

# Stellungnahme

zum Empfehlungsverfahren 2011/12 –  
„Abschlagszahlungen“

31. August 2011, Hannover

Gemeinsame Stellungnahme des Bundesverbandes Kraft-Wärme-Kopplung e.V., ESCO Forums im ZVEI und des Verbandes für Wärmelieferung e.V.

## Empfehlungsverfahren 2011/12 – „Abschlagzahlungen“

Sehr geehrter Herr Dr. Lovens,

mit Schreiben vom 20.07.11 haben Sie uns darüber informiert, dass Sie ein Empfehlungsverfahren zu dem vorgenannten Thema eingeleitet haben. Binnen der bis zum 31.08.11 gesetzten Frist möchten wir dazu wie folgt Stellung nehmen:

Die unterzeichnenden Verbände meinen, dass die von Ihnen aufgeworfene Frage zu bejahen ist und zwar unterschiedslos für alle 5 (unter (a) bis (e)) Ihrerseits beschriebenen Konstellationen, also nach allen Fassungen des EEG: Betreiberinnen und Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas, für die grundsätzlich ein EEG-Vergütungsanspruch gegen den Netzbetreiber besteht, haben nicht nur nach Beendigung eines Einspeise- bzw. Kalenderjahres (sowie entsprechender jährlicher Schluss-Abrechnung) einen Anspruch auf Auszahlung dieser Einspeisevergütung, sondern anteilig bereits nach Ablauf bestimmter Zeitintervalle (so genannte Abschlagszahlungen).

Diese Auffassung begründet sich darin, dass zwar in allen Fassungen des EEG eine ausdrückliche Regelung zur Berechtigung des Verlangens von Abschlagszahlungen fehlt. Gleichwohl folgt aus der Rechtsnatur der Stromeinspeisung, dass einem Anlagenbetreiber nach dessen entsprechenden ausdrücklichen Verlangen ein solches Recht auf Abschlagszahlungen zusteht. Jeder Anlagenbetreiber kann demnach vom Netzbetreiber verlangen, dass auf den von ihm laufend eingespeisten Strom bereits vor seiner jährlichen Schlussabrechnung angemessene Abschlagszahlungen zu zahlen sind.

Im Einzelnen ergibt sich diese Rechtsauffassung aus Folgendem:

### 1.

Betrachtet man den Wortlaut aller Fassungen des EEG, so fällt zunächst auf, dass alle Fassungen des EEG lediglich vorsehen, dass der EEG-vergütungsfähige Strom, der in das Netz der allgemeinen Versorgung des Verteilnetzbetreibers eingespeist wird, zu vergüten ist, ohne hierfür jedoch konkret zu regeln, wann diese Vergütung zu zahlen ist.<sup>1</sup> Es fehlt also bereits an einer expliziten Bestimmung zur Fälligkeit des Vergütungsanspruchs.<sup>2</sup> Erst recht fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung zur Berechtigung des Verlangens von Abschlagszahlungen. Nur eine Nebenpflicht des Anlagenbetreibers ist ab der Fassung des EEG 2004 im EEG normiert: Nach dieser Nebenpflicht muss der Anlagenbetreiber dem

<sup>1</sup> vgl. § 3 Abs. 1, S. 1 EEG 2000; § 5 Abs. 1, S. 1 EEG 2004; § 16 Abs. 1 und § 21 Abs. 1 und 2 EEG 2009 sowie § 21 Abs. 1 und 2 EEG 2012.

<sup>2</sup> siehe dazu jüngst auch Landgericht Paderborn, Urteil vom 21.09.10, Az: 6 O 41/10, RN 26.

Verteilnetzbetreiber, in dessen Netz er seinen EEG-Strom einspeist, bis zum 28. Februar eines Jahres die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung stellen.<sup>3</sup> Auf der Grundlage dieser Daten erfolgt dann dementsprechend in der Praxis – mit zudem in der Regel meist erheblichem Zeitverzug – auch nur eine nachträgliche EEG-Vergütung für den im Vorjahr eingespeisten und dem Netzbetreiber zur Verfügung gestellten Strom.<sup>4</sup> Das bedeutet, dass die Anlagenbetreiber rein faktisch zumeist erheblich in Vorleistung treten und ihre EEG-Vergütung erst bis zu 6 Monate nach der nachträglichen Abrechnung, d.h. bis zu 18 Monate nach dem Moment erhalten, in dem sie dem Netzbetreiber den Strom bereits zur Verfügung gestellt haben.

## 2.

Die unterzeichnenden Verbände meinen indes, dass dieses zu 1 beschriebene Vorgehen den gesetzlichen Vorgaben widerspricht. Zwar fehlt es anders als z.B. in § 13 Strom- und GasGVV sowie § 25 AVBFernwärmeV an einer konkreten gesetzlichen Regelung dahingehend, dass der Anlagenbetreiber laufende Teilleistungen (Abschlagszahlungen) auf seine dauerhafte Strom-Einspeisung verlangen kann. Zugleich fehlt es aber – wie bereits aufgezeigt – auch an einer eindeutigen Bestimmung über die Fälligkeit der Vergütung. Anders als z.B. in § 17 Strom- und GasGVV sowie § 27 AVBFernwärmeV ist demgemäß auch nicht bestimmt, dass der Vergütungsanspruch erst nach entsprechender Rechnung fällig wird. Aus dem Umstand, dass es im EEG an einer ausdrücklichen Gestattung des Verlangens von Abschlagszahlungen fehlt, kann mithin nicht geschlossen werden, dass ein solches Verlangen nicht berechtigt sei. Die Rechtslage aus der Strom- und GasGVV bzw. der AVBFernwärmeV lässt sich nicht auf das EEG übertragen.

Aber auch der Grundsatz aus § 266 BGB, dass Teilleistungen die Ausnahme sind und daher der Gläubiger des Zahlungsanspruchs (hier also der Anlagenbetreiber) nicht zum Verlangen von Teilleistungen (= Teilzahlungen) berechtigt sei,<sup>5</sup> greift nicht. Denn dieser Grundsatz greift dann nicht, wenn ein Sukzessivliefervertrag vorliegt.<sup>6</sup> Vorliegend ist insofern der besondere Rechtscharakter der Einspeisung nach dem EEG zu beachten: Bei der Stromeinspeisung nach dem EEG handelt es sich um eine so genannte Sukzessivlieferung, d.h. eine auf die Erbringung von aufeinander folgenden Leistungen (hier: von Strom in Kilowattstunden) gerichtete Belieferung. Diese Dauerbelieferung (für mindestens 20 Jahre plus Inbetriebnahmejahr) erfolgt in der Weise, dass der Anlagenbe-

<sup>3</sup> vgl. § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 und § 46 Nr. 3 EEG 2009 und § 46 Nr. 3 EEG 2012.

<sup>4</sup> Nur in wenigen Fällen bestehen vertragliche Absprachen mit den Netzbetreibern, laut denen diese sich zur Zahlung von monatlichen oder vierteljährlichen Abschlägen auf die jährlich insgesamt zu erwartende EEG-Vergütung verpflichten. Namentlich mit kleineren Anlagen (insbesondere also im KWK- und PV-Bereich) werden solche vertraglichen Abreden zumeist nicht geschlossen. Denn sowohl für den Anlagen- als auch den Netzbetreiber bedeuten solche vertraglichen Zusatzabsprachen aufgrund der geringen Einspeisemengen und dementsprechend geringen EEG-Vergütungshöhen unwirtschaftlichen Aufwand.

<sup>5</sup> bzw. – wie es im BGB heißt – der Schuldner (Netzbetreiber) nicht zur Leistung von Teilleistungen berechtigt sei.

<sup>6</sup> ebenso: Palandt, Kommentar zum BGB (2011), § 266 RN 5.

treiber den von ihm erzeugten Strom dauerhaft dem Netzbetreiber andient und in dessen Netz einspeist.<sup>7</sup> Es erfolgen also ständige, ineinander greifende Teillieferungen. Diese Teillieferungen sind nach dem EEG zu vergüten, wobei es dem Wesen dieser Sukzessivlieferung entspricht, dass die entsprechenden Teillieferungen auch gesonderter Vergütung unterliegen, die auch gesondert gezahlt und entsprechend eben auch gesondert verlangt werden kann. Das EEG normiert dementsprechend stets auch zur Höhe der Vergütung, dass diese pro eingespeister Kilowattstunde (kWh) zu zahlen ist (und nicht etwa in jährlichen Abständen pro eingespeister Jahresstrommenge). Darin zeigt sich gerade, dass an die jeweils sozusagen sekundengenaue Einspeisung des Stroms sukzessive angeknüpft wird: pro Teillieferung (in kWh Strom) ist gerade eine gesonderte Teilzahlung (in Cent pro kWh) zu erbringen.

Wenn das EEG dementsprechend in keiner seiner Fassungen normiert, wann der Gläubiger des EEG-Vergütungsanspruchs (hier also der Anlagenbetreiber) diese Teilzahlung verlangen kann, so ist bei der Auslegung dieser Frage entsprechend der Auslegungsregel des § 271 Abs. 1 BGB die Rechtsnatur dieser EEG-Einspeisung entscheidend: Es handelt sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis in Form eines Sukzessivlieferungsvertrages, bei dem es zum Vertragsinhalt gehört, dass nicht nur Teillieferungen (hier von Strom) erfolgen, sondern auch Teilzahlungen (hier von Cent pro kWh). Diese Teilzahlungen kann der Gläubiger entsprechend der Auslegungsregel des § 271 Abs. 1 BGB in der Weise verlangen, wie es nach der Natur des Rechtsverhältnisses bzw. den Umständen angemessen ist.

Nach der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses ist es aber gerade nicht angemessen, dass der Anlagenbetreiber erst erheblich in Vorleistung treten und auf seine Gegenleistung bis zu 18 Monate nach Erbringung der Leistung warten muss. Diese eingangs beschriebene Praxis führt vielmehr dazu, dass der Anlagenbetreiber aufgrund seiner erheblichen Vorleistung z.B. beträchtliche Zinsverluste, etc. erleidet. Das entspricht nicht dem Wesen einer Sukzessivlieferung und insbesondere auch nicht dem des EEG. Zudem wird diese eingangs beschriebene „einspeiseseitige“ Praxis zulasten der EEG-Anlagenbetreiber bei der „lieferseitigen“ Belastung der Letztverbraucher mit der EEG-Umlage nach § 37 EEG 2009 nicht praktiziert. Hier wird von den Netzbetreibern und den Stromlieferanten gerade die EEG-Umlage auch unterjährig erhoben, indem die EEG-Umlagekosten in die Berechnungen der monatlichen Abschläge bereits einfließen. Das steht nicht im Einklang mit einer Auszahlung der EEG-Vergütung erst bis zu 18 Monate nach Einspeisung. Die Netzbetreiber generieren durch diese Zurückhaltung an sich seitens der Lieferanten und Letztverbraucher schon unterjährig gezahlter EEG-Umlage weitere Zinsvorteile.

<sup>7</sup> einzige Ausnahme ist insoweit nur die Eigenverbrauchsregelung nach § 33 Abs. 2 EEG 2009 und § 33 Abs. 2 EEG 2012, bei der auch der Eigenverbrauch des PV-Stroms zum Vergütungsanspruch führt. Aber auch die hier mithin nicht vorliegende Einspeisung ändert nichts am Rechtscharakter der Sukzessivlieferung: Auch hier wird sukzessive Strom erzeugt und selbst verbraucht und ist jeweils pro kWh vom Netzbetreiber zu vergüten.

Zieht man diese Effekte noch hinzu, so erhellt sich erst recht die einseitige Bevorteilung der Netzbetreiber, die die gegenwärtige Auszahlungspraxis der EEG-Vergütungen hat. Das entspricht nicht der Intention des Gesetzgebers bei Normierung des EEG und findet insbesondere im Wortlaut des EEG auch keine Stütze. Denn in keiner Fassung des EEG ist normiert, dass der Anlagenbetreiber eine solch erhebliche Vorleistung erbringen muss und die Netzbetreiber erhebliche Zinsvorteile generieren dürfen. Vielmehr ist geregelt, dass der Vergütungsanspruch ab der erstmaligen Einspeisung besteht.<sup>8</sup>

### 3.

Nach diesseitigem Dafürhalten ist deshalb von einer Fälligkeit nach Einspeisung auszugehen. Diese lässt sich in der Praxis kaum umsetzen. Um den Aufwand für den Netzbetreiber überschaubar zu halten, erscheint es deshalb angemessen, unter Zugrundelegung der Abrechnungsgewohnheiten bei anderen Energielieferungen nur monatliche Abschlagszahlungen (im Sinne eines vorläufigen Entgelts für zurück liegende Teilstromlieferungen) zugrunde zu legen. Die Höhe dieser Abschlagszahlungen muss dabei freilich angemessen sein und sich – je nach Anlagenart und -größe – an dem orientieren, was erfahrungsgemäß jährlich aus der vorhandenen EEG-Anlage an Strom eingespeist wird. Hierzu kann auf die seit Bestehen des EEG mittlerweile zahlreich vorhandenen Erfahrungswerte zurück gegriffen werden. Von diesen Jahreswerten ist dann der Anteil von 1/12 als monatlicher Abschlag zu zahlen.

Der Netzbetreiber steht auch nicht in dem Risiko, in nennenswertem Umfang überhöhte Abschlagszahlungen leisten zu müssen. Er kennt die aktuellen Einspeisemengen des Anlagenbetreibers und kann dann, wenn diese unter den prognostizierten Werten liegen, eine entsprechende Anpassung der Abschlagszahlungen verlangen (vgl. § 13 StromGVV).

Insgesamt ist schlussendlich aus Sicht der unterzeichnenden Verbände nichts dafür ersichtlich, dass diese aus dem sonstigen Recht der Dauerschuldverhältnisse bzw. Sukzessivlieferverträge übliche Praxis der Erbringung von angemessenen Abschlagszahlungen nicht auch auf das EEG übertragen werden könnte. Das Gegenteil ist der Fall: Die Rechtsnatur der EEG-Einspeisung sowie dessen Umstände verlangen es, dass jedem Anlagenbetreiber ein Anspruch auf Zahlung angemessener Abschlagszahlungen zustehen muss und er mit der Stromeinspeisung gerade nicht erheblich in Vorleistung zu treten hat.

Wir bitten dementsprechend in Bezug auf das Empfehlungsverfahren 2011/12 um Entscheidung wie eingangs dargestellt. Eine solche Entscheidung würde das Abrechnungs-

<sup>8</sup> bzw. dem erstmaligen Selbstverbrauch wie im Falle des § 33 Abs. 2 EEG 2009 und des § 33 Abs. 2 EEG 2012.

Stellungnahme der Verbände B.KWK; ESCO Forum und VfW zum Empfehlungsverfahren 2011/12  
– „Abschlagzahlungen“ vom 31.08.2011

6/6

verfahren vieler EEG-Vergütungen gerade von kleineren Anlagenbetreibern erheblich erleichtern und auch dort interessengerechte Lösungen ermöglichen.

Mit freundlichen Grüßen



Dipl.-Kfm. Berthold Müller-Urlaub  
Präsident

**Bundesverband Kraft-Wärme-Kopplung e. V.**

Markgrafenstraße 56  
10117 Berlin  
Tel.: 030/27019281-0  
Fax: 030/27019281-99  
E-Mail: [info@bkwk.de](mailto:info@bkwk.de)  
[www.bkwk.de](http://www.bkwk.de)



RA Stephan v. Hundelshausen  
Geschäftsführer

**ESCO Forum  
im ZVEI**

Charlottenstr. 35/36  
10117 Berlin  
Tel.: 030/306960-26  
Fax: 030/306960-20  
E-Mail: [esco-forum@zvei.org](mailto:esco-forum@zvei.org)  
[www.esco-forum.de](http://www.esco-forum.de)



Dipl.-Ing. Birgit Arnold  
Geschäftsführende  
Vizepräsidentin

**Verband für  
Wärmelieferung e.V.**

Lister Meile 27  
30161 Hannover  
Tel.: 0511/36590-0  
Fax: 0511/36590-19  
E-Mail: [hannover@vfw.de](mailto:hannover@vfw.de)  
[www.energiecontracting.de](http://www.energiecontracting.de)