

Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e.V.

**zum Empfehlungsverfahren 2018/33 der Clearingstelle
EEG|KWKG vom 11. Dezember 2018 bezüglich Anwen-
dungsfragen des MsbG – Teil 3**

Freising, 11. März 2019

Im Namen seiner knapp 5.000 Mitglieder bedankt sich der Fachverband Biogas e.V. sowohl für die Einleitung des Empfehlungsverfahrens bezüglich der Anwendungsfragen des MsbG (Teil 3) als auch für die Möglichkeit, dazu Stellung nehmen zu können.

EEG und MsbG stehen als formelle Gesetze gleichrangig nebeneinander. Das EEG verweist in dessen § 10a EEG 2017 darauf, dass für den Messstellenbetrieb die Anforderungen des MsbG anzuwenden sind. Danach haben Anlagenbetreiber und Anlagenbetreiberinnen (im Folgenden: Anlagenbetreiber) 3 Möglichkeiten einen ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb zu gewährleisten: Sie können den Messstellenbetrieb auf den Netzbetreiber oder einen Dritten übertragen oder selbst übernehmen. Hinsichtlich der einzuhaltenden Anforderungen verweist das EEG auf das MsbG.

Bei einer Übertragung auf den Netzbetreiber oder einen Dritten sieht das MsbG auf Verlangen des Energielieferanten den Abschluss eines Messstellenvertrags vor (§§ 9, 10 MsbG). Darin verpflichtet sich der Vertragspartner gegenüber dem Anlagenbetreiber zu einem einwandfreien Messstellenbetrieb i. S. d. § 10a EEG 2017 i. V. m. § 5 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 MsbG. Dieses vertragliche Regelwerk basiert auf den gesetzlichen Vorgaben des MsbG. Folglich gelten die im Messstellenvertrag enthaltenen Grundsätze zugunsten des Anlagenbetreibers aus Gleichheitsgesichtspunkten auch dann, wenn der Anlagenbetreiber selbst den Messstellenbetrieb übernimmt. Dies gilt insbesondere für die Ersatzwertbildung (gemäß § 71 MsbG i. V. m. den allgemein anerkannten Regeln der Technik).

Nachfolgend wird weder zu den Rechtsfolgen nach dem KWKG noch zu denen des Mess- und Eichrechts (MessEG und MessEV) Stellung genommen.

Die Stellungnahme wurde zum EEG 2017 verfasst. Sie betrifft aber, auch wenn diese nicht explizit genannt werden, die entsprechenden Regelungen der Vorgängerfassungen.

A. Eröffnungsbeschluss

Die Clearingstelle EEG|KWKG hat am 11. Dezember 2018 durch den Vorsitzenden Herrn Dr. Lovens-Cronemeyer sowie die Mitglieder Frau Dr. Mutlak und Herrn Dr. Winkler sowie ihre Beisitzer Herrn Brosziewski und Frau Dr. Pippke beschlossen, zu folgenden Fragen ein Empfehlungsverfahren einzuleiten:

- „1. *Welche Rechtsfolgen treten nach dem EEG, KWKG und MsbG – ausgenommen die Rechtsfolgen nach § 61 bis § 61k EEG 2017 – für die Betreiberinnen und Betreiber der Anlagen ein, wenn nachweislich die Anforderungen an einen einwandfreien Messstellenbetrieb i. S. d. § 10a EEG 2017 und § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 KWKG i. V. m. § 5 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 MsbG nicht eingehalten werden, z. B. wenn*
 - a) *nicht (mehr) geeichte Messeinrichtungen an abrechnungsrelevanten Zählpunkten verwendet werden,*
 - b) *erforderliche Messeinrichtungen an einem abrechnungsrelevanten Zählpunkt nicht vorgehalten werden oder*
 - c) *die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 MsbG i. V. m. § 52 Abs. 1 und 2 MsbG genannten Vorgaben für eine form- und fristgerechte Datenübertragung nicht eingehalten werden?*
2. *Insbesondere: Wirkt sich ein Verstoß gegen die Anforderungen des MsbG an den einwandfreien Messstellenbetrieb aus auf*
 - a) *die Zahlungsansprüche nach § 19 EEG 2017 und Vorgängerregelungen oder §§ 5 bis 7, 13, 35 Abs. 1 bis 5 und 14 KWKG 2016 und*
 - b) *den (vorrangigen) Netzanschluss gemäß § 8 Abs. 1 EEG 2017 bzw. § 3 Abs. 1 KWKG 2016 bzw. nach § 10 Abs. 2 EEG 2017 i. V. m. § 49 EnWG oder eine etwaige spätere Trennung der Anlage vom Netz?“*

B. Stellungnahme

I. Zusammenfassung zu Frage 1

Verstößt ein Anlagenbetreiber gegen die Anforderungen an einen einwandfreien Messbetrieb, so hat dies **keine Auswirkung auf die Vergütung nach dem EEG**. Ein solches Verhalten wird zudem vom EEG **nicht mit einer Vergütungskürzung pönalisiert**: Teil 3 Abschnitt 5 des EEG (§§ 51 ff. EEG 2017) sind insoweit abschließend.

Ferner werden Verstöße gegen einen ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb **nicht als Ordnungswidrigkeit** i. S. d. § 86 EEG 2017 geahndet. Das MsbG enthält keinen Ordnungswidrigkeitentatbestand und der Verweis auf die Bußgeldtatbestände des EnWG widerspricht dem Bestimmtheitsgrundsatz in Art. 103 Abs. 2 GG.

Verstöße gegen einen ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb haben zwar keine der genannten finanziellen Auswirkungen. Der Anlagenbetreiber hat aber ein hohes Interesse daran, dass die erzeugten bzw. eingespeisten Strommengen ordnungsgemäß erfasst und vergütet werden. Dies gilt zum einen für die monatlichen Abschlagszahlungen und zum anderen für die Abrechnung des Kalenderjahres. Denn Schätzungen oder Ersatzwertbildungen enthalten in der Regel Mechanismen, die für den Anlagenbetreiber nachteilig sind. Der Anlagenbetreiber hat damit ein eigenes Interesse an einem ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb.

Ad 1a: Welche Rechtsfolgen treten nach dem EEG, KWKG und MsbG – ausgenommen die Rechtsfolgen nach § 61 bis § 61k EEG 2017 – für die Betreiberinnen und Betreiber der Anlagen ein, wenn nachweislich die Anforderungen an einen einwandfreien Messstellenbetrieb i. S. d. § 10a EEG 2017 und § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 KWKG i. V. m. § 5 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 MsbG nicht eingehalten werden, z. B. wenn

(a) nicht (mehr) geeichte Messeinrichtungen an abrechnungsrelevanten Zählpunkten verwendet werden?

Werden nicht (mehr) geeichte Messeinrichtungen an abrechnungsrelevanten Zählpunkten verwendet, so hat dies **weder Auswirkung auf die zu zahlenden Abschläge** (§ 26 EEG 2017) **noch auf die Jahresvergütung**. Der Anlagenbetreiber kann insbesondere seinen in Bezug auf die Jahresendabrechnung (§ 71 EEG 2017) bestehenden Verpflichtungen durch eine **Ersatzwertberechnung bzw. Plausibilisierung** nachkommen.

Diese Auffassung wird durch das MsbG, die Rechtsprechung des BGH, die einschlägigen Festlegungen der BNetzA sowie den Messstellen-Mustervertrag des BDEW und VKU (dazu unter 1.-4.) gestützt.

Des Weiteren wird die Verwendung nicht (mehr) geeichter Messeinrichtungen im EEG **nicht gemäß §§ 51 ff. EEG 2017 pönalisiert** (dazu unter 5.). Es liegt auch **keine Ordnungswidrigkeit** (weder nach EEG noch nach dem MsbG) vor (dazu unter 6.).

1. Ersatzwertberechnung – § 10a EEG 2017 i. V. m. MsbG

Das EEG verweist in § 10a EEG 2017 für den Messstellenbetrieb auf die Vorschriften des MsbG. Unabhängig davon, ob der Messstellenbetrieb vom Netzbetreiber, von einem Dritten oder vom Anlagenbetreiber selbst durchgeführt wird, sind die Anforderungen des MsbG an den Messstellenbetrieb einzuhalten. Dies umfasst unter anderem gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 MsbG die „*Gewährleistung einer mess- und eichrechtskonformen Messung der entnommenen, verbrauchten und eingespeisten Energie.*“¹ Auch § 8 Abs. 2 MsbG normiert, dass Mess- und Steuereinrichtungen den mess- und eichrechtlichen Vorschriften genügen müssen.

¹ Drozella, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 4: MsbG – Messstellenbetriebsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 39: Verweis auf Mess- und Eichrecht ist rein

Ob die Messeinrichtungen den mess- und eichrechtlichen Vorschriften entsprechen, kann jederzeit auf Antrag nachgeprüft werden (§ 71 Abs. 1 und 2 MsbG). Zudem bestimmt § 71 Abs. 3 MsbG, wie vorzugehen ist, wenn

- eine Prüfung der Messeinrichtungen eine Überschreitung der eichrechtlichen Verkehrsfehlergrenzen ergibt oder
- die Größe des Fehlers nicht einwandfrei festzustellen ist oder
- eine Messeinrichtung Messwerte nicht anzeigt.

Soweit in diesen Fällen vorhandene Messwerte aus parallelen Messungen keine ausreichende Verlässlichkeit bieten, ermittelt der Messstellenbetreiber die Daten für die Zeit der letzten fehlerfreien Ablesung

- entweder aus dem Durchschnittsverbrauch des ihr vorhergehenden und des der Beseitigung des Fehlers nachfolgenden Updatezeitraumes
- oder aufgrund des Vorjahreswertes durch Schätzung.

Es erfolgt damit letztlich eine in der Energiewirtschaft übliche **Ersatzwertberechnung**: entweder im Sinne einer Durchschnittsbetrachtung oder mittels Schätzung. In diesem Zusammenhang fließen auch die allgemein anerkannten Regeln der Technik ein. Es gelten damit keine Unterschiede, ob der Netzbetreiber, ein Dritter oder der Anlagenbetreiber selbst Messstellenbetreiber ist. Wird allerdings ein Messstellenvertrag geschlossen, so wird dies zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Netzbetreiber oder dem Dritten zudem vertraglich vereinbart (dazu unter 4.).

2. **Widerlegliche Vermutung des BGH – Alternative Nachweise/ Plausibilisierung**

Dieses Vorgehen der **Ersatzwertermittlung** widerspricht auch nicht der Rechtsprechung des BGH.² Bei einer Betriebskostenabrechnung auf der Grundlage eines erfassten Verbrauchs kommt es nach Ansicht des BGH nur darauf an, ob der tatsächliche Verbrauch zutreffend erfasst worden ist. Dem Sinn und Zweck des Mess- und Eichrechts – richtiges Messen zu gewährleisten – werde damit Genüge getan. Es ist irrelevant, auf welchem Weg die im Ergebnis zutreffenden Ver-

deklaratorischer Natur. Zudem muss nicht nur die Messung mess- und eichrechtskonform sein. Es müssen bereits geeichte Messeinrichtungen eingebaut und betrieben werden.

² BGH, Urteil vom 17.11.2010 VIII ZR 112/10 – zitiert nach juris; sich dem BGH anschließend OLG München, Beschluss vom 13.01.2011, 32 Wx 32/10 – zitiert nach juris.

brauchswerte ermittelt werden. Die Ablesung eines geeichten Messgeräts beinhaltet zwar die tatsächliche Vermutung dafür, dass diese Werte den tatsächlichen Verbrauch richtig wiedergeben. Selbst im Fall eines geeichten Messgeräts handelt es sich dabei aber um eine im Rahmen eines Gegenbeweises widerlegliche Vermutung. Kommen nicht (mehr) geeichte Messgeräte zum Einsatz, besteht auch die Richtigkeitsvermutung nicht. Auch in diesem Fall kann die Richtigkeit der abgelesenen Werte, etwa durch die Vorlage der Verbrauchswerte der letzten unbehandelten Abrechnungsperiode, nachgewiesen bzw. plausibilisiert werden.³

3. Plausibilisierung und Ersatzwertbildung unter Zugrundelegung der Festlegungskompetenz der BNetzA (§ 75 MsbG)

Des Weiteren sind die Festlegungen der Bundesnetzagentur gemäß § 75 MsbG zu beachten. Nach § 75 Nr. 4 MsbG kann die BNetzA *„zur bundesweiten Vereinheitlichung der Bedingungen für den Messstellenbetrieb und der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung [...] Festlegungen nach § 29 Absatz 1 des Energiewirtschaftsgesetzes treffen*

*4. zur **Plausibilisierung** von Messwerten, zur Bildung von **Ersatzwerten** bei Messfehlern sowie zur sternförmigen Kommunikation im Sinne von § 60 Absatz 2 und diesbezüglichen Übergangsregelungen zur Markteinführung vor und nach dem 31. Dezember 2019 sowie zu Sonderregelungen für den Bereich Gas.“*

Von dieser Festlegungskompetenz hat die Bundesnetzagentur in Form der Festlegungen BK6-16-200 (im Bereich Strom) und BK7-16-142 (im Bereich Gas) jeweils vom 20. Dezember 2016 Gebrauch gemacht.

In Bezug auf die Anforderung und Bereitstellung von Messwerten wird in den Festlegungen BK6-16-200 unter „Allgemeines“ auf S. 18 ausgeführt:

„Der nun in den Festlegungen GPKE und WiM wortgleich vorzufindende Prozess schreibt übergangsweise das bislang geltende Messwerterhebungs- und -übermittlungsregime fort, wonach grundsätzlich der Netzbetreiber die Messwerte aus Messlokationen entweder selbst in der Marktrolle

³ BGH, Urteil vom 17.11.2010 VIII ZR 112/10, insbes. Rn. 12/13 – zitiert nach juris; sich dem BGH anschließend OLG München, Beschluss vom 13.01.2011, 32 Wx 32/10, insbes. Rn. 10 – zitiert nach juris. Diese Rechtsprechung ist auch infolge der Neufassung von § 33 MessEG nicht überholt: LG Limburg, Urteil vom 31.08.2018 – 3 S 39/18, Rn. 40 – zitiert nach juris.

*des (grundzuständigen) Messstellenbetreibers erhebt oder durch einen sonstigen Messstellenbetreiber angeliefert bekommt, sodann die Aufbereitung (**Plausibilisierung, Ersatzwertbildung**) derselben vornimmt und schließlich die Messwerte im Rahmen der Prozessfestlegungen GPKE an den jeweiligen Lieferanten bzw. nach MaBiS aggregiert an den ÜNB weiterübermittelt.“*

Auch daraus wird ersichtlich, dass eine Plausibilisierung der Messwerte und ggf. eine Ersatzwertbildung fehlerhafter Daten ein gängiges Verfahren darstellen.

4. Plausibilisierung und Ersatzwertbildung gemäß § 10 Abs. 2 MsbG i. V. m. Messstellen-Mustervertrag des BDEW und VKU⁴

Die Verpflichtungen des Messstellenbetriebs kann der Anlagenbetreiber auf den Netzbetreiber oder einen Dritten übertragen: Messstellenvertrag gemäß §§ 9 und 10 MsbG. Während dieser etwa konkludent dadurch geschlossen wird, dass der Anschlussnutzer Elektrizität aus einem Netz der allgemeinen Versorgung über einen Zählpunkt entnimmt (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 1 MsbG), wird ein solcher mit dem Energielieferanten lediglich auf dessen Verlangen geschlossen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MsbG).

Der Mindestinhalt eines solchen Vertrags wird in § 10 Abs. 2 MsbG geregelt: umfasst ist dabei auch „*das Vorgehen bei Mess- und Übertragungsfehlern*“ (§ 10 Abs. 2 Nr. 3 MsbG).

Nach § 7 Nr. 5 des Messstellen-Mustervertrags erfolgen „*die Nachprüfung von Messeinrichtungen sowie das Vorgehen bei Messfehlern [...] nach § 71 MsbG sowie unter Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik.*“

Bestehende Messfehler werden, wie in § 71 MsbG normiert, letztlich im Rahmen einer Plausibilisierung erkannt und im Zuge einer Ersatzwertbildung behoben.

⁴

Messstellenvertrag Strom über den Messstellenbetrieb von intelligenten Messsystemen und modernen Messeinrichtungen durch den grundzuständigen Messstellenbetreiber nach § 9 Absatz 1 Nr. 1 und 2 Messstellenbetriebsgesetz, abrufbar unter:
<https://www.bdew.de/service/anwendungshilfen/bdewvku-muster-messstellenvertrag/>
(19.02.2019).

5. Keine Vergütungskürzung gemäß §§ 51 ff. EEG 2017

Die Fälle, in denen ein Verhalten des Anlagenbetreibers eine Kürzung der Vergütung zur Folge hat, sind im EEG aufgrund des Sanktionscharakters abschließend bestimmt.

Werden nicht (mehr) geeichte Zähler eingesetzt, so stellt dies kein Verhalten des Anlagenbetreibers dar, das gemäß der §§ 51 ff. EEG 2017 pönalisiert würde. Die Vergütung kann **nicht gekürzt** werden.

6. Keine Ordnungswidrigkeit (weder nach EEG noch nach dem MsbG)

Es liegt auch **keine Ordnungswidrigkeit** nach § 86 EEG 2017 vor, wenn nicht (mehr) geeichte Zähler verwendet werden.

Das MsbG enthält keine Tatbestände für Ordnungswidrigkeiten und der **Verweis auf die Bußgeldvorschriften des EnWG widerspricht dem Bestimmtheitsgebot** gemäß Art. 103 Abs. 2 GG:

Das MsbG verweist hinsichtlich der Aufsichtsmaßnahmen der BNetzA in § 76 Abs. 4 MsbG auf die entsprechenden „*Bestimmungen des Teils 8 des Energiewirtschaftsgesetzes mit Ausnahme des Abschnitts 6*“, also die §§ 65 bis 108 EnWG (ohne §§ 102 bis 105 EnWG). Dieser Verweis ist bereits zu weit gefasst. Schließlich sollen Aufsichtsmaßnahmen der BNetzA nach § 75 MsbG erfolgen und nicht gemäß § 65 EnWG.⁵

Des Weiteren verstößt dieser Verweis gegen das verfassungsrechtlich normierte Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG). Denn auch die Verweisung auf die §§ 95 bis 95b EnWG (Bußgeld- und Strafvorschriften) ist zu weitreichend. Es käme allenfalls die entsprechende Anwendung einer Ordnungswidrigkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 EnWG in Betracht. Danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer vollziehbaren Anordnung nach § 65 Abs. 1 oder 2 EnWG – hier in entsprechender Anwendung: einer Anordnung nach § 76 MsbG – zuwiderhandelt. Für Messstellenbetreiber wird infolge des pauschalen Verweises auf die Bußgeld- und Strafvorschriften des EnWG nicht klar bestimmt, welches Verhalten sanktioniert wird. Darüber hinaus ist es für den Messstellenbetreiber nicht ersichtlich, dass § 76 Abs. 1 und 2 MsbG an die Stelle von § 65 Abs. 1 und 2 EnWG tre-

⁵ Vgl. dazu Weyer, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 4: MsbG – Messstellenbetriebsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 76 Rn. 330.

ten soll. Das wird erst unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und einem Vergleich von Wortlaut und Funktion der Normen erkennbar.⁶

⁶ Vgl. dazu Weyer, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 4: MsbG – Messstellenbetriebsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 76 Rn. 31.

Ad 1b: Welche Rechtsfolgen treten nach dem EEG, KWKG und MsbG – ausgenommen die Rechtsfolgen nach § 61 bis § 61k EEG 2017 – für die Betreiberinnen und Betreiber der Anlagen ein, wenn nachweislich die Anforderungen an einen einwandfreien Messstellenbetrieb i. S. d. § 10a EEG 2017 und § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 KWKG i. V. m. § 5 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 MsbG nicht eingehalten werden, z. B. wenn

(b) erforderliche Messeinrichtungen an einem abrechnungsrelevanten Zählpunkt nicht vorgehalten werden?

Werden erforderliche Messeinrichtungen an abrechnungsrelevanten Zählpunkten nicht vorgehalten, so hat dies ebenfalls **weder Auswirkung auf die zu zahlenden Abschläge** (§ 26 EEG 2017) **noch auf die Jahresvergütung**. Der Anlagenbetreiber kann insbesondere seinen in Bezug auf die Jahresendabrechnung (§ 71 EEG 2017) bestehenden Verpflichtungen durch eine **Ersatzwertberechnung bzw. Plausibilisierung oder Differenzsummenbildung** nachkommen.

Diese Auffassung ergibt sich aus dem MsbG i. V. m. der Festlegungskompetenz der BNetzA sowie dem Messstellen-Mustervertrag von BDEW und VKU.

Ferner handelt es sich **nicht um einen vom EEG mit einer Vergütungskürzung pönalisierten Zustand** (dazu unter 4.). Es erfolgt auch **keine Ahndung als Ordnungswidrigkeit** (dazu unter 5.).

1. Erforderliche Anzahl an Messeinrichtungen – § 10a EEG 2017 i. V. m. § 8 MsbG

Nach § 8 MsbG bestimmt der Messstellenbetreiber im Rahmen der Anforderungen des MsbG Art, Zahl und Größe von Mess- und Steuerungseinrichtungen. Die notwendigen Kosten für die erforderlichen Messeinrichtungen zur Erfassung des gelieferten und des bezogenen Stroms trägt gemäß § 16 Abs. 1 EEG 2017 der Anlagenbetreiber.

Fehlen erforderliche Messeinrichtungen, so besteht nach § 8 MsbG ein Anspruch, dass diese eingebaut werden. Konkrete Folgen in Bezug auf eine fehlende Messeinrichtung oder inwiefern fehlende Werte ermittelt werden können, regelt diese Vorschrift nicht.

2. Plausibilisierung und Ersatzwertbildung unter Zugrundelegung der Festlegungskompetenz der BNetzA (§ 75 MsbG)

Wie bereits im Rahmen der Teilfrage 1a) (dort unter 3.) ausgeführt, besitzt die BNetzA eine Festlegungskompetenz gemäß § 75 MsbG. Diese hat sie in Form der Festlegungen BK6-16-200 (im Bereich Strom) und BK7-16-142 (im Bereich Gas) jeweils vom 20. Dezember 2016 genutzt.

In den Festlegungen BK6-16-200 wird ein neuer Prozess **„Messwertermittlung im Fehlerfall“** eingeführt.

*„Mit dem neu eingeführten Prozess „Messwertermittlung im Fehlerfall“ trägt die Kammer dem aus der Branche wiederholt kritisierten Umstand Rechnung, dass für den Umgang mit Situationen unmöglicher bzw. gestörter Messwertauslesungen keine eindeutigen und verbindlichen Prozesse und zeitliche Zielvorgaben für etwa erforderliche **Ersatzwertübermittlungen** existieren.“*

Im Fall unmöglicher Messwertauslesung, also auch dann wenn kein Zähler vorhanden ist, werden Ersatzwerte ermittelt.

Des Weiteren wird in den Festlegungen BK6-16-200 unter **„4. Änderung der Festlegung MPES“** ausgeführt:

„Während es insbesondere für die Vergütungsfragen nach dem EEG grundsätzlich nur auf die Erfassung des erzeugten Stroms in Form von elektrischer Arbeit ankommt, bedarf es im Rahmen der hier zu regelnden bilanzierungsrelevanten Zuordnungsprozesse jedenfalls im Fall der Nutzung anteiliger Vermarktung einer leistungsmäßigen Erfassung der Einspeisung in viertelstündiger Auflösung, um die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 EEG einzuhalten. In Konsequenz dessen sind in der Praxis Konstellationen verbreitet, in denen mehrere Anlagen im Sinne des EEG über einen gemeinsamen Netzverknüpfungspunkt und hinter einer gemeinsamen Leistungsmessung am öffentlichen Netz angeschlossen sind (eine Erzeugungsanlage im Sinne dieser Festlegung) und zusätzlich anlagenindividuell oder in Gruppen mit Unterzählern in Form einer Arbeitsmessung ausgestattet sind, etwa weil unterschiedliche Vergütungskategorien Anwendung finden. Es sei an dieser Stelle allgemein klargestellt, dass alle ansonsten zulässigen und derzeit in der Praxis verwendeten Modelle zur Ermöglichung der bilanzierungsfähigen leistungsmäßigen Erfassung einer physikalisch nicht direkt am öffentlichen Netz angeschlossenen oder nur untergemesse-

*nen Erzeugungseinheit durch diese Festlegung nicht eingeschränkt werden. **Dies gilt namentlich für die Einrichtung virtueller bilanzierungsrelevanter Zählpunkte durch Differenzsummenbildung mit der Untermessung einer Anlage** oder aber für die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe nach § 11 Abs. 2 EEG. Voraussetzung für die Nutzung virtueller Zählpunkte in Anschlusskonstellationen mit Untermessungen ist zudem, dass eine klare Regelung der Zuständigkeit für die Durchführung der Messungen bezüglich des operativen Messstellenbetriebes (auch Entstörung) und Ersatzwertbildung existiert. Die Vorgaben hierzu sind indes ebenfalls nicht Bestandteil dieser Festlegung.*⁷

Messwerte fehlender Einrichtungen können also auch virtuell durch eine Differenzsummenmessung ermittelt werden.

3. Plausibilisierung und Ersatzwertbildung gemäß § 10 Abs. 2 MsbG i. V. m. Messstellen-Mustervertrag des BDEW und VKU⁸

§ 10 Abs. 2 Nr. 4 MsbG normiert, dass Messstellenverträge insbesondere das Vorgehen bei Mess- und Übertragungsfehlern regeln müssen. Dementsprechend werden bei fehlenden Messwerten gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 Messstellen-Mustervertrag **Ersatzwerte** nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik gebildet. Nach § 7 Nr. 2 Satz 4 Messstellen-Mustervertrag erfolgt ab dem 01.10.2017 „die Ersatzwertbildung auf der Grundlage der Festlegungen BK6-16-200 und BK7-16-142 vom 20.12.2016 bis eine Nachfolgeregelung etwas anderes regelt“ (s.o.).

Grundlage für eine Ersatzwertermittlung nach dem Stand der Technik können u.a. Datenblätter, Werte vergleichbarer Anlagen oder durchschnittliche Standardwerte sein.

⁷ Festlegungen BK6-16-200 (im Bereich Strom) vom 20.12.2016, S. 34.

⁸ Messstellenvertrag Strom über den Messstellenbetrieb von intelligenten Messsystemen und modernen Messeinrichtungen durch den grundzuständigen Messstellenbetreiber nach § 9 Absatz 1 Nr. 1 und 2 Messstellenbetriebsgesetz, abrufbar unter: <https://www.bdew.de/service/anwendungshilfen/bdewvku-muster-messstellenvertrag/> (19.02.2019).

4. Keine Vergütungskürzung gemäß §§ 51 ff. EEG 2017

Rechtsfolgen und Strafen sind im EEG 2017 im Abschnitt 5 (§§ 51 – 55a) geregelt. Es handelt sich infolge des Eingriffscharakters um eine abschließende Aufzählung des zu sanktionierenden Verhaltens.

Fehlen an abrechnungsrelevanten Stellen Messeinrichtungen, wird dies grundsätzlich **nicht gemäß der §§ 51 ff. EEG 2017 pönalisiert**.

5. Keine Ordnungswidrigkeit (weder nach EEG noch nach dem MsbG)

Es liegt auch **keine Ordnungswidrigkeit** nach § 86 EEG 2017 vor.

Das MsbG enthält keine Tatbestände für Ordnungswidrigkeiten und der Verweis auf die Bußgeldvorschriften des EnWG **widerspricht** – wie oben dargelegt – **dem Bestimmtheitsgebot** gemäß Art. 103 Abs. 2 GG.

Ad 1c: Welche Rechtsfolgen treten nach dem EEG, KWKG und MsbG – ausgenommen die Rechtsfolgen nach § 61 bis § 61k EEG 2017 – für die Betreiberinnen und Betreiber der Anlagen ein, wenn nachweislich die Anforderungen an einen einwandfreien Messstellenbetrieb i. S. d. § 10a EEG 2017 und § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 KWKG i. V. m. § 5 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 MsbG nicht eingehalten werden, z. B. wenn

- (c) **die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 MsbG i. V. m. § 52 Abs. 1 und 2 MsbG genannten Vorgaben für eine form- und fristgerechte Datenübertragung nicht eingehalten werden?**

Erfolgt die Datenübertragung entweder nicht form- oder fristgemäß, so hat dies grundsätzlich **weder Auswirkung auf die zu zahlenden Abschläge** (§ 26 EEG 2017) **noch auf die Jahresvergütung**. Formatvorgaben der BNetzA sind zu verwenden; Sanktionen enthält allerdings weder das MsbG noch das EEG. Eine verspätete Meldung nach § 71 EEG 2017 für die Jahresabrechnung hat nach § 26 Abs. 2 EEG 2017 zur Folge, dass der Anspruch auf die Marktprämie oder die Einspeisevergütung nicht fällig wird. Dies gilt sowohl für die Jahresabrechnung als auch für Abschläge. Sobald und soweit der Anlagenbetreiber seinen Erklärungs-pflichten nach § 71 EEG 2017 nachgekommen ist, tritt Fälligkeit ein; der Anspruch ist durchsetzbar.

Des Weiteren kann der Anspruch verjähren. Dies hat zudem zur Konsequenz, dass der Netzbetreiber die Werte nicht mehr in den Ausgleich mit dem Übertragungsnetzbetreiber einstellen kann. Eine Verjährung tritt aber erst am Ende des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres ein.

Diese Auffassung wird durch das EEG, das MsbG, die einschlägigen Festlegungen der BNetzA sowie den Messstellen-Mustervertrag des BDEW und VKU gestützt.

Daneben führen Verstöße gegen Formatvorgaben und Fristen **weder zum Vergütungsausfall noch zu einer –kürzung noch zur Verwirklichung einer Ordnungswidrigkeit**.

1. EEG

Das EEG enthält in § 71 EEG 2017 lediglich eine Fristenregelung. Die für die Jahresabrechnung erforderlichen Daten sind bis zum 28.02. des Folgejahres zu übermitteln. Formatvorgaben sind darin nicht enthalten. In vielen Fällen liegen die (wesentlichen) Daten dem Netzbetreiber zudem Monatsgenau vor. Wird diese Frist (28.02. des Folgejahres) nicht eingehalten, wird der Anspruch auf die Marktprämie oder die Einspeisevergütung sowie Abschläge hierzu lediglich nicht fällig, solange und soweit der Anlagenbetreiber seinen Erklärungspflichten nicht nachkommt, § 26 Abs. 2 EEG 2017.

An anderer Stelle im EEG 2017, z. B. in § 21c EEG 2017 hat der Gesetzgeber sowohl Fristen als auch Formatvorgaben implementiert. In § 21c EEG 2017 sind für den Wechsel in und aus der Direktvermarktung bzw. zwischen Formen der Direktvermarktung sowohl Fristen als auch Formatvorgaben zu beachten. Werden entweder die Fristen oder die Formatvorgaben oder ggf. beides missachtet, liegt kein wirksamer Wechselprozess vor. Im Umkehrschluss kann daraus geschlossen werden, dass der Gesetzgeber bewusst Formatvorgaben und Fristen miteinander kombiniert bzw. Rechtsfolgen an deren Einhaltung knüpft.

Zudem können Zahlungsansprüche verjährt sein, wenn der Netzbetreiber die Werte nicht mehr in den Ausgleich mit dem Übertragungsnetzbetreiber einstellen kann. Eine Verjährung tritt nach § 57 Abs. 5 Satz 3 EEG 2017 (ggf. i. V. m. § 57 Abs. 5 Satz 4 EEG 2017) allerdings erst mit Ablauf des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres ein.

2. MsbG

Nach § 60 Abs. 1 MsbG ist der Messstellenbetreiber verpflichtet, die erhobenen Daten aufzubereiten und zu übermitteln. Wesentlicher Bestandteil der Datenaufbereitung ist die **Plausibilisierung** der Daten sowie die **Ersatzwertbildung**. Darüber hinaus regelt § 60 MsbG, welche Daten in 15-minütiger Auflösung, monatlich oder jährlich zu übermitteln sind.

Zudem muss die Datenübermittlung in den von der BNetzA vorgegebenen Formaten erfolgen, § 47 Abs. 2 Nr. 7 MsbG. Sanktionen dazu enthält das MsbG allerdings nicht.

3. § 10 Abs. 2 Nr. 4 MsbG i. V. m. Messstellen-Mustervertrag des BDEW und VKU⁹

Nach § 10 Abs. 2 Nr. 4 MsbG muss ein Messstellenvertrag „die Verpflichtung der Parteien im Sinne von § 54 zur gegenseitigen Datenübermittlung, die dabei zu verwendenden Datenformate und Inhalte sowie die hierfür geltenden Fristen“ regeln.

Dementsprechend legt § 7 Nr. 3 Messstellen-Mustervertrag fest:

*„¹Die Erhebung und Übermittlung der Messwerte an den Lieferanten bzw. Netznutzer erfolgt in den Fallgruppen und Fristen gemäß der Festlegung GPKE in jeweils geltender Fassung. ²Die Messeinrichtungen für Entnahmestellen von Kunden mit Standardlastprofil werden in möglichst gleichen Zeitabständen, die 12 Monate nicht wesentlich überschreiten dürfen, nach einem vom Netzbetreiber festzulegenden Turnus und Zeitpunkt abgelesen. ³Liegt eine Vereinbarung zwischen Lieferant und Letztverbraucher nach § 40 Absatz 3 Satz 2 EnWG vor, sind die sich daraus ergebenden abweichenden Vorgaben zum Turnus zu beachten. ⁴Die Verwendung von **Ersatzwerten** kommt nur dann in Betracht, wenn eine Erhebung tatsächlicher Messwerte durch den Messstellenbetreiber nicht in angemessener Zeit möglich ist und wenn für den maßgeblichen Zeitpunkt keine plausiblen Zählerstände in angemessener Zeit übermittelt worden sind.“*

Werden Angaben verspätet übermittelt, können als letztes Mittel Ersatzwerte berechnet werden. Zudem dürfen die Abrechnungszeiträume 12 Monate nicht wesentlich überschreiten. Damit besteht auch keine Gefahr, dass die Ansprüche verjährt sind. Die Verjährung tritt nach dem EEG 2017 erst am Ende des zweiten auf die Einspeisung folgenden Kalenderjahres ein (§ 57 Abs. 5 Satz 3 und 4 EEG 2017).

Ferner regelt § 7 Nr. 4 Messstellen-Mustervertrag, dass „*bei Anlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz oder dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz [...] für die Datenübermittlung an den Anlagenbetreiber § 62 MsbG*“ gilt. Nach § 62 Abs. 3 MsbG hat der Messstellenbetreiber „*bei Vorhandensein*

⁹ Messstellenvertrag Strom über den Messstellenbetrieb von intelligenten Messsystemen und modernen Messeinrichtungen durch den grundzuständigen Messstellenbetreiber nach § 9 Absatz 1 Nr. 1 und 2 Messstellenbetriebsgesetz, abrufbar unter: <https://www.bdew.de/service/anwendungshilfen/bdewvku-muster-messstellenvertrag/> (19.02.2019).

einer modernen Messeinrichtung [...] dafür Sorge zu tragen, dass der Anlagenbetreiber standardmäßig die Informationen aus Absatz 1 Nummer 1 und 3 [Informationen über die Einspeisung und den Verbrauch, abrechnungsrelevante Informationen und zugehörige abrechnungsrelevante Messwerte zur Überprüfung der Abrechnung, historische tages-, wochen-, monats- und jahresbezogene Einspeisewerte für die letzten 24 Monate] einsehen kann.“

Sanktionen für den Anlagenbetreiber, der zugleich Messstellenbetreiber ist, ergeben sich daraus nicht.

4. Festlegungskompetenz der BNetzA (§ 75 MsbG)

In den Festlegungen BK6-16-200 wird einer neuer Prozess „**Messwertermittlung im Fehlerfall**“ eingeführt.

1.8. Neueinführung des Prozesses „Messwertermittlung im Fehlerfall“

*„Mit dem neu eingeführten Prozess „Messwertermittlung im Fehlerfall“ trägt die Kammer dem aus der Branche wiederholt kritisierten Umstand Rechnung, dass für den Umgang mit Situationen unmöglicher bzw. gestörter Messwertauslesungen keine eindeutigen und verbindlichen Prozesse und zeitliche Zielvorgaben für etwa erforderliche **Ersatzwertübermittlungen** existieren. Hierzu war bereits in der Konsultation ein Diskussionspapier veröffentlicht worden, an dem sich der nun festzulegende Prozess orientiert. Die im Diskussionspapier aufgeworfene Frage, welche zeitliche Zielvorstellung für die Lieferung von Ersatzwerten im Fall der Nichteinholbarkeit wahrer Messwerte für vorzugswürdig gehalten wird, wurde von einer Vielzahl der Diskussionssteilnehmer in Richtung einer monatlichen Betrachtungsweise mit einer Datenlieferungspflicht am 10. Werktag des Monats nach dem Liefermonat bewertet. Dies erscheint aus Sicht der Kammer auch insofern konsequent, weil dies mit den nach der Festlegung MaBiS zu beachtenden Fristen für den Datenerstaufschlag kompatibel ist.“*

Es wird damit als Frist zur Datenlieferung der 10. Werktag des Monats nach dem Liefermonat festgelegt. Diese Frist liegt vor dem im EEG genannten Zahlungsziel für Abschläge monatlich jeweils zum 15. Kalendertag. Pönalen gegenüber dem Anlagenbetreiber ergeben sich daraus jedoch nicht.

5. Keine Ordnungswidrigkeit (weder nach EEG noch nach dem MsbG)

Der Tatbestand einer **Ordnungswidrigkeit** nach § 86 EEG 2017 ist bei einer Missachtung von Formvorschriften und Fristen **nicht erfüllt**.

Das MsbG enthält keine Tatbestände für Ordnungswidrigkeiten und der **Verweis auf die Bußgeldvorschriften des EnWG widerspricht** – wie oben dargelegt – dem **Bestimmtheitsgebot** gemäß Art. 103 Abs. 2 GG.

II. Zusammenfassung zu Frage 2

Ein Verstoß gegen die Anforderungen des MsbG an einen einwandfreien Messstellenbetrieb hat **weder einen Vergütungsausfall noch eine –kürzung** zur Folge. **Auch andere zentrale Grundpfeiler des EEG – wie den vorrangigen Netzanschluss – werden nicht außer Kraft gesetzt.** Eine solche Rechtsfolge besteht für Anlagenbetreiber, die keinen Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 geltend machen, explizit nur, solange gegen einen der in § 52 Abs. 4 EEG 2017 abschließend aufgelisteten Fällen (also solange gegen § 9 Abs. 1, 2, 5 oder 6 oder gegen § 21b Abs. 3 EEG 2017) verstoßen wird. Zum einen haben Verstöße gegen das MsbG keine Auswirkung auf den Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017. Zum anderen fallen Verstöße gegen das MsbG nicht unter die in § 52 Abs. 4 EEG 2017 aufgelisteten Fallkonstellationen.

Eine Trennung vom Netz ist nach dem MsbG nicht und nach dem EEG 2017 nur im Rahmen der engen Grenzen des Einspeisemanagements möglich.

Ad 2 a: Insbesondere: Wirkt sich ein Verstoß gegen die Anforderungen des MsbG an den einwandfreien Messstellenbetrieb aus auf

a) die Zahlungsansprüche nach § 19 EEG 2017 und Vorgängerregelungen oder §§ 5 bis 7, 13, 35 Abs. 1 bis 5 und 14 KWKG 2016?

Auf die Zahlungsansprüche nach § 19 EEG 2017 (und Vorgängerregelungen) hat ein Verstoß gegen die Anforderungen des MsbG an einen ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb keine Auswirkungen: weder für die Abschläge noch für die Jahresendabrechnung. Fehlende oder fehlerhafte Werte werden im Rahmen der Plausibilisierung entdeckt und es erfolgt eine Ersatzwertbildung nach den Festlegungen der BNetzA und unter Beachtung der allgemeinen Regeln der Technik.

Des Weiteren werden Verstöße gegen das MsbG nicht mit einer Vergütungskürzung gemäß §§ 51 ff. EEG 2017 pönalisiert. Infolge des Sanktionscharakters handelt es sich bei Abschnitt 5 (§§ 51 – 55a) des EEG 2017 um abschließend aufgezählte Sachverhalte. Ein Verstoß gegen die Regelungen des MsbG oder § 10a EEG 2017 an einen ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb fällt nicht darunter.

Ad 2 b): Insbesondere: Wirkt sich ein Verstoß gegen die Anforderungen des MsbG an den einwandfreien Messstellenbetrieb aus auf

- b) den (vorrangigen) Netzanschluss gemäß § 8 Abs. 1 EEG 2017 bzw. § 3 Abs. 1 KWKG 2016 bzw. nach § 10 Abs. 2 EEG 2017 i. V. m. § 49 EnWG oder eine etwaige spätere Trennung der Anlage vom Netz?**

1. Vorrangiger Netzanschluss

Der Anspruch auf (vorrangigen) Anschluss des EEG-Anlagenbetreibers an das Netz stellt eine zentrale Verpflichtung des Netzbetreibers im EEG dar (§ 8 Abs. 1 EEG 2017). Die Erfüllung dieser Pflicht darf der Netzbetreiber auch nicht vom Abschluss eines Vertrags abhängig machen (§ 7 Abs. 1 EEG 2017).

Der Netzbetreiber darf somit den Netzanschluss auch nicht vom Abschluss eines Messstellenvertrags zwischen ihm selbst und dem Anlagebetreiber abhängig machen. Ferner hat der Anlagenbetreiber ein Wahlrecht, ob er den Messstellenbetrieb dem Netzbetreiber oder einem Dritten überträgt oder ob er diesen selbst übernimmt (§ 10a EEG 2017).

Dieses Wahlrecht wäre auch unzulässig eingeschränkt, wenn der Netzbetreiber die Vorlage eines Vertrags zwischen dem Anlagenbetreiber und einem Dritten einfordern würde. Darüber hinaus müssen Dritte zwar die Anforderungen des MsbG an einen ordnungsgemäßen Messstellenbetrieb erfüllen. Sie sind aber nicht verpflichtet, dies „vorab“ gegenüber dem Netzbetreiber oder einem sonstigen Beteiligten nachzuweisen.¹⁰

2. Trennung vom Netz (§ 10 Abs. 2 EEG)

Nach § 10 Abs. 2 EEG geht es um „*die Ausführung des Anschluss und die übrigen für die Sicherheit des Netzes notwendigen Einrichtungen*“. Es geht damit um Sicherheitsbelange.

Solche Sicherheitsbelange sind nicht berührt, wenn nicht (mehr) geeichte oder zu wenige Messeinrichtungen vorhanden sind oder es an einer form- und fristgemäß

¹⁰ Cosack, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 10a Rn. 22.

ßen Datenübertragung mangelt. Der ordnungsgemäße Messstellenbetrieb zielt darauf ab, Daten für eine korrekte Abrechnung der eingespeisten oder bezogenen Strommengen zu ermitteln.

Dementsprechend wird auch in § 50 Abs. 2 Nr. 11 MsbG ausgeführt, dass Daten nur in begründeten Einzelfällen zur Ermittlung des Netzzustands genutzt werden dürften. Zudem ist die Datenverwendung auf das erforderliche Maß zu beschränken. Insbesondere dürfen übermittelte Daten keine Rückschlüsse auf das Verhalten und die Gewohnheiten der Verbraucher erlauben; dies stellt ansonsten einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.¹¹

§ 56 MsbG regelt abschließend die begründeten Einzelfälle, in denen Netzzustandsdaten (§ 2 Nr. 16 MsbG) erhoben werden dürfen. Darunter fallen nach § 56 Abs. 1 MsbG u.a. auch Netzzustandsdaten, die an EEG- und KWKG-Anlagen erhoben werden. Nur in diesen Einzelfällen dürfen auch personenbezogene Daten erhoben werden (§ 56 Abs. 2 MsbG). Zudem hat der Netzbetreiber die Netzzustandsdatenerhebung zu dokumentieren (§ 56 Abs. 3 MsbG). Ein Grund dafür, den Messstellenbetrieb aus dem EnWG herauszulösen, bestand auch darin, diesen regulatorisch vom Netzbetrieb zu trennen.¹²

Um die Netzstabilität zu gewährleisten, steht den Netzbetreibern nach dem EEG 2017 das Instrument des Einspeisemanagements zur Verfügung. Im Rahmen der in § 14 EEG 2017 (und den Vorgängerregelungen) und unter Einhaltung der dort genannten Voraussetzungen können Netzbetreiber diese Anlagen zeitweise in der Einspeiseleistung regulieren. Dies korrespondiert mit der Verpflichtung, eine Entschädigung im Sinne der Härtefallregelung zu zahlen.

Ansprechpartner

René Walter
Referatsleiter Energierecht und –handel
Tel. +49 (0)8161 9846-60
rene.walter@biogas.org

Dr. Andrea Bauer
Fachreferentin Energierecht und –handel
Tel. +49 (0)8161 9846-60
andrea.bauer@biogas.org

¹¹ Raabe/Lorenz, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 4: MsbG – Messstellenbetriebsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 50 Rn. 82.

¹² Säcker/Zwanziger, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 4: MsbG – Messstellenbetriebsgesetz, 4. Aufl. 2017, Einl. Rn. 37.