

2019/45

Berlin, den 9. Juni 2020

Schiedsspruch

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Partei zu 1 und Schiedsklägerin –

2. [...]

– Partei zu 2 und Schiedsbeklagte –

erlässt das Schiedsgericht durch die Schiedsrichter Dibbern sowie Dr. Mutlak und Sobotta aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. September 2019 am 9. Juni 2020 folgenden Schiedsspruch:

1. Die Schiedsklägerin hat für den in ihrer PV-Anlage in der [...] vom [...] Dezember 2016 bis zum 18. Dezember 2016 erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten und an die [...] GmbH] veräußerten Strom gegen die Schiedsbeklagte keinen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie nach dem EEG.
2. Die Schiedsklägerin hat für den in ihrer PV-Anlage in der [...] vom [...] Dezember 2016 bis zum 26. Januar 2019 erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten und an die [...] GmbH] veräußerten Strom gegen die Schiedsbeklagte einen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie nach dem EEG.

Ergänzender Hinweis des Schiedsgerichts:

Wenn und soweit die Schiedsbeklagte geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Schiedsspruchs ergibt, so liegen hinsichtlich darauf beruhender Zahlungen oder Forderungen der Schiedsbeklagten an die Schiedsklägerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017¹ vor.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über den Anspruch auf Auszahlung der Marktprämie nach dem EEG.
- 2 Die Schiedsklägerin betreibt in der [...] Solaranlagen mit einer installierten Gesamtleistung von [ca. 160] kW_p, die im April 2008 in Betrieb genommen worden sind (im Folgenden: Anlage).
- 3 Zum [...] Dezember 2016 begann die Schiedsklägerin den in ihrer Anlage erzeugten Strom direkt zu vermarkten. Dieser Zeitpunkt des Beginns der Direktvermarktung war von der Schiedsklägerin frei gewählt worden. Es wäre ihr möglich gewesen, mit dem Beginn der Direktvermarktung abzuwarten, bis die Fernsteuerbarkeit der Anlage hergestellt worden war. Sie wählte jedoch einen frühen Zeitpunkt vor der Fernsteuerbarkeit der Anlage, um die von ihr - und ihrem Direktvermarkter, der [...] GmbH] (im Folgenden: Direktvermarkterin) - angenommene Frist zur Herstellung der Fernsteuerbarkeit von zwei Monaten ab Beginn der Direktvermarktung auszuschöpfen.
- 4 Am [...] Dezember 2016 stattete ein Elektriker im Auftrag der Schiedsklägerin die Anlage mit einem Steuergerät zur Fernüberwachung aus und stellte dessen Funktionsfähigkeit fest. Am [...] Januar 2017 wurde die Funktionsfähigkeit des Steuergeräts erneut mit positivem Ergebnis geprüft.

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der vom 29.05.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2017 und weiterer energierechtlicher Bestimmungen vom 25.05.2020 (BGBl. I 2020 S. 1070), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

- 5 Mit Schreiben vom 30. Januar 2017 teilte die Schiedsklägerin der Schiedsbeklagten mit, dass die Funktionsfähigkeit des Steuergeräts zur Fernüberwachung am [...] Januar 2017 festgestellt wurde.
- 6 Der Direktvermarkterin teilte die Schiedsklägerin die Fernsteuerbarkeit der Anlage mit Schreiben vom 30. Januar 2017 mit, wobei sie Bezug auf die Prüfung der Funktionsfähigkeit des Steuergeräts vom [...] Januar 2017 nahm.
- 7 Die Schiedsbeklagte zahlte der Schiedsklägerin in der Zeit vom [...] Dezember 2016 bis einschließlich [...] Januar 2017 die gesetzliche Marktprämie für den in der Anlage der Schiedsklägerin erzeugten und in ihr Netz eingespeisten Strom. Die Wirtschaftsprüferin der Schiedsbeklagten bestätigte ihr die ausgezahlte Marktprämie für Dezember 2016 nicht. Sie begründete dies unter Berufung auf § 20 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017.
- 8 Mit Schreiben vom 13. Juni 2017 änderte die Schiedsbeklagte ihre Abrechnung gegenüber der Schiedsklägerin und setzte den Wert der Vergütung für die Zeit vom [...] Dezember 2016 bis einschließlich [...] Januar 2017 auf null.
- 9 **Die Schiedsklägerin** ist der Auffassung, dass sie ab dem Zeitpunkt zur Anmeldung zur Direktvermarktung einen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie habe. Hilfsweise macht sie geltend, dass der Zeitpunkt der tatsächlichen Fernsteuerbarkeit maßgeblich sei.
- 10 Sie ist der Ansicht, dass sie nicht vor Beginn des zweiten Monats, nachdem sie begonnen hatte ihren Strom direkt zu vermarkten, verpflichtet war, ihre Anlage fernsteuerbar zu machen. § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014² sei analog auf den Zeitpunkt des Beginns der Direktvermarktung anzuwenden. Die Herstellung der Fernsteuerbarkeit bis zum 31. Januar 2017 wäre daher ausreichend gewesen, um für die Direktvermarktung ab dem 1. Dezember 2016 die volle Marktprämie zu erhalten.
- 11 Sie begründet dies damit, dass der Gesetzgeber des EEG 2014 auch Betreibern von Bestandsanlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen wurden, jederzeit den Wechsel zwischen Einspeisevergütung und Direktvermarktung ermöglichen wollte. Der im Wortlaut genannte Zeitpunkt (zum zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Monat) sei bei Bestandsanlagen längst verstrichen. Müssten diese Anla-

²Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der vom 02.09.2016 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende vom 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

gen stattdessen bereits zum Zeitpunkt des Wechsels fernsteuerbar sein, würde dies für die Anlagenbetreiber eine unzumutbare Belastung darstellen, durch die die freie Entscheidung über den Wechsel beeinträchtigt würde. Zudem läge eine Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Anlagenbetreibern vor, wenn für sie die Zweimonatsfrist nicht gelten würde.

- 12 Sie ist der Ansicht, den Nachweis, dass die Anlage fernsteuerbar ist, gegenüber der Schiedsbeklagten mit Zusendung des Schreibens vom 30. Januar 2017 am 30. Januar 2017 erbracht zu haben.
- 13 Die Schiedsklägerin ist zudem der Ansicht, dass die Anlage ab dem [...] Dezember 2016 per Fernüberwachung fernsteuerbar i. S. d. des EEG war.
- 14 **Die Schiedsbeklagte** meint hingegen, dass für den Beginn des Anspruchs auf Zahlung der Marktprämie das Datum des Nachweises der Fernsteuerbarkeit maßgeblich sei.
- 15 Sie ist der Auffassung, dass die Anlage der Schiedsklägerin bereits mit dem Beginn der Direktvermarktung am [...] Dezember 2016 hätte fernsteuerbar sein müssen. § 20 EEG 2017 sei anwendbar. § 20 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 knüpfe ausschließlich an die Inbetriebnahme an und nicht an den Zeitpunkt des Beginns der Direktvermarktung. Der Nachweis der Fernsteuerbarkeit hätte daher spätestens zum Datum des Wechsels in die Direktvermarktung vorliegen müssen.
- 16 Die Schiedsbeklagte behauptet, das Schreiben der Schiedsklägerin vom 30. Januar 2017 erst Anfang Februar erhalten zu haben.
- 17 Dem schiedsrichterlichen Verfahren liegen folgende Fragen zugrunde:

1. Hat die Schiedsklägerin für den in ihrer PV-Anlage in der [...] vom [...] Dezember 2016 bis zum [...] Januar 2017 erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten und an die [...] veräußerten Strom gegen die Schiedsbeklagte einen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie nach dem EEG?
2. Verneinendenfalls: Seit wann besteht ggf. der Anspruch der Schiedsklägerin auf Zahlung der Marktprämie?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 18 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag) durchgeführt worden. Beide Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.2 Würdigung

- 19 Die Schiedsklägerin hat gegen die Schiedsbeklagte für den Zeitraum vom [...] Dezember 2016 bis zum 18. Dezember 2016 keinen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie gemäß § 19 i. V. m. § 100 Abs. 1 EEG 2014, §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 34 Abs. 1 i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. d) EEG 2014.
- 20 Für den Zeitraum vom [...] Dezember 2016 bis zum 31. Dezember 2016 hat die Schiedsklägerin hingegen gegen die Schiedsbeklagte einen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie gemäß § 19 i. V. m. § 100 Abs. 1 EEG 2014, §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 34 Abs. 1 i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. d) EEG 2014 und für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 25. Januar 2017 nach § 19 EEG 2014 i. V. m. § 100 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017, §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 34 Abs. 1 EEG 2014 i. V. m. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 lit. d) EEG 2017.
- 21 Dies ergibt sich daraus, dass die Voraussetzungen auf Zahlung der Marktprämie aus den vorliegend anwendbaren (s. Abschnitt 2.2.1) §§ 35 und 36 EEG 2014 (s. Abschnitt 2.2.2) erst ab dem [...] Dezember 2016 erfüllt waren (s. Abschnitt 2.2.3). Dies gilt unter der Voraussetzung, dass – was zwischen den Parteien nicht streitig ist – die Schiedsklägerin der Direktvermarkterin die Befugnis nach § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 erteilt hat.
- 22 Auf § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014, wonach die Voraussetzungen nach § 35 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 nicht vor Beginn des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Kalendermonats erfüllt sein muss, beruft sich die Schiedsklägerin vergeblich (s. Abschnitt 2.2.4).

2.2.1 Anwendbares Recht

- 23 Die Anwendbarkeit des § 19 EEG 2014 ergibt sich für den Zeitraum vom [...] Dezember 2016 bis zum 31. Dezember 2016 aus § 100 Abs. 1 EEG 2014 und für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 25. Januar 2017 aus § 100 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017.³ Demnach sind für Strom aus Anlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, grundsätzlich die Bestimmungen des EEG 2014 anzuwenden.
- 24 Die Anwendbarkeit der §§ 20, 34, 35 und 36 EEG 2014 ergibt sich für den Zeitraum vom [...] Dezember 2016 bis zum 31. Dezember 2016 aus § 100 Abs. 1 Nr. 10 lit. d) EEG 2014 und für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 25. Januar 2017 aus § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 lit. d) EEG 2017.⁴ Demnach sind für Strom aus den streitgegenständlichen Anlagen die Bestimmungen des EEG 2014 anzuwenden mit der Maßgabe, dass § 66 Abs. 1 Nr. 10 EEG 2012⁵ anzuwenden ist, wobei die in § 66 Abs. 1 erster Halbsatz EEG 2012 angeordnete allgemeine Anwendung der Bestimmungen des EEG 2009⁶ nicht anzuwenden ist, sowie die folgenden Maßgaben gelten: statt § 66

³Soweit – wie vorliegend – nicht ausdrücklich eine Rückwirkung angeordnet wird, unterstehen Schuldverhältnisse in Bezug auf Inhalt und Wirkung grundsätzlich dem Recht, das zur Zeit der Verwirklichung ihres Entstehungstatbestandes galt, vgl. *BGH*, Urt. v. 19.10.1965 – II ZR 36/64.

⁴Soweit – wie vorliegend – nicht ausdrücklich eine Rückwirkung angeordnet wird, unterstehen Schuldverhältnisse in Bezug auf Inhalt und Wirkung grundsätzlich dem Recht, das zur Zeit der Verwirklichung ihres Entstehungstatbestandes galt, vgl. *BGH*, Urt. v. 19.10.1965 – II ZR 36/64; So im Ergebnis auch *Hennig/Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 20, Rn. 44.

⁵Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der vom 01.01.2018 an geltenden Fassung, verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 20.12.2012 (BGBl. I 2012 S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Artikel 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

⁶Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der vom 01.09.2011 an geltenden Fassung, verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), außer Kraft gesetzt durch Artikel 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009 a. F. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

Abs. 1 Nr. 10 Satz 1 EEG 2012, der die Anwendung der §§ 33a bis 33g EEG 2012 anordnet, sind §§ 20, 21, 34 bis 36 EEG 2014 anzuwenden. Mithin gelten seit 1. August 2014 auch für die Anlagen der Schiedsklägerin u. a. § 35 EEG 2014 (Voraussetzungen der Marktprämie, u a. Fernsteuerbarkeit) und § 36 Abs. 1 EEG 2014 (Definition der „Fernsteuerbarkeit“).

- 25 § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EEG 2014 bzw. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 EEG 2017 bestimmt zudem, dass § 35 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 (Pflicht zur Fernsteuerbarkeit) erst ab dem 1. April 2015 anzuwenden ist, wobei § 35 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 auf § 36 Abs. 1 EEG 2014 verweist. Demnach sind seit dem 1. April 2015 auch für Anlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind die Anforderungen zur Fernsteuerbarkeit gemäß § 35 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 36 Abs. 1 und § 35 Satz 2 EEG 2014 zu erfüllen.⁷

2.2.2 Prüfungsmaßstab

- 26 Gemäß § 35 Satz 1 EEG 2014 besteht der Anspruch auf Zahlung der Marktprämie nur, wenn die Voraussetzungen des § 35 Satz 1 Nr. 1 bis 3 EEG 2014 erfüllt sind. Vorliegend ist allein die Erfüllung der Voraussetzung aus § 35 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 streitig. Demnach muss der Strom in einer Anlage erzeugt werden, die fernsteuerbar im Sinne von § 36 Abs. 1 EEG 2014 ist.

- 27 § 36 Abs. 1 EEG 2014 lautet:

„Anlagen sind fernsteuerbar im Sinne von § 35 Satz 1 Nummer 2, wenn die Anlagenbetreiber

1. die technischen Einrichtungen vorhalten, die erforderlich sind, damit ein Direktvermarktungsunternehmer oder eine andere Person, an die der Strom veräußert wird, jederzeit
 - a) die jeweilige Ist-Einspeisung abrufen kann und
 - b) die Einspeiseleistung ferngesteuert reduzieren kann, und
2. dem Direktvermarktungsunternehmer oder der anderen Person, an die der Strom veräußert wird, die Befugnis einräumen, jederzeit
 - a) die jeweilige Ist-Einspeisung abzurufen und

⁷So auch *Ekardt/Hennig*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 35, Rn. 10.

b) die Einspeiseleistung ferngesteuert in einem Umfang zu reduzieren, der für eine bedarfsgerechte Einspeisung des Stroms erforderlich und nicht nach den genehmigungsrechtlichen Vorgaben nachweislich ausgeschlossen ist.“

28 Die Voraussetzungen aus § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) und b) EEG 2014 sind vorliegend erfüllt, da zwischen den Parteien unstreitig ist, dass das am [...] Dezember 2016 eingebaute Steuergerät zur Fernüberwachung dazu geeignet ist, die jeweilige Ist-Einspeisung abzurufen und die Einspeiseleistung ferngesteuert zu reduzieren.

29 Der Schiedsspruch ergeht unter der Voraussetzung, dass – was zwischen den Parteien nicht streitig ist – die Schiedsklägerin der Direktvermarkterin die Befugnis nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014 erteilt hat.

30 Zwischen den Parteien ist allein streitig, ab welchem Zeitpunkt die Schiedsklägerin die in § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 genannten technischen Einrichtungen im Sinne der Vorschrift „vorhalten“ hat.

2.2.3 „Vorhalten“ i. S. d. § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014

31 Die Schiedsklägerin hat die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 ab dem [...] Dezember 2016 erfüllt, denn maßgeblicher Zeitpunkt ist die Funktionsfähigkeit der technischen Einrichtungen, vorliegend also das Datum des Einbaus und des ersten Funktionstests am [...] Dezember 2016.

32 Darauf, ob es der Direktvermarkterin tatsächlich möglich war, die Anlage fernzusteuern, kommt es vorliegend nicht an. Gleiches gilt für die Frage, wann die Direktvermarkterin und die Netzbetreiberin Kenntnis von der Funktionsfähigkeit der technischen Einrichtungen erlangt haben.

33 Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut, der Genese, der Historie, dem Sinn und Zweck als auch aus der Systematik der Norm.

34 **Wortlaut** Dem Wortlaut der Vorschrift nach sind die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 erfüllt, sobald die Funktionsfähigkeit der technischen Einrichtungen zur Fernsteuerung hergestellt ist.

35 Im Duden ist „vorhalten“ als „bereithalten, zur Verfügung halten definiert.“⁸

⁸Duden, Stichwort „vorhalten“, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/vorhalten>.

- 36 Demnach müssen die zur Fernsteuerung durch die Direktvermarkterin erforderlichen technischen Einrichtungen bereitgehalten werden. Dieses Bereithalten setzt weder die Kenntnis des Netzbetreibers noch der Direktvermarkterin voraus. Ausreichend ist vielmehr, wenn die technischen Einrichtungen funktionsfähig sind.
- 37 Dies entspricht auch der Verwendung des Worts „vorhalten“ durch den Gesetzgeber in anderen Vorschriften:
- 38 So bezeichnet „vorhalten“ i. S. d. § 77 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 das auf der Internetseite Öffentlich-Zugänglich-Halten.
- 39 Nach § 11 Abs. 3 Satz 1 EnWG können Betreiber von Übertragungsnetzen besondere netztechnische Betriebsmittel „vorhalten“, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems bei einem tatsächlichen örtlichen Ausfall eines oder mehrerer Betriebsmittel im Übertragungsnetz wieder herzustellen. Auch hier bedeutet „vorhalten“ das Funktionsfähig-Bereithalten.
- 40 Nach § 13b Abs. 4 Satz 3 Abs. 5 Satz 11 EnWG muss der Betreiber einer Anlage, deren vorläufige Stilllegung nach Satz 1 verboten ist, die Betriebsbereitschaft der Anlage für Anpassungen der Einspeisung nach § 13a Abs. 1 EnWG weiter „vorhalten“ oder wiederherstellen. Hier bedeutet „vorhalten“ ebenfalls das Funktionsfähig-Bereithalten.
- 41 **Genese** Aus der Gesetzesbegründung des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 ergeben sich keine über den Wortlaut der Norm hinausgehenden Erkenntnisse. Sie lautet:

„Nach Nummer 2 ist weitere Voraussetzung, dass die Anlage fernsteuerbar im Sinne des § 34 EEG 2014 ist. Dadurch wird sichergestellt, dass die Fahrweise der direkt vermarkteten Anlage an der jeweiligen Marktlage, insbesondere an den Preisen am Spotmarkt der Strombörse, orientiert werden kann.“⁹

- 42 Die Begründung bestätigt lediglich, dass es dem Gesetzgeber nicht darum ging, den Direktvermarkter zu verpflichten, die Anlage zu regeln, sondern die technischen Voraussetzungen zu schaffen, um es dem Direktvermarkter zu ermöglichen, die Fahrweise der Anlage an den Preisen am Spotmarkt der Strombörse zu orientieren.

⁹BT-Drs. 18/1891, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 137, sowie BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 137.

- 43 **Historie** Aus der Vorgängervorschrift des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 ergeben sich unmittelbar keine über den Wortlaut der Norm hinausgehenden Erkenntnisse.
- 44 Die Managementprämienverordnung¹⁰ regelte erstmals die Fernsteuerbarkeit von Anlagen durch Dritte.¹¹ Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 MaPrV, welcher bestimmt, wann Anlagen als fernsteuerbar gelten, wurde mit im Wesentlichen gleichen Wortlaut im EEG fortgeführt. Insbesondere bediente sich der Gesetzgeber auch bei der Abfassung dieser Norm bereits des Wortes „vorhalten“.
- 45 Die Begründung des § 3 Abs. 1 MaPrV bestätigt allerdings, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass das Tatbestandsmerkmal „vorhalten“ dann erfüllt ist, wenn die erforderlichen technischen Einrichtungen *installiert* sind.
- 46 Die Begründung des § 3 Abs. 1 MaPrV lautet:

„Eine Anlage ist nach Absatz 1 fernsteuerbar, wenn technische Einrichtungen *installiert* sind, die einem Dritten, an den Anlagenbetreiberinnen oder Anlagenbetreiber ihren Strom im Rahmen der Marktprämie direkt vermarkten, oder anderen Personen bzw. Unternehmen, an die der zunächst an den Dritten direkt vermarktete Strom anschließend weiterveräußert wird, eine jederzeitige Fernabfrage der Ist-Einspeisung der Anlage und eine ferngesteuerte Reduzierung ihrer Einspeiseleistung ermöglichen (Nummer 1).“¹²

- 47 **Sinn und Zweck** Mit der Voraussetzung der Fernsteuerbarkeit in § 35 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Fahrweise der direkt vermarkteten Anlage an der jeweiligen Marktlage, insbesondere an den Preisen am Spotmarkt der Strombörse, orientiert werden kann.¹³
- 48 Es soll also sichergestellt werden, dass der Direktvermarkter die Anlage entsprechend regeln kann. Eine Pflicht des Direktvermarkters zu regeln besteht daher

¹⁰Verordnung über die Höhe der Managementprämie für Strom aus Windenergie und solarer Strahlungsenergie (Managementprämienverordnung - MaPrV) vom 2. November 2012, die am 7. November 2012 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde (BGBl. I S. 2278), nachfolgend bezeichnet als MaPrV.

¹¹Hennig/Ekardt, in: Frenz/Müggendorf/Cosack/Henning/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 20, Rn. 24.

¹²BT-Drs. 17/10571, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1948>, S. 15, Hervorhebung nicht im Original.

¹³BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 137.

nicht. Das Einräumen der Steuerbefugnis richtet sich zudem nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014. Aus diesen Gründen ist für das "Vorhalten" i. S. v. § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 nur der Einbau der erforderlichen technischen Einrichtungen zwingend.

49 **Systematik** Auch die systematische Auslegung bestätigt, dass die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 erfüllt sind, sobald die Funktionsfähigkeit der technischen Einrichtungen zur Fernsteuerung hergestellt ist. Insbesondere sind die Anforderungen des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 nicht deckungsgleich mit denen des § 9 Abs. 1 EEG 2014, der die Ausstattung von Anlagen mit technischen Einrichtungen regelt, damit die Netzbetreiber die Einspeiseleistung reduzieren können.

50 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 EEG 2014:

„Anlagenbetreiber und Betreiber von KWK-Anlagen müssen ihre Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 Kilowatt mit technischen Einrichtungen ausstatten, mit denen der Netzbetreiber jederzeit

1. die Einspeiseleistung bei Netzüberlastung ferngesteuert reduzieren kann und
2. die Ist-Einspeisung abrufen kann.“

51 Im Gegensatz zu § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014, nach dem technische Einrichtungen vorgehalten werden müssen, *die erforderlich sind, damit* ein Direktvermarktungsunternehmen die Einspeiseleistung ferngesteuert reduzieren kann, sieht der engere § 9 Abs. 1 EEG 2014 vor, dass die Anlagen mit technischen Einrichtungen ausgestattet werden müssen, *mit denen* der Netzbetreiber die Einspeiseleistung ferngesteuert reduzieren kann.

52 § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 soll daher nur die technischen Voraussetzungen schaffen, damit ein Dritter die Einspeiseleistung ferngesteuert reduzieren kann, wohingegen § 9 Abs. 1 EEG 2014 vorschreibt, dass der Netzbetreiber tatsächlich die Einspeiseleistung ferngesteuert reduzieren können muss.

53 Gegen einen Gleichlauf von § 9 Abs. 1 EEG 2014 und § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 spricht zudem, dass § 36 im Gegensatz zu § 9 EEG 2014 funktional keinen netztechnischen, sondern einen rein vermarktungsbezogenen Hintergrund hat.¹⁴

¹⁴Ekardt/Hennig, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 35 Rn. 8, Glenz/Schroeder-Selbach, in: Säcker (Hrsg.), EEG 2014, 3. Aufl. 2015, § 35 Rn. 18.

- 54 Im Gegensatz zu § 9 Abs. 1 EEG 2014 bestehen bei § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 daher keine Netzsicherheits-Fragen, was dafür spricht, dass § 9 Abs. 1 EEG 2014 strengere Anforderungen an den Anlagenbetreiber stellt als § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014.
- 55 Daher sind insbesondere die Überlegungen der Clearingstelle in ihrer Stellungnahme 2018/48¹⁵ zu § 6 Abs. 1 EEG 2012, der im Wesentlichen gleich lautenden Vorgängervorschrift des § 9 Abs. 1 EEG 2014, vorliegend nicht auf § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 übertragbar.
- 56 Die Clearingstelle hatte in ihrer Stellungnahme 2018/48 erklärt, dass die Ausstattung mit technischen Einrichtungen im Sinne des § 6 Abs. 1 EEG 2012 voraussetzt, dass der Netzbetreiber Kenntnis von der Möglichkeit haben muss, die Ist-Einspeisung abzurufen.¹⁶ § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 kennt eine solche ungeschriebene Voraussetzung hingegen nicht.
- 57 Hierfür spricht auch, dass nach § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 technische Einrichtungen vorgehalten werden müssen, damit eine andere unbestimmte, nach dem Gesetz jedoch bestimmbare Person, die Einspeiseleistung ferngesteuert reduzieren kann. Diese Person, also der Direktvermarktungsunternehmer oder eine andere Person, die den Strom veräußern wird, hat dabei ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran, dass die Anlage fernsteuerbar ist. Nur wenn die Anlage fernsteuerbar ist, kann bei der Veräußerung verhindert werden, dass durch negative Strompreise wirtschaftliche Verluste erlitten werden.
- 58 Bei § 9 Abs. 1 EEG 2014 ist hingegen der konkrete zuständige Netzbetreiber ausdrücklich genannt. Der Netzbetreiber hat kein gesteigertes eigenes Interesse daran, dass die Fernsteuerbarkeit der konkreten Anlage gegeben ist. Hat der Netzbetreiber keinen Zugriff auf die Anlage, wird er im Falle einer Netzüberlastung notgedrungen die Leistung anderer Anlagen reduzieren. Aus diesem Grund ist bei § 9 Abs. 1 EEG 2014 im Gegensatz zu § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 die rechtzeitige Kenntnis des Netzbetreibers unabdingbar.
- 59 **Nachweis der Fernsteuerbarkeit für Anspruch unerheblich** Der Nachweis der Fernsteuerbarkeit ist keine im Gesetz genannte Voraussetzung des Anspruchs auf Zahlung der Marktprämie. Wann und durch wen der Nachweis der Fernsteuerbar-

¹⁵ Clearingstelle, Stellungnahme v. 28.06.2019 – 2018/48, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stellungnv/2018/48>.

¹⁶ Clearingstelle, Stellungnahme v. 28.06.2019 – 2018/48, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stellungnv/2018/48>, Rn. 58 f.

keit gegenüber dem Netzbetreiber erfolgte, ist daher für die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Schiedsklägerin gegenüber der Schiedsbeklagten einen solchen Anspruch hatte, ohne Belang. Entscheidend ist allein, ab welchem Zeitpunkt das Tatbestandsmerkmal „vorhalten“ i. S. d. § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 erfüllt war.

60 Der Nachweis der Fernsteuerbarkeit ist erst im Rahmen der Erfüllung der Mitteilungspflichten nach § 71 Nr. 1 EEG 2014 bis zum 28. Februar des Folgejahres von dem Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber zu erbringen.¹⁷

61 **Kenntnis der Direktvermarkterin für Anspruch unerheblich** Ebensovienig ist für § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 („Vorhalten“) erheblich, wann die Direktvermarkterin von der Fernsteuerbarkeit Kenntnis erlangt hat und ob sie tatsächlich auf die Einrichtungen zugreifen konnte. Denn zum einen ist das Einräumen der Steuerbefugnis gegenüber der Direktvermarkterin in § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014 geregelt und dies vorliegend auch gar nicht streitig. Zum anderen kann der Anlagenbetreiber zwar das Vorhandensein funktionsfähiger Einrichtungen sicherstellen, die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit liegt jedoch auch im Einflussbereich der Direktvermarkterin. Schließlich ist es in Zeiträumen, in denen der Anlagenbetreiber ggf. selbst die Direktvermarktung und kein Direktvermarktungsunternehmen damit beauftragt hat, nicht erforderlich, dass gerade ein „Direktvermarktungsunternehmen“ Kenntnis oder tatsächlichen Zugriff auf die Einrichtungen hat, die der Anlagenbetreiber gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 auch dann funktionsfähig vorhalten muss und auf die er dann gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014 höchstens selber zugreifen können muss.

2.2.4 Keine analoge Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014

62 Die Schiedsklägerin beruft sich ohne Erfolg auf § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014. Die Vorschrift ist zwar anwendbar, jedoch ist bei einer direkten Anwendung die Frist des § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 bereits abgelaufen. Eine analoge Anwendung scheidet aus, da die Voraussetzungen einer Analogie nicht vorliegen.

63 Die Anwendbarkeit des § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 ergibt sich für den Zeitraum vom [...] Dezember 2016 bis zum 31. Dezember 2016 aus § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10

¹⁷So zu §§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 71 EEG 2017 *Hennig/Ekardt*, in: Frenz/Müggendorf/Cosack/Henning/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 20, Rn. 23, BT-Drs. 17/10571, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1948>, S. 15.

lit. d) EEG 2014 und für den Zeitraum vom [...] Januar 2017 bis zum 25. Januar 2017 aus § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 lit. d) EEG 2017.¹⁸

64 § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 lautet:

„Die Voraussetzung nach Satz 1 Nummer 2 muss nicht vor dem Beginn des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Kalendermonats erfüllt sein.“

65 Die streitgegenständlichen Anlagen wurden im April 2008 in Betrieb genommen. Die „Karenzfrist“ des § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 ist demnach bereits mit dem Beginn des Juni 2008 abgelaufen.

66 § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 ist auch nicht dahingehend analog heranzuziehen, dass die Voraussetzung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 nicht vor dem Beginn des zweiten auf den Beginn der Direktvermarktung folgenden Kalendermonats erfüllt sein muss, denn die Voraussetzungen einer Analogie liegen nicht vor. Es fehlt sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke als auch an einer vergleichbaren Interessenlage.

67 **Keine planwidrige Regelungslücke** Es besteht kein Anlass dazu, anzunehmen, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Der Gesetzgeber ging bewusst von der unmittelbaren Geltung der Pflichten des § 35 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014 als Regel aus. Er hat nur für zwei Konstellationen Ausnahmen vorgesehen, um Umstellungsschwierigkeiten für Anlagenbetreiber zu verringern. Die eine Ausnahme betrifft neu in Betrieb genommene Anlagen, die andere Bestandsanlagen, die bereits im Marktprämienmodell direkt vermarkteten. Eine Ausnahme für Bestandsanlagen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt in die geförderte Direktvermarktung wechseln, hat der Gesetzgeber hingegen nicht geschaffen.

68 Neu in Betrieb genommene Anlagen wollte der Gesetzgeber durch § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 schützen. Bestandsanlagen hingegen wollte der Gesetzgeber nicht durch § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014, sondern durch die Übergangsvorschrift des § 100 Abs. 1 Nr. 5 EEG 2014 schützen. Demnach ist § 35 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014 für Anlagen, die bei Inkrafttreten des EEG 2014 am 1. August 2014 bereits im Marktprämienmodell

¹⁸Soweit – wie vorliegend – nicht ausdrücklich eine Rückwirkung angeordnet wird, unterstehen Schuldverhältnisse in Bezug auf Inhalt und Wirkung grundsätzlich dem Recht, das zur Zeit der Verwirklichung ihres Entstehungstatbestandes galt, vgl. *BGH*, Urt. v. 19.10.1965 – II ZR 36/64.

direkt vermarkteten und zur Nachrüstung ihrer Anlagen gezwungen waren, erst ab dem 1. April 2015 anzuwenden.¹⁹

- 69 **Keine vergleichbare Interessenlage** Der zeitliche Aufschub des § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 wurde erst am Ende des Gesetzgebungsverfahrens in die Norm aufgenommen. Es sollte gegenüber der nach dem Regierungsentwurf vorgesehenen sofortigen Geltung dem Umstand Rechnung getragen werden, dass rein technisch ein Nachweis der Fernsteuerbarkeit teilweise erst nach Inbetriebnahme möglich ist.²⁰ So heisst es in der Gesetzesbegründung:

„In § 35 EEG 2014 (neu) wird Satz 2 ergänzt. Dieser Satz trägt dem Umstand Rechnung, dass Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber die Fernsteuerbarkeit teilweise erst nach Inbetriebnahme der Anlage nachweisen können. Damit die Betreiber von Neuanlagen nicht im ersten Monat des Betriebs in die Ausfallvermarktung nach § 38 EEG 2014 wechseln müssen, muss der Nachweis nicht vor Beginn des zweiten Kalendermonats erfüllt sein, der auf die Inbetriebnahme der Anlage folgt. Da Betreiber von Neuanlagen so nicht gezwungen sind, ihren Betrieb in der Einspeisevergütung in Ausnahmefällen zu beginnen, wird insbesondere auch die Sanktion des § 25 Absatz 2 Nummer 3 EEG 2014 (neu) in den Fällen vermieden, in denen die Neuanlage mit direkt vermarkteten Bestandsanlagen über eine gemeinsame Messeinrichtung abgerechnet wird. Im ersten Monat nach Inbetriebnahme besteht – sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen – der Anspruch auf Marktprämie auch ohne den Nachweis der Fernsteuerbarkeit.“²¹

- 70 Bei Bestandsanlagen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt in die geförderte Direktvermarktung wechseln, stellt die Tatsache, dass, rein technisch, ein Nachweis der Fernsteuerbarkeit teilweise erst nach Inbetriebnahme möglich ist, kein Problem dar, dem durch eine Ausnahmeregelung begegnet werden müsste. Bestandsanlagen wie

¹⁹Ekardt/Hennig, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 35, Rn. 10; siehe auch Glenz/Schroeder-Selbach, in: Säcker (Hrsg.), EEG 2014, 3. Aufl. 2015, § 35 Rn. 31.

²⁰Ekardt/Hennig, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 35, Rn. 9.

²¹BT-Drs. 18/1891, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 204.

die streitgegenständliche wurden bereits lange vor dem Wechsel in die Direktvermarktung in Betrieb genommen. Es ist daher in Fällen wie dem vorliegend zu entscheidenden ohne weiteres möglich, rechtzeitig vor dem Wechsel in die Direktvermarktung die Fernsteuerbarkeit herzustellen.

- 71 Es liegt keine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Anlagenbetreibern vor, wenn sich Betreiber von Bestandsanlagen nicht auf § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 analog berufen können. Hierzu fehlt es schon an der Vergleichbarkeit zwischen Betreibern von Neuanlagen, für die § 35 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 geschaffen wurde, und Betreibern von Bestandsanlagen, die zu einem frei wählbaren Zeitpunkt in die Direktvermarktung wechseln wollen.
- 72 Es stellt insbesondere keine unzumutbare Belastung der Anlagenbetreiber dar, durch die die freie Entscheidung über den Wechsel in die Direktvermarktung beeinträchtigt wird, wenn Bestandsanlagen bereits im Zeitpunkt des Wechsels fernsteuerbar sein müssen, denn es ist unstreitig, dass die Schiedsklägerin den Zeitpunkt des Beginns der Direktvermarktung frei wählen konnte und es ihr möglich gewesen wäre, mit dem Beginn der Direktvermarktung abzuwarten, bis die Fernsteuerbarkeit der Anlage hergestellt war.

Dibbern
(terminbedingt an der
Unterschrift verhindert)

Dr. Mutlak

Sobotta