

Stellungnahme

des Fachverbands Biogas e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu dem Empfehlungsverfahren Abschlagszahlungen (Aktenzeichen 2011/12). Die Fragestellungen des Empfehlungsverfahrens lauten:

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 01. Januar 2004 und vor dem 01. Juli 2004,
- (c) ab dem 01. Juli 2004 und vor dem 01. August 2004,
- (d) ab dem 01. August 2004 und vor dem 01. Januar 2009,
- (e) ab dem 01. Januar 2009

erstmalig in Betrieb genommen worden sind, unterschiedlich zu beantworten?

A. Fragestellung

1. 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)?
2. 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 01. Januar 2004 und vor dem 01. Juli 2004,
 - (c) ab dem 01. Juli 2004 und vor dem 01. August 2004,
 - (d) ab dem 01. August 2004 und vor dem 01. Januar 2009,
 - (e) ab dem 01. Januar 2009

erstmalig in Betrieb genommen worden sind, unterschiedlich zu beantworten?

B. Stellungnahme

I. Entscheidungsvorschlag des Fachverbands Biogas e.V.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf die Frage, ob Anlagenbetreiber zur Erzeugung von Strom aus Biogas einen Anspruch auf Auszahlung der Einspeisevergütung nach Ablauf bestimmter (beispielsweise monatlicher oder vierteljährlicher) Zeitintervalle haben.

Der Fachverband Biogas e.V. beantwortet die verfahrensgegenständlichen Fragen (biogasspezifisch) wie folgt:

1. Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, haben mit der Einspeisung des Stroms in das Netz einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung und der Boni.
2. Ein Anspruch auf vorläufige Abschlagszahlungen ist diesbezüglich nicht erforderlich, da die Einspeisevergütung - bestehend aus Grundvergütung und Boni – bereits im Zeitpunkt der Stromeinspeisung vollständig abrechenbar ist.
3. **Hilfsweise:** Sofern den Nachweisen des Umweltgutachters anspruchsbegründende Wirkung beizumessen ist, haben Anlagenbetreiber bezüglich dieser Boni zumindest einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 59 i.V.m. 16, 27 EEG 2009. Diese Abschläge sind monatlich zu zahlen.
Im Hinblick auf Abschlagszahlungen kommt es auf unterschiedliche Inbetriebnahmezeitpunkte nicht an.

II. Herleitung

1. Einführung

Betreiber von Anlagen, die Strom aus Biogas erzeugen, können nach dem EEG 2000, EEG 2004 und EEG 2009 eine Grundvergütung und nach dem EEG 2004, EEG 2009 sogenannte Boni geltend machen. Hinsichtlich der Abrechnung stellt sich zum einen die Frage, wie sich der Umstand auswirkt, dass die Grundvergütung in Abhängigkeit von der Gesamtjahreseinspeiseleistung gestaffelt ist und damit regelmäßig erst am Ende des Jahres feststeht, welche Gesamtzahlung für das betreffende Kalenderjahr zu zahlen ist. Zum anderen ist fraglich, wie es zu bewerten ist, dass hinsichtlich verschiedener Boni Nachweispflichten vom Gesetz geregelt werden.

In der Praxis hatten diese Fragen bisher wenig Relevanz, da von Netzbetreibern unterjährige Teilzahlungen (Abschläge) ausgezahlt und am Ende des Jahres mittels einer Gesamtabrechnung abgerechnet wurden. Der Umfang der Teilzahlungen war dabei entweder bemessen an der Einspeiseleistung des vorangegangenen Jahres bezogen auf diese Anlage oder an einer prognostizierten Jahresmenge. Dabei wurden die vom Anlagenbetreiber beantragten Boni zugrunde gelegt.

Im Rahmen der vom Bundestag am 30.6.2011 beschlossenen Novellierung des EEG 2009 wird diese Praxis nunmehr ausdrücklich für Alt- und Neuanlagen bestimmt. So regelt § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012, der gemäß der Übergangsbestimmungen auch für Altanlagen gilt (§ 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2012), dass Abschläge zu zahlen sind. Damit ist ab dem 1.1.2012 klargestellt, dass monatliche Abschläge im angemessenen Umfang zu zahlen sind.

In der Begründung ist dazu bestimmt, *„dass auf die Vergütungs- und Bonizahlungen angemessene Abschläge zu zahlen sind. Angemessen sind Abschläge in der Regel, wenn sie monatlich erfolgen und aufgrund der geschätzten oder vorläufig berechneten Einspeisung basieren.“*¹

Verfahrensgegenstand ist jedoch die Frage, ob sich hinsichtlich der Grundvergütung und der Boni schon nach dem EEG 2000, EEG 2004 und EEG 2009 ein Recht auf Abschlagszahlung ergibt und wenn ja, in welchem zeitlichen Turnus. Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Anlagenbetreiber allerdings einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch gegen den Netzbetreiber auf Zahlung der Grundvergütung (dazu unter 2.) und Boni (dazu unter 3.), so dass es keiner Abschlagszahlungen bedarf. Abschließend wird die Frage der unterschiedlichen Inbetriebnahmezeitpunkte behandelt.

2. Fälliger und durchsetzbarer Anspruch auf die Grundvergütung

Fraglich ist, inwieweit und ab welchem Zeitpunkt ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch auf die Grundvergütung besteht.

¹ Vgl. BT-Drs. 17/6071, S. 129.

Der Anspruch der Anlagenbetreiber auf die Vergütung des Stroms aus Biogasanlagen ergibt sich aus §§ 16 Abs. 1 i.V.m. 27 EEG 2009 (§§ 5 Abs. 1 i.V.m. 8 EEG 2004, §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 5 EEG 2000). Danach ist der Netzbetreiber verpflichtet, den aus erneuerbaren Energien erzeugten und eingespeisten Strom entsprechend dem EEG zu vergüten.

Nach § 21 Abs. 1 EEG 2009 ist der Vergütungsanspruch ab dem Zeitpunkt zu zahlen, ab dem der Generator erstmals Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien erzeugt hat und dieser in das Netz eingespeist worden ist. Damit ist festzuhalten, dass der Anspruch auf Vergütung mit der Einspeisung des Stroms in das Netz entsteht.

Der Anspruch auf die Grundvergütung kann auch eindeutig berechnet werden. Er ist auch der Höhe nach bestimmt. Nach § 18 Abs. 1 EEG 2009 bestimmt sich die Höhe der Grundvergütung für den in einer Biomasseanlage erzeugten Strom anteilig nach der Leistung der Anlage im Verhältnis zum jeweils anzuwendenden Schwellenwert. Dabei gilt nach § 18 Abs. 2 EEG 2009 als Leistung der Quotient aus der Summe der im jeweiligen Kalenderjahr nach § 8 EEG 2009 abgenommenen Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden (ggf. abzüglich der vollen Zeitstunden vor der erstmaligen Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und nach endgültiger Stilllegung der Anlage). Es ist zunächst die erste Schwelle bis zum Erreichen der zweiten Schwelle aufzufüllen. Die Strommengen werden mit dem entsprechenden gesetzlich normierten Vergütungssatz vergütet. Die über diesen ersten Schwellenbereich hinausgehenden Strommengen werden entsprechend der zweiten Vergütungsschwelle vergütet, u.s.w. Nur hinsichtlich der Strommenge, die die erste Schwelle überschreitet, gilt die nächste, geringere Vergütungshöhe dieses Schwellenbereichs. Jeder eingespeisten Kilowattstunde lässt sich so - abhängig von der bereits eingespeisten Strommenge und damit dem jeweiligen Schwellenbereich - ein Vergütungsanspruch in einer bestimmten Höhe zuordnen. Dementsprechend können die eingespeisten Strommengen von den Netzbetreibern in der gesetzlich normierten Höhe vergütet werden.

Hinsichtlich der Fälligkeit dieses Vergütungsanspruchs machen die jeweiligen Fassungen des EEG keine Vorgaben. Da dem Anspruch ein gesetzliches Schuld-

verhältnis zugrunde liegt, ist deshalb das BGB anzuwenden. Nach § 271 Abs. 1 BGB kann der Anlagenbetreiber seine Leistung sofort bewirken und die Gegenleistung (Vergütung) sofort verlangen, wenn - wie vorliegend - eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch bestimmbar ist.

Als Zwischenergebnis ergibt sich damit, dass Anlagenbetreiber mit der Einspeisung des Stroms in das Stromnetz einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf die Grundvergütung haben. Da dieser Anspruch der Höhe nach bestimmt ist, handelt es sich dabei nicht nur um eine Abschlagszahlung. Es besteht nicht das Bedürfnis nach einer vorläufigen Abrechnung.

In der Praxis haben sich allerdings monatliche Zahlungen auf prognostischer Basis etabliert, die im Einklang mit den sonstigen Abrechnungsvorschriften, dem gerade geschilderten Ergebnis und üblichen Abrechnungsmodalitäten in der Energiewirtschaft stehen.

3. Fälliger und durchsetzbarer Anspruch auf die Boni

Fraglich ist, ob ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch auch im Hinblick auf die Boni besteht.

Da nach dem EEG 2000 keine Boni zu gewähren sind, kann sich die folgende Prüfung auf die Boni des EEG 2004 und des EEG 2009 beschränken. Im EEG 2004 sind der NawaRo-Bonus, der KWK-Bonus und der Trockenfermentations-Bonus geregelt. Nach dem EEG 2009 kann der Technologie-Bonus, der NawaRo-Bonus, der KWK-Bonus und der Luftreinhaltungs-Bonus verlangt werden.

Hinsichtlich der Boni gilt grundsätzlich das zur Grundvergütung Ausgeführte. Da die Boni die Grundvergütung lediglich erhöhen, entsteht der Anspruch auf die Boni wie bei der Grundvergütung mit der Einspeisung des Stroms in das Netz und wird auch zu diesem Zeitpunkt fällig.

Auch die Boni sind z.T. in Abhängigkeit bestimmter Schwellen gestaffelt. Die Berechnung dieser Schwellen erfolgt ebenfalls nach § 18 EEG 2009 (z.B. § 27 Abs. 4 EEG 2009 i.V.m. Nr. VI.2, Nr. VI.3 der Anlage 2 zum EEG 2009). Sofern die Boni nicht gestaffelt sind, können diese nur bis zu einer jeweils be-

stimmten Schwelle verlangt werden (z.B. § 27 Abs. 4 EEG 2009 i.V.m. Nr. VI.2a Anlage 2 zum EEG 2009). Hinsichtlich der Vergütungsberechnung ist ebenfalls § 18 EEG 2009 anzuwenden.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass der Anspruch auf die Boni im Zeitpunkt der Einspeisung des Stroms in das Netz verlangt werden kann. Da die Boni als Erhöhung der Grundvergütung ausgestaltet sind, wird der Anspruch auf die Boni ebenso wie der Anspruch auf die Grundvergütung gemäß § 271 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Einspeisung fällig. Zudem ist dieser Anspruch auch durchsetzbar, da der eingespeisten Kilowattstunde regelmäßig ein bestimmter, die Grundvergütung erhöhender Vergütungsanspruch zugeordnet werden kann. Bloßer Abschlagszahlungen bedarf es daher nicht.

Dem steht auch nicht entgegen, dass hinsichtlich des NawaRo-Bonus unter Einsatz rein pflanzlicher Nebenprodukte, des Gülle-Bonus, des Landschaftspflege-Bonus und des KWK-Bonus dem Netzbetreiber bestimmte Vergütungsmerkmale durch ein Gutachten eines Umweltgutachters nachzuweisen sind. Die dort verlangten Nachweise haben keine Auswirkung auf die Entstehung des Anspruchs. Die bestimmten Nachweise dienen lediglich der Beweisführung von streitigen Sachverhalten, können jedoch das Entstehen von Ansprüchen nicht behindern. Es handelt sich nicht um eine rechtshindernde Einwendung.

Sofern einzelne Boni zum Nachweis eines Gutachtens durch den Umweltgutachter bedürfen, ist dieser Nachweis für die Berechnung der Vergütung nicht erforderlich. Deutlich wird dies insbesondere bezüglich des KWK-Bonus. In Nr. I Anlage 3 zum EEG 2009 werden die Anspruchsvoraussetzungen genannt. Davon getrennt enthält die Nr. II Anlage 3 zum EEG 2009 die erforderlichen Nachweise. Zur Berechnung des KWK-Bonus bedarf es lediglich der Übermittlung der Wärmemengen. Die zu erbringenden Nachweise sind für das Entstehen des Anspruchs nicht relevant.²

Darüber hinaus spricht auch § 46 Nr. 2 und 3 EEG 2009 dafür, dass Nachweispflichten keine Auswirkung auf das Entstehen und die Fälligkeit des Anspruchs haben. Nach § 46 Nr. 2 und 3 EEG 2009 ist der Anlagenbetreiber nur verpflichtet

² *Loibl*, in: *Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter*, *Biogasanlagen im EEG*, 2. Auflage 2011, S. 180 Rn. 9; *Ekarde*, in: *Frenz/Müggenborg*, *EEG*, 2. Auflage 2011, § 27 Rn. 83.

tet, die entsprechenden Nachweise (u.a. Gutachten eines Umweltgutachters) dem Netzbetreiber bis zum 28.02. des Folgejahres für die Endabrechnung zur Verfügung zu stellen. Im Umkehrschluss ergibt sich somit auch aus § 46 Nr. 2 und 3 EEG 2009, dass bei der Berechnung der Einspeisevergütungen während des Jahres Nachweise durch den Umweltgutachter nicht erforderlich sind.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass auch hinsichtlich der Boni ein Anspruch auf Vergütung und nicht nur ein Anspruch auf vorläufige Abschlagszahlungen besteht. Dies gilt auch dann, wenn rückwirkend für das Kalenderjahr der Nachweis durch ein Gutachten eines Umweltgutachters zu erbringen ist.

Hilfsweise, also für den Fall, dass dem Nachweis des Umweltgutachtens über dessen Beweisfunktion ein weiterer, die Fälligkeit des Anspruchs verzögernder Charakter zukommt, hat der Anlagenbetreiber **zumindest** gemäß § 59 Abs. 1 i.V.m. §§ 16, 27 EEG 2009 - bezogen auf den NawaRo-Bonus unter Einsatz rein pflanzlicher Nebenprodukte, den Gülle-Bonus, den Landschaftspflege-Bonus und den KWK-Bonus - einen Anspruch auf Abschlagszahlungen:

Nach § 59 EEG 2009 kann das für die Hauptsache zuständige Gericht auf Antrag der Anlagenbetreiberin oder des Anlagenbetreibers „durch einstweilige Verfügung regeln, dass die Schuldnerin oder der Schuldner der in den §§ 5, 8, 9 und 16 bezeichneten Ansprüche ... den Strom abzunehmen und hierfür einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagszahlung zu leisten hat.“

Gemäß § 59 Abs. 1 EEG 2009 hat der Anlagenbetreiber einen Anspruch auf Abschlagszahlungen. § 59 Abs. 1 EEG 2009 selbst ist die Anspruchsgrundlage und nicht nur bloße Verfahrensvorschrift. Denn anders als § 935 ZPO („Einstweilige Verfügungen ... sind zulässig, wenn ...“) ist § 59 Abs. 1 EEG 2009 durch die Formulierung „der Anlagenbetreiber kann“ als materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage ausgestaltet.

Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist die Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrunds.

Hinsichtlich des Verfügungsgrunds (Eilbedürftigkeit) gelten die prozessualen Erleichterungen des § 59 Abs. 2 EEG 2009.

Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus § 59 Abs. 1 i.V.m. § 16 EEG 2009 (i.V.m. § 27 EEG 2009).

Als Rechtsfolge setzt das Gericht Abschlagszahlungen in Höhe eines billig und gerecht zu erachtenden Betrags fest. Dabei beziehen sich die Abschläge lediglich auf die Boni, hinsichtlich derer nach dem EEG 2009 der Nachweis durch den Umweltgutachter erforderlich ist. Die Grundvergütung sowie die anderen Boni im EEG 2009 sind bereits mit der Einspeisung des Stroms in das Netz fällig und durchsetzbar.

Als Zwischenergebnis für den Fall, dass dem Nachweis durch den Umweltgutachter bezogen auf die Boni im EEG 2009 mehr als nur eine Beweisfunktion zuzumessen ist, ergibt sich damit Folgendes: Der Anlagenbetreiber hat einen Anspruch auf billig und gerechte Abschlagszahlungen bezogen auf den NawaRo-Bonus unter Einsatz rein pflanzlicher Nebenprodukte, Gülle-Bonus, Landschaftspflege-Bonus und KWK-Bonus nach dem EEG 2009. Dieser materiell-rechtliche Anspruch ergibt sich unmittelbar aus § 59 Abs. 1 EEG 2009.

Zu der Frage, in welchen zeitlichen Intervallen die Abschläge zwischen Anlagenbetreibern und Netzbetreibern zu zahlen sind, enthält das EEG keine expliziten Regelungen. Anhaltspunkte für einen allgemeinen Grundsatz im EEG in Bezug auf Abschläge ergeben sich allenfalls aus § 39 EEG 2009. Danach sind auf Ausgleichszahlungen monatliche Abschläge zu zahlen. Auch in der Praxis sind monatliche Abrechnungen branchenüblich. Der Vorteil dabei ist, dass es sich um einen klar abgrenzbaren Zeitraum handelt. Des Weiteren hält sich der mit der Abrechnung verbundene bürokratische Aufwand in Grenzen. Viel wichtiger ist jedoch, dass bei längeren Zeitintervallen (etwa quartalsweise) die Anlagen nicht wirtschaftlich betrieben werden könnten.

Abschläge sind damit bezogen auf den NawaRo-Bonus unter Einsatz rein pflanzlicher Nebenprodukte, Gülle-Bonus, Landschaftspflege-Bonus und KWK-Bonus nach dem EEG 2009 in monatlichen Intervallen zu zahlen.

Unterschiedliche Inbetriebnahmezeitpunkte

Infolge von § 66 Abs. 1 EEG 2009 ist eine Unterscheidung nach den genannten Inbetriebnahmen in Bezug auf einen Anspruch auf Abschlagszahlungen nicht erforderlich. In § 66 Abs. 1 EEG 2009 wird nicht auf § 59 EEG 2009 Bezug genommen. Folglich ist diese Norm auf alle Anlagen, die vor dem 1.1.2009 in Betrieb genommen worden sind, wie oben dargestellt bezogen auf den NawaRo-Bonus unter Einsatz rein pflanzlicher Nebenprodukte, Gülle-Bonus, Landschaftspflege-Bonus und KWK-Bonus nach dem EEG 2009 anzuwenden.

III. Ergebnis

Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas haben mit der Einspeisung in das Stromnetz einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung und der Boni. Branchenüblich erfolgen monatliche Zahlungen.

Hinsichtlich einiger Boni des EEG 2009 wird zum Nachweis ein Gutachten eines Umweltgutachters erforderlich. Sofern entgegen der Auffassung des Fachverbands Biogas e.V. die Fälligkeit des Anspruchs des Anlagenbetreibers vom Nachweis dieser Gutachten abhängt, hat der Anlagenbetreiber mit der Einspeisung des Stroms in das Netz zumindest einen Anspruch auf einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagszahlung, der branchenüblich monatlich zu erfolgen hätte.

Der Inbetriebnahmezeitpunkt ist aufgrund von § 66 Abs. 1 EEG 2009 nicht maßgeblich, da § 59 EEG 2009 damit unterschiedslos für alle vor dem 1.1.2009 in Betrieb genommenen Anlagen anzuwenden wäre.

Ansprechpartner:

Rechtsanwalt, Dipl.-Betr. (BA) René Walter
Fachverband Biogas e.V.
31.08.2011