig.

Ansprechpartner:

Christoph Weissenborn

Telefon: +49 30 300199-1514

christoph.weissenborn@bdew.de