

2019/8

25. Januar 2021

Empfehlung

Die Clearingstelle EEG|KWKG¹ empfiehlt, die Fragen des Empfehlungsverfahrens 2019/8

„Kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe im KWKG“

wie folgt zu beantworten:

1. **Das Recht auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von in KWK-Anlagen erzeugtem Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung besteht insbesondere**
 - (a) **für KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 kW gemäß § 4 Abs. 2 KWKG 2016² (Abschnitt 3.1),**
 - (b) **für KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von mehr als 1 MW und bis zu 50 MW in der Ausschreibung gemäß § 8a KWKG 2016 (Abschnitt 3.2),**
 - (c) **für innovative KWK-Systeme gemäß § 8b KWKG 2016 (Abschnitt 3.3) sowie**
 - (d) **für KWK-Anlagen in Kundenanlagen oder Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung gemäß § 20 Abs. 1d EnWG³ bzw.**

¹Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern vorliegend auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse der Clearingstelle Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

²Gesetz zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2498), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I, S. 1818), nachfolgend bezeichnet als KWKG 2016 a.F. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkg2016/arbeitsausgabe>.

³Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/enwg2011>.

§ 14 Abs. 2 KWKG 2016 a.F.⁴ sowie für KWK-Anlagen, die gemäß § 4 Abs. 3b KWKG 2012⁵ in elektrische Anlagen einspeisen. (Abschnitt 3.4).

2. Weiterhin besteht insbesondere für KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von mehr als 100 kW gemäß § 4 Abs. 1 KWKG 2016 das Recht auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von in den KWK-Anlagen erzeugtem Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung aufgrund des generellen Rechts auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe für KWK-Anlagen gemäß KWKG 2016 und KWKG 2012 (Abschnitt 3.5).
3. Für mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in das Netz der allgemeinen Versorgung mittelbar eingespeisten KWK-Strom besteht gemäß §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 KWKG 2016, 8a Abs. 2 KWKG 2016 ein Zuschlagsanspruch maximal in Höhe der KWK-Nettostromerzeugung (Abschnitt 4.1).
4. Es obliegt Anlagen- und Netzbetreibern, Einigkeit darüber herzustellen, wie die zuschlagfähige Strommenge im Hinblick auf tatsächliche und rechnerische Transport- und Umwandlungsverluste zu ermitteln ist (Abschnitt 4.2).
5. KWK-Anlagenbetreibern steht die Entscheidungsfreiheit darüber zu, ob der gesamte KWK-Nettostrom kaufmännisch-bilanziell weitergegeben oder ein Teil zur Eigenversorgung oder Drittbelieferung verwendet werden soll („kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung“, Abschnitt 4.3).

⁴Gesetz zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) in der v. 25.07.2017 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2498), geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Förderung v. Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532), nachfolgend bezeichnet als KWKG 2016 (fünfte Änderung). Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkg2016/arbeitsausgabe>.

⁵Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 19.03.2002 (BGBl. 2002 S. 1092) (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) in der v. 08.09.2015 an geltenden Fassung, zuletzt geändert durch Art. 331 der Zehnten Zuständigkeitsanpassungsverordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474), außer Kraft gesetzt durch Art. 3 Absatz 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), nachfolgend bezeichnet als KWKG 2012, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkg2012>.

6. Grundsätzlich ist die Strommenge, für die der KWK-Zuschlag mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe beansprucht wird, auf Grundlage messtechnisch ermittelter Werte zu bestimmen (Abschnitt 5). Bei der Anwendung der in Abschnitt 5 für unterschiedliche Fallkonstellationen dargestellten Messkonzepte ist grundsätzlich bei Berücksichtigung der jeweils angegebenen Rechenvorschrift eine korrekte Ermittlung der zuschlagfähigen Strommenge möglich.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	6
2	Einführung	7
2.1	Hintergrund	7
2.2	Gegenstand der Empfehlung	10
3	Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe	12
3.1	KWK-Anlagen bis 100 kW (§ 4 Abs. 2 KWKG 2016)	12
3.2	KWK-Anlagen über 1 MW in der Ausschreibungspflicht (§ 8a KWKG 2016)	13
3.3	Innovative KWK-Systeme (§ 8b KWKG 2016)	17
3.4	KWK-Anlagen in Kundenanlagen und KWK-Anlagen, die in elektrische Anlagen einspeisen	18
3.5	Generelle Zulässigkeit bzw. sonstige KWK-Anlagen (KWKG 2012) und KWK-Anlagen größer als 100 kW in der Direktvermarktung (§ 4 Abs. 1 KWKG 2016)	23
3.5.1	Wortlaut und Teleologie	23
3.5.2	Systematik	25
3.5.2.1	(Explizite) Zulässigkeit in anderen Regelungen	25
3.5.2.2	Zulässigkeit im EEG und Gleichlauf von KWKG und EEG	27
3.5.2.3	Differenzierung zwischen eingespeistem und nicht eingespeistem Strom	28
3.5.2.4	Weites Verständnis des Begriffs „Einspeisung“	31
3.5.2.5	Abhängigkeit der Zulässigkeit von der Leistung der KWK-Anlage	34
3.5.2.6	Anforderung der „unmittelbaren oder mittelbaren“ Netzverbindung	36

3.5.2.7	Grundsätzliches bilanzielles Verständnis in der Energiewirtschaft und Anwendung bei Netzentgelten	37
3.5.3	Historie	40
4	Umfang der vergütungsfähigen Strommengen	42
4.1	KWK-Strom und Nettostromerzeugung	42
4.2	Berücksichtigung von Transport- und Umwandlungsverlusten innerhalb des Arealnetzes	45
4.3	Entscheidungsfreiheit des KWK-Anlagenbetreibers über die kaufmännisch-bilanziell weitergegebenen Menge	49
5	Messung und Ermittlung der zuschlagfähigen Strommenge – Messkonzepte	50
	Messkonzept 1.1: Kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung Niederspannungsanschluss	53
	Messkonzept 1.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Niederspannungsanschluss	54
	Messkonzept 2.1: Kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung Mittelspannungsanschluss (einfacher Fall)	55
	Messkonzept 2.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Mittelspannungsanschluss (einfacher Fall)	56
	Messkonzept 3.1: Kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung Mittelspannungsanschluss (häufiger Fall)	57
	Messkonzept 3.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Mittelspannungsanschluss (häufiger Fall)	58
	Messkonzept 4.1: Kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung Mittelspannungsanschluss (komplexer Fall)	59
	Messkonzept 4.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Mittelspannungsanschluss (komplexer Fall)	60

I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle hat auf ihrer Sitzung am 10. April 2019 durch ihre Mitglieder Dr. Winkler und Dibbern, ihren technischen Koordinator Teichmann sowie ihre Beisitzer Brosziewski und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfo⁶ die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:⁷
1. Hat ein Betreiber einer KWK-Anlage nach § 4 Abs. 1 KWKG 2016 oder § 4 KWKG 2012 die Befugnis, in seiner Anlage erzeugte KWK-Strommengen kaufmännisch-bilanziell in das Netz der allgemeinen Versorgung einzuspeisen? Bejahendenfalls: In welchem Umfang besteht dann für den kaufmännisch-bilanziell eingespeisten KWK-Strom der Zuschlagsanspruch?
 2. Besteht für KWK-Strom, der durch eine Erzeugungsmessung einer KWK-Anlage oder eine andere nachgelagerte Messung gemessen wird, bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz der allgemeinen Versorgung ein Zuschlagsanspruch gemäß §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 KWKG 2016?
 3. Besteht für KWK-Strom, der durch eine Erzeugungsmessung einer KWK-Anlage oder eine andere nachgelagerte Messung gemessen wird, bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz der allgemeinen Versorgung ein Zuschlagsanspruch gemäß §§ 6 Abs. 1, 8a Abs. 2 KWKG 2016?
- 2 Die bei der Clearingstelle während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfo akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 Verfo registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 22. Mai 2019 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 Verfo erhalten. Der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V., die Bundesnetzagentur (BNetzA), der Bundesverband Kraft-Wärme-Kopplung e.V. (B.KWK), der DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V. und der VEA – Bundesverband der Energie-Abnehmer e.V. sowie der VDMA Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (gemeinsam), der Fachverband Biogas e.V., die Groupement Européen des entreprises et Organismes de Distribution d'Énergie (GEODE) und der Vfw Verband für Wärmelieferung e.V. haben fristgerecht Stellungnahmen eingereicht.⁸

⁶Verfahrensordnung der Clearingstelle in der am Tage der Sitzung geltenden Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/verfahrensordnung>.

⁷Der Beschluss ist abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2019/8>.

⁸Alle Stellungnahmen sind abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2019/8>.

2 Einführung

2.1 Hintergrund

- 3 Die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe beschreibt ein energiewirtschaftliches Prinzip, bei dem physikalischer Stromfluss⁹ und kaufmännische Abrechnung bzw. bilanzielle Betrachtung auseinanderfallen. Hierbei werden Strommengen, die physikalisch vor dem Netzverknüpfungspunkt verbraucht werden, bilanziell als am Netzverknüpfungspunkt übergeben angesehen und auch entsprechend kaufmännisch abgerechnet.¹⁰ Da die Messwerte jedoch lediglich die physikalischen Stromflüsse repräsentieren, sind bei der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe die Abrechnungswerte der bilanziellen Betrachtungsweise entsprechend zu korrigieren.
- 4 Die Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe ist im EEG wie im KWKG von großer Bedeutung. Im Gegensatz zum EEG ergeben sich im KWKG jedoch erhebliche Unsicherheiten über die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass es im EEG eine explizite gesetzliche Regelung gibt, die die generelle Zulässigkeit für die Abrechnung von Strom aus EEG-Anlagen festlegt (in der aktuellen Fassung: § 11 Abs. 2 EEG 2017¹¹), während eine solche explizite Regelung über eine generelle Zulässigkeit im KWKG nicht existiert. Vor diesem und dem Hintergrund der ähnlichen Förderregimes von EEG und KWKG sowie der daher auch oftmals im Gleichlauf genannten beiden Gesetze stellt sich die Frage, ob und inwieweit die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe aufgrund der Systematik auch im KWKG vorgesehen und zulässig ist.

⁹Der physikalische Stromfluss stellt den realen Stromfluss dar, der gemessen werden kann. Die „physikalische Einspeisung“ beschreibt also den physischen Übergang des Stroms in das Netz der allgemeinen Versorgung und die „physikalische Abnahme“ die Aufnahme dieses Stroms durch den Netzbetreiber.

¹⁰Die „kaufmännische Abnahme“ kann bspw. durch den Netzbetreiber (Bezahlung des üblichen Preises) oder durch einen Direktvermarkter erfolgen.

¹¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

- 5 Besonders für KWK-Anlagen in der Ausschreibung mit einer elektrischen Leistung von über 1 MW und bis zu 50 MW führt die Unklarheit über die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Hintergrund ist die Regelung des § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016, wonach der gesamte in diesen KWK-Anlagen erzeugte Strom (bis auf den Eigenverbrauch durch die KWK-Anlage selbst, deren Neben- und Hilfsanlagen sowie durch elektrische Wärmeerzeuger) in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden muss. Eine sonstige Eigenversorgung oder eine Drittbelieferung sind danach bei solchen KWK-Anlagen nicht zulässig. Die Folge der Nichteinhaltung der Voraussetzung für die Ausschreibung ist gemäß § 19 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 KWKAusV¹² der Verlust des Zuschlagsanspruchs. Gerade aber in Areal- und Industrienetzen lässt sich eine solche Volleinspeisung technisch-physikalisch oftmals nicht realisieren, da vor dem Netzverknüpfungspunkt liegende, weitere eigene oder fremde Verbraucher unvermeidbar mit dem KWK-Strom versorgt werden.
- 6 Für innovative KWK-Systeme¹³ gilt das gleiche „Volleinspeisungsgebot“, sodass hier – sollte die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe nicht zulässig sein – eine Versorgung der möglicherweise im innovativen KWK-System vorhandenen Wärmepumpe als innovativer erneuerbarer Wärmeerzeuger mit KWK-Strom aus der KWK-Anlage nicht zulässig wäre. Auch dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, da die Betreiber der Systeme vor der Wahl stehen, bei der Planung einen zusätzlichen, separaten Netzanschluss für die Wärmepumpe einzuplanen oder den Zuschlagsanspruch zu riskieren, da sie ansonsten die Voraussetzungen der Ausschreibung nicht einhalten würden.
- 7 Auch für KWK-Anlagen in der Direktvermarktung mit einer elektrischen Leistung von mehr als 100 kW bis zu 1 MW und einer elektrischen Leistung von mehr als 50 MW ist die Frage der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von Bedeutung. Zum einen kann die (Nicht-)Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen

¹²Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen zur Ermittlung der Höhe der Zuschlagzahlungen für KWK-Anlagen und für innovative KWK-Systeme (KWK-Ausschreibungsverordnung – KWKAusV) v. 10.08.2017 (BGBl. I S. 3167), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138), alle Fassungen abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkausv>.

¹³Innovative KWK-Systeme sind gemäß gesetzlicher Definition in § 2 Nr. 9a KWKG 2016 „besonders energieeffiziente und treibhausgasarme Systeme, in denen KWK-Anlagen in Verbindung mit hohen Anteilen von Wärme aus erneuerbaren Energien KWK-Strom und Wärme bedarfsgerecht erzeugen oder umwandeln“. Sie bestehen aus den drei Komponenten KWK-Anlage, Komponente zur Bereitstellung innovativer erneuerbarer Wärme und elektrischer Wärmeerzeuger (§ 24 Abs. 1 KWKAusV).

Weitergabe einen Einfluss auf die insgesamt im Förderzeitraum ausgezahlte Fördersumme für die jeweilige KWK-Anlage haben. Zwar besteht der Anspruch auf Zuschlagzahlung für eine festgeschriebene Anzahl von Vollbenutzungstunden¹⁴. Allerdings gibt es im KWKG 2016 zwei verschiedene Zuschlagkategorien mit unterschiedlich hohem Zuschlag (für Strom, der in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird, und für Strom, der *nicht* in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird). Je nachdem wie groß der Anteil der in das Netz der allgemeinen Versorgung (ggf. inkl. nicht tatsächlich physikalisch eingespeistem, aber kaufmännisch-bilanziell weitergegebenem Strom = hoher Zuschlag, § 7, Abs. 1 KWKG 2016) oder der *nicht* in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommenge (= niedriger Zuschlag, § 7 Abs. 3 KWKG 2016)¹⁵ ist, variiert die insgesamt während der Förderdauer ausgezahlte Zuschlagssumme. Liegt keine Konstellation vor, bei der der Zuschlag für *nicht* in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strom geltend gemacht wird bzw. gemacht werden kann, so hat die (Nicht-)Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe zwar keinen Einfluss auf die insgesamt im Förderzeitraum ausgezahlte Fördersumme, jedoch auf die „Geschwindigkeit“ der Auszahlung (Höhe der Förderung je Kalenderjahr) und die Dauer der Förderung. Denn durch das Abstellen hinsichtlich des Zuschlagsanspruchs auf eine maximale Anzahl an Vollbenutzungsstunden je KWK-Anlage, verändert sich die maximale Förderdauer mit der Anzahl der im jeweiligen Jahr erreichten Vollbenutzungsstunden. Bei einer Zulässigkeit und der Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe würde sich somit die Anzahl der Vollbenutzungsstunden um den jeweiligen Anteil im Kalenderjahr erhöhen, dessen korrespondierender Strommengenanteil tatsächlich physikalisch im Arealnetz verbraucht wird, aber kaufmännisch-bilanziell in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden soll. Somit erhöht sich die Anzahl der Vollbenutzungsstunden je Kalenderjahr bei der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe, wodurch die maximale Anzahl förderfähiger Vollbenutzungsstunden schneller erreicht ist und die KWK-Anlage früher „ausgefördert“ ist. Relevant ist dies insbesondere für die Finanzierung und die Liquiditätsplanung der Betreiber der KWK-Anlage.

- 8 Weiterhin unklar ist bei einer Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe der Umfang der förderfähigen Strommengen, ob und in welchem Umfang

¹⁴Quotient aus der jährlichen zuschlagberechtigten KWK-Nettostromerzeugung und der maximalen KWK-Nettostromerzeugung im Auslegungszustand während einer Betriebsstunde unter normalen Einsatzbedingungen (§ 3 Nr. 3 KWKG 2016).

¹⁵Insbesondere i. V. m. § 6 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016.

etwaige innerhalb des Arealnetzes auftretende Verluste abzuziehen sind bzw. welche messtechnische Anordnung für eine KWKG-konforme Bestimmung der mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommengen in bestimmten Konstellationen notwendig ist.

2.2 Gegenstand der Empfehlung

- 9 Gegenstand dieser Empfehlung ist die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG 2016 und im KWKG 2012. Dies ist für eine vollumfängliche Betrachtung aller KWK-Anlagen ausreichend, da ältere Fassungen des KWKG jedenfalls gemäß § 35 KWKG 2016 nicht relevant sind.
- 10 Es wird geprüft, ob ein Recht auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe besteht, insbesondere für
- KWK-Anlagen bis 100 kW, die einen KWK-Zuschlag und den üblichen Preis erhalten (Abschnitt 3.1),
 - KWK-Anlagen über 1 MW und bis 50 MW in der Ausschreibung (Abschnitt 3.2),
 - KWK-Anlagen in innovativen KWK-Systemen (Abschnitt 3.3),
 - KWK-Anlagen in elektrischen Anlagen/Kundenanlagen mit Drittversorgung von Letztverbrauchern (Abschnitt 3.4) sowie
 - KWK-Anlagen über 100 kW bis 1 MW und ab 50 MW in der Direktvermarktung (siehe hierzu Abschnitt 3.5 zur generellen Zulässigkeit).
- 11 Zudem wird geprüft, in welchem maximalen Umfang bezogen auf den insgesamt in der KWK-Anlage erzeugten Strom bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe generell ein Förderanspruch besteht (Abschnitt 4), insbesondere in Bezug auf die Anteile KWK-Strom und Kondensationsstrom an der gesamten Erzeugung sowie in Bezug auf die Brutto- bzw. Nettostromerzeugung und den Kraftwerkseigenverbrauch (Abschnitt 4.1). Des Weiteren werden etwaige im Arealnetz entstehende Transport- oder Umwandlungsverluste behandelt (Abschnitt 4.2) und geprüft, ob der Anlagenbetreiber ein „Wahlrecht“ hat, den physikalisch im Arealnetz verbrauchten Strom statt vollständig (maximal förderfähiger Strommengenanteil) auch

nur anteilig kaufmännisch-bilanziell weiterzugeben und den übrigen Anteil für die Eigenversorgung oder Drittbeflieferung zu verwenden (Abschnitt 4.3).

12 Für die beiden Grundfälle

1. kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung (kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe der insgesamt maximal förderfähigen Strommenge) und
2. kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung (kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe der überschüssigen Strommenge nach Abzug des Verbrauchs durch bilanziell versorgte Verbraucher innerhalb der Kundenanlage)

in Verbindung mit folgenden typischen Anschlussvarianten der KWK-Anlage an die Kundenanlage

1. Anschluss des Generators auf Niederspannungsebene,
2. Anschluss des Generators auf Mittelspannungsebene (10 kV) bei Bezug des Kraftwerkseigenverbrauchs aus dem Erzeugungspfad (einfacher Fall),
3. Anschluss des Generators auf Mittelspannungsebene (10 kV) bei Bezug des Kraftwerkseigenverbrauchs aus der Niederspannungshauptverteilung der Kundenanlage (häufiger Fall) und
4. Anschluss des Generators auf Mittelspannungsebene (10 kV) bei Bezug des Kraftwerkseigenverbrauchs aus der Niederspannungshauptverteilung der Kundenanlage (20 kV-Ebene, komplexer Fall)

wird beispielhaft anhand von möglichen Messkonzepten dargestellt, wie die förderfähigen Strommengen jeweils messtechnisch bestimmt werden können (Abschnitt 5).

- ## 13
- Diese Beispiele beinhalten nicht die ggf. weitergehenden Anforderungen an das Messkonzept zur Bestimmung der jeweils anzusetzenden Ersatzstrommenge. Weiterhin ergeben sich für die korrekte Erfassung der EEG-umlagerelevanten Strommengen ggf. besondere Anforderungen – wie eine viertelstündliche Messwert-erfassung mittels registrierender Leistungsmessung (RLM) oder Zählerstandsgang-messung (ZSG). Für Fragen zur korrekten Messung in Bezug auf die EEG-Umlage bei Eigenversorgung empfiehlt die Clearingstelle, zusätzlich zu den in dieser

Empfehlung dargestellten Messkonzepten auch die Schaltbilder der Empfehlung 2014/31¹⁶ heranzuziehen.

- 14 Abweichend von den dargestellten Beispielen können in diesem Empfehlungsverfahren keine Aussagen zum Umfang der förderfähigen Strommengen in jedem Einzelfall und zur Gestaltung des jeweils dazugehörigen, notwendigen Messkonzepts getroffen werden.

3 Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe

3.1 KWK-Anlagen bis 100 kW (§ 4 Abs. 2 KWKG 2016)

- 15 Für KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 kW besteht das Recht der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von in der KWK-Anlage erzeugtem Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung.¹⁷
- 16 Denn der Wortlaut des § 4 Abs. 2 KWKG 2016 ist eindeutig. Die Sätze 1 und 2 lauten:

„Betreiber von KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 kW können den erzeugten KWK-Strom direkt vermarkten, selbst verbrauchen oder vom Netzbetreiber die kaufmännische Abnahme ihres erzeugten KWK-Stroms verlangen. Die kaufmännische Abnahme kann auch verlangt werden, wenn die Anlage an eine Kundenanlage angeschlossen ist und der Strom mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz angeboten wird.“

- 17 Zwar wird hier nicht ausdrücklich geregelt, dass die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe zulässig ist, jedoch setzt die Regelung die Zulässigkeit als gegeben voraus („... und der Strom mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz *angeboten wird*“).

¹⁶Clearingstelle, Empfehlung v. 02.06.2015 – 2014/31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2014/31>, Abschnitt 6.

¹⁷So auch die herrschende Meinung; vgl. u. a. Lübrig, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 8; Assmann, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, 1. Aufl. 2018, § 4 Rn. 20.

3.2 KWK-Anlagen über 1 MW in der Ausschreibungspflicht (§ 8a KWKG 2016)

- 18 Für KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung über 1 MW und bis 50 MW, die gemäß § 8a KWKG 2016 unter die Ausschreibungspflicht fallen, besteht das Recht zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von in der KWK-Anlage erzeugtem Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung.
- 19 Zunächst besteht gemäß § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 für KWK-Anlagen in der Ausschreibung ein Eigenversorgungs- bzw. Drittbeförderungsverbot (im Folgenden: „Volleinspeisungsgebot“), denn der Anspruch auf Zuschlagzahlung besteht nur, wenn

„der gesamte ab der Aufnahme oder der Wiederaufnahme des Dauerbetriebs in der KWK-Anlage erzeugte Strom in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist und nicht selbst verbraucht wird, wobei der Strom ausgenommen ist, der durch die KWK-Anlage oder in den Neben- und Hilfsanlagen der KWK-Anlage oder den mit der KWK-Anlage verbundenen elektrischen Wärmeerzeugern verbraucht wird ...“

- 20 Der Wortlaut des § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 ist nicht eindeutig, da er nicht klärt, ob die Einspeisung in das Netz der allgemeinen Versorgung physikalisch erfolgen muss oder kaufmännisch-bilanziell (fiktiv physikalisch) erfolgen darf, und bedarf daher der Auslegung.¹⁸
- 21 Dass die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe für KWK-Anlagen in der Ausschreibung zulässig ist, ergibt sich vor allem aus der Systematik und Genese, insbesondere in Form der Klarstellung der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe in der Gesetzesbegründung zu § 33a KWKG 2016.¹⁹
- 22 § 33a Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb KWKG 2016 sieht eine Verordnungsermächtigung der Bundesregierung betreffend die Regelungen nach § 8a KWKG 2016 dahingehend vor, dass

¹⁸Ebenso: Stellungnahme des BDEW, S. 18.

¹⁹BT-Drs. 18/10668, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3360/material>, S. 137. Ebenso: Stellungnahme des BDEW, S. 18.; Stellungnahme von DIHK, VDMA und VEA, S. 3 f.; Stellungnahme der BNetzA, S. 3.

„abweichend von § 8a Absatz 2 Nummer 2 und § 8a Absatz 3 der in der KWK-Anlage erzeugte Strom auch in ein geschlossenes Verteilernetz eingespeist werden kann“.

23 In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Die neu eingefügte Verordnungsermächtigung in § 33a Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb ermöglicht eine Abweichung von der in § 8a Absatz 2 Nummer 2 und § 8a Absatz 3 enthaltenen Bestimmung, nach der Voraussetzung für eine Förderung durch Ausschreibung ist, dass der gesamte in der Anlage erzeugte Strom in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird und nur für den in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strom eine Zuschlagzahlung erfolgt. *Dabei ist auch eine kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung möglich.* Davon abweichend kann unter bestimmten Umständen auch eine Einspeisung in ein geschlossenes Verteilernetz ausreichen ...“²⁰

24 Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe der Voraussetzung, sämtlichen in der KWK-Anlage erzeugten Strom in ein Netz der allgemeinen Versorgung einzuspeisen, nicht entgegensteht. Lediglich die Einspeisung in ein geschlossenes Verteilernetz stellt demnach eine Abweichung dar, die durch eine Verordnungsermächtigung geregelt werden müsste.²¹

25 Ebenso lässt sich dies systematisch durch einen Vergleich mit dem Wortlaut des § 27 Abs. 3 KWKAusV bestätigen.²² Dieser lautet:

„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie kann im Rahmen der völkerrechtlichen Vereinbarung nach Absatz 2 regeln:

...

4. abweichend von § 8a Absatz 2 Nummer 2 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes und von § 19 Absatz 3 Nummer 1 und 2 das Erfordernis, den gesamten in der KWK-Anlage im Ausland

²⁰Hervorhebung nicht im Original.

²¹Vgl. *Küper/Goldberg*, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 33a Rn. 29.

²²Ebenso: Stellungnahme der *BNetzA*, S. 3.

erzeugten Strom in ein Netz der allgemeinen Versorgung einzuspeisen oder einem Netzbetreiber mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe anzubieten...“²³

- 26 Auch diese Formulierung und der Vergleich mit den darin genannten Normen lassen erkennen, dass das „Volleinspeisungsgebot“ in der Ausschreibung sowohl die Einspeisung in ein Netz der allgemeinen Versorgung als auch die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe umfasst und lediglich den Selbstverbrauch des Stroms bzw. die Eigenversorgung ausschließt.
- 27 Die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe für KWK-Anlagen, die gemäß § 8a KWKG 2016 unter die Ausschreibungspflicht fallen, ergibt sich folglich bereits aus den bestehenden Regelungen des KWKG und der KWKAusV.
- 28 Die mit den Vorschriften zur Ausschreibung verfolgte Regelungsabsicht des Gesetzgebers spricht nicht gegen diese Auslegung. Denn das Erfordernis der Einspeisung der gesamten in der KWK-Anlage erzeugten Strommenge bei der Ausschreibung bezweckt gemäß der Gesetzesbegründung ein „verzerrungsfreies Ausschreibungsergebnis angesichts des sehr unterschiedlichen Privilegierungsumfangs von Anlagen mit hohem Eigenversorgungsanteil“²⁴.
- 29 Vermieden werden sollte also eine Wettbewerbsverzerrung durch unterschiedlich hohe Eigenversorgungsquoten vor dem Hintergrund, dass ein finanzieller Vorteil bei höherer Eigenversorgungsquote bestehe.²⁵ Dieser ergebe sich zum einen aus der Differenz zwischen dem Gegenwert des vermiedenen Strombezugs aus dem Netz und dem Zuschlagswert für eine entsprechende Menge eingespeisten Stroms, der in der Regel deutlich geringer ausfällt, sowie zusätzlich aus der Privilegierung durch die verringerte oder entfallene EEG-Umlage und eingesparte Netzentgelte sowie netzbezogene Umlagen und Abgaben auf eigenverbrauchte Strommengen. Somit könnten KWK-Anlagen mit einem höheren Eigenversorgungsanteil durch beide finanzielle Vorteile bei einer Mischkalkulation für die eingespeisten „Reststrommengen“ niedrigere Preise in der Ausschreibung bieten. Hieraus kann sich somit eine erhöhte Zuschlagswahrscheinlichkeit für diese Anlagen ergeben.²⁶

²³Hervorhebung und Auslassungen nicht im Original.

²⁴BT-Drs. 18/10209, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3360/material>, S. 78.

²⁵BT-Drs. 18/10668, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3360/material>, S. 137; ebenso: Stellungnahme des BDEW, S. 18.

²⁶Vgl. *Jacobshagen*, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 8a Rn. 21.

- 30 Hinter dem „Volleinspeisungsgebot“ steht also im Kern das Verbot der Eigenversorgung, jedoch nicht das Verbot der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe, denn diese erhält keine Eigenversorgungsprivilegierung oder eine sonstige finanzielle Privilegierung, wodurch das Ausschreibungsergebnis „verzerrt“ werden könnte.²⁷ Denn die bei Eigenversorgung möglichen impliziten Förderungen greifen bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe nicht. Durch die Gleichstellung von physikalisch in das Netz eingespeistem und kaufmännisch-bilanziell weitergegebenem Strom ist die Inanspruchnahme einer verringerten EEG-Umlage ausgeschlossen. Auch fallen für den bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe notwendigen Bezug von „Ersatzstrom“²⁸ sämtliche Umlagen und Entgelte wie für normalen Bezugsstrom an,²⁹ ebenso die Stromsteuer.³⁰
- 31 Die Auslegung dergestalt, dass die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe bei KWK-Anlagen in der Ausschreibung unzulässig ist, stünde hingegen unter systematischen Gesichtspunkten diametral zu dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck der KWK-Förderung. Denn die praktische Umsetzung des „Volleinspeisungsgebots“ bei der Teilnahme an den Ausschreibungen würde in diesem Fall oftmals nur dadurch erreicht werden können, dass Betreiber von KWK-Anlagen in Kundenanlagen eine separate Direktleitung von der KWK-Anlage zum Übergabepunkt zum Netz der allgemeinen Versorgung, parallel zur Kundenanlage, errichten.³¹ Eine derartige Maßnahme würde einen erheblichen technischen und finanziellen Aufwand erfordern, der zum einen dazu führt, dass Betreiber von KWK-Anlagen ihr Projekt

²⁷Ebenso: Stellungnahme des *Fachverbandes Biogas*, S. 8 f.; Stellungnahme von *DIHK, VDMA und VEA*, S. 4; Stellungnahme des *BDEW*, S. 18 f.

²⁸Unter Ersatzstrom ist der lediglich kaufmännisch-bilanziell aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommene Strom zu verstehen, der aufgrund der nur fiktiven Einspeisung die Menge des zwar kaufmännisch-bilanziell eingespeisten, physikalisch aber innerhalb der Kundenanlage verbrauchten Anteils beschreibt (fiktiver Strombezug).

²⁹*BGH*, Beschluss v. 12.07.2013 – EnZR 73/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2466>; *BGH*, Beschluss v. 27.03.2012 – EnVR 8/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2017>; *OLG Düsseldorf*, Beschluss v. 08.12.2010 – VI-3 Kart 18/10 (V), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1243>; ebenso: Stellungnahme des *BDEW*, S. 23; Stellungnahme der *BNetzA*, S. 2; Stellungnahme des *B.KWK*, S. 2 f.

³⁰*Bundesministerium für Finanzen*, Erlass v. 06.01.2017 – III B 3 - V 4201/16/10001, abrufbar als Anhang, in: *Generalzolldirektion*, Informationen zu den Stromsteuerbefreiungen nach § 9 Absatz 1 Nummer 1 und Nummer 3 Stromsteuergesetz (StromStG), Stand: Februar 2017, unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sonstiges/3477>.

³¹So ist es in historisch gewachsenen Industriegebieten mit eigenen Kundenanlagen oftmals technisch unmöglich, sämtlichen durch die an die Kundenanlage angeschlossene KWK-Anlage erzeugten Strom direkt in das Netz der allgemeinen Versorgung einzuspeisen, ohne dass ein Eigen- oder Drittverbrauch innerhalb der Kundenanlage durch Verbraucher stattfindet.

gar nicht erst durchführen, womit die Inanspruchnahme der KWK-Förderung und damit das Erreichen der vom Gesetzgeber festgelegten Ziele gehemmt würde. Zum anderen steht dem volkswirtschaftlichen Mehraufwand durch den redundanten Netzanschluss auch kein Nutzen oder Zweck gegenüber (vgl. Rn. 55 ff.). Zweck der Durchführung der Ausschreibungen ist die Kostenreduzierung und die Marktfähigkeit.³² Beides ist nicht mit dem „Zwang“ zur Errichtung einer redundanten Direktleitung vereinbar.

3.3 Innovative KWK-Systeme (§ 8b KWKG 2016)

- 32 Auch für innovative KWK-Systeme, die gemäß § 8b KWKG 2016 unter die Ausschreibungspflicht fallen, besteht das Recht auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von in der KWK-Anlage erzeugtem Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung.
- 33 § 8b Abs. 3 KWKG 2016 sieht vor, dass u. a. § 8a Abs. 2 und 4 bis 7 KWKG 2016 entsprechend anwendbar sind. Demnach gilt das „Volleinspeisungsgebot“ des § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 ebenso für KWK-Anlagen, die Teil eines innovativen KWK-Systems sind.³³ Auch wenn in der korrespondierenden Begründung in § 33b KWKG 2016 – anders als in der Begründung zu § 33a KWKG 2016 – keine Klarstellung hinsichtlich der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe erfolgt, so lässt sich anhand der Systematik das Ergebnis auf innovative KWK-Systeme übertragen.
- 34 Denn wenn bei KWK-Anlagen in der Ausschreibung gemäß § 8a KWKG 2016 physikalisch eigenverbraucher, aber kaufmännisch-bilanziell eingespeister Strom keine Eigenversorgung, sondern eine „Volleinspeisung“ darstellt – wie vom Gesetzgeber eindeutig klargestellt (siehe auch Abschnitt 3.2) – so gibt es keinen Anlass, diese Sichtweise nicht auf auch innovative KWK-Systeme in der Ausschreibung gemäß § 8b KWKG 2016 zu übertragen, zumal der relevante Wortlaut zum „Volleinspeisungsgebot“ nicht nur identisch ist, sondern sogar auf den Wortlaut in § 8a KWKG 2016 verwiesen wird. Hätte der Gesetzgeber hier eine abweichende Definition seiner Sichtweise dieses „Volleinspeisungsgebots“ vorgesehen, hätte er dies entsprechend abweichend geregelt.

³²BT-Drs. 18/10209, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3360/material>, S. 1 ff.

³³Jacobshagen, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 8b Rn. 8; Assmann, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, 1. Aufl. 2018, § 8b Rn. 2.

- 35 Darüber hinaus würde wie bei KWK-Anlagen in der Ausschreibung gemäß § 8a KWKG 2016 die Unzulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe auch bei innovativen KWK-Systemen in Kundenanlagen zu praktischen Problemen führen, die das notwendige Errichten einer redundanten Direktleitung zum Netzverknüpfungspunkt zur Folge hätten. Dieser erhöhte Aufwand (insbesondere die zusätzlichen Kosten) würde die Realisierung der Projekte ebenso wie die damit einhergehende Inanspruchnahme der Förderung hemmen, wodurch wiederum das Erreichen der grundlegenden Ziele des KWKG behindert würden (vgl. Rn. 31).
- 36 Ebenso widerspricht eine solche Maßnahme aufgrund des finanziellen und technischen Aufwands dem Zweck der Ausschreibungen allgemein (u. a. Kostenreduzierung, vgl. Rn. 31) sowie der speziellen Förderung für innovative KWK-Systeme, denn diese neue sollen neben ihrer Innovation „zukunftsweisende Systeme für eine besonders treibhausgasarme und energieeffiziente Weiterentwicklung der KWK“ darstellen.³⁴
- 37 Eine elektrische Wärmepumpe hingegen als Komponente zur Bereitstellung innovativer erneuerbarer Wärme gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 2 KWKAusV darf physikalisch elektrische Energie aus der verbundenen KWK-Anlage beziehen, da sie gemäß § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 als mit der KWK-Anlage verbundener elektrischer Wärmeerzeuger vom „Volleinspeisungsgebot“ ausgenommen ist.³⁵

3.4 KWK-Anlagen in Kundenanlagen und KWK-Anlagen, die in elektrische Anlagen einspeisen

- 38 Das Recht auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von in KWK-Anlagen erzeugtem Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung besteht zudem für KWK-Anlagen in Kundenanlagen und Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung gemäß § 20

³⁴BT-Drs. 18/10209, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3360/material>, S. 3; vgl. Stellungnahme der GEODE, S. 3.

³⁵Vgl. auch BT-Drs. 18/10209, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3360/material>, S. 78, a. A.: Stellungnahme der GEODE, S. 3.

Abs. 1d EnWG bzw. § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (vierte Änderung)³⁶ und für KWK-Anlagen, die gemäß § 4 Abs. 3b KWKG 2012 in elektrische Anlagen einspeisen.³⁷

39 Die Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe besteht in diesen Fällen sowohl für KWK-Anlagen, die unter dem KWKG 2016 in Dauerbetrieb genommen wurden, als auch für Bestands-KWK-Anlagen, die unter das Förderregime des KWKG 2012 fallen.

40 Denn der Wortlaut des § 20 Abs. 1d EnWG ist insoweit eindeutig. Dieser lautet:

„Der Betreiber des Energieversorgungsnetzes, an das eine Kundenanlage oder eine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung angeschlossen ist, hat den Zählpunkt zur Erfassung der durch die Kundenanlage aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommenen und in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommenge (Summenzähler) sowie alle Zählpunkte bereitzustellen, die für die Gewährung des Netzzugangs für Unterzähler innerhalb der Kundenanlage *im Wege der Durchleitung* (bilanzierungsrelevante Unterzähler) erforderlich sind. Bei der Belieferung der Letztverbraucher durch Dritte findet im erforderlichen Umfang eine Verrechnung der Zählwerte über Unterzähler statt.
...“³⁸

41 Die hier angeordnete Gewährung des Netzzugangs von Zählpunkten innerhalb der Kundenanlage („im Wege der Durchleitung“) steht der Gestattung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe gleich. Denn die Anwendung dieser ist Voraussetzung, um die anfallenden Strommengen an den kundenanlageninternen Zählpunkten extern, also am Netzverknüpfungspunkt, abrechnen zu können.

³⁶Gesetz zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) in der v. 01.01.2017 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2498), geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung v. 22.12.2016 (BGBl. I, S. 3106), nachfolgend bezeichnet als KWKG 2016 (vierte Änderung), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkg2016>.

³⁷Der Regelungsinhalt von § 4 Abs. 3b KWKG 2012 ist zunächst in § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (vierte Änderung) und anschließend in § 20 Abs. 1d EnWG übergegangen, vgl. auch Rn. 42 f.

³⁸Auslassung und kursive Hervorhebung nicht im Original.

- 42 Für Zeiträume vor dem Inkrafttreten dieser Neufassung des § 20 Abs. 1d EnWG durch das „Mieterstromgesetz“³⁹ bestand das Recht zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe in gleicher Weise auf Grundlage des § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (vierte Änderung). Denn § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (vierte Änderung) enthielt eine entsprechende, dem § 20 Abs. 1d EnWG im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelung,⁴⁰ die lediglich durch die Neufassung des § 20 Abs. 1d EnWG ersetzt und somit gegenstandslos wurde.⁴¹
- 43 Unter Geltung des KWKG 2012 gab es mit § 4 Abs. 3b KWKG 2012 ebenso eine sinngleiche Vorgängerregelung,⁴² die wiederum dem nachfolgenden § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (vierte Änderung) entspricht.⁴³ Daher besteht auch unter Geltung des KWKG 2012 das Recht auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe in diesem Zusammenhang.
- 44 Indem der Gesetzgeber die Verrechnung von Messwerten einer KWK-Anlagen-Erzeugungsmessung mit den Messwerten von Unterzählern innerhalb einer Kundenanlage (bzw. einer elektrischen Anlage) und mit den Bezugs- und Einspeisemesswerten innerhalb derselben Kundenanlage (bzw. elektrischen Anlage) zugelassen hat, hat er zugleich festgestellt, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Berechnung der Stromflüsse anstatt einer rein physikalischen Betrachtung in bestimmten Fällen zulässig ist.⁴⁴ Von einer strikt physikalischen Trennung zwischen in das

³⁹Gesetz zur Förderung v. Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (Mieterstromgesetz - MieterStromG), verkündet am 17.07.2017 (BGBl. I 2017 S. 2532), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-kwkg.de/mieterstromg>.

⁴⁰§ 14 Abs. 2 KWKG 2016 (vierte Änderung) lautet (auszugsweise): „Anschlussnehmer, in deren Kundenanlage nach § 3 Nummer 24a oder Nummer 24b des Energiewirtschaftsgesetzes in der jeweils geltenden Fassung Strom aus KWK-Anlagen eingespeist wird, haben Anspruch auf einen abrechnungsrelevanten Zählpunkt gegenüber demjenigen Netzbetreiber, an dessen Netz ihre Kundenanlage angeschlossen ist. Wird dabei Strom an Letztverbraucher durch Dritte geliefert, findet eine Verrechnung der Zählwerte über Unterzähler durch den Netzbetreiber statt; für die Unterzähler ist Absatz 1 Satz 2 und 3 entsprechend anzuwenden ...“

⁴¹Siehe Begründung im Fraktionsentwurf, BT-Drs. 18/12355, S. 27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-kwkg.de/mieterstromg/material>; *Jacobshagen*, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 17; *Meitz* in Säcker (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 20 Rn. 141.

⁴²§ 4 Abs. 3b KWKG 2012 lautet: „Anschlussnehmer im Sinne des § 1 Abs. 2 der Niederspannungsanschlussverordnung, in deren elektrische Anlage hinter der Hausanschlussicherung Strom aus KWK-Anlagen eingespeist wird, haben Anspruch auf einen abrechnungsrelevanten Zählpunkt gegenüber dem Netzbetreiber, an dessen Netz ihre elektrische Anlage angeschlossen ist. Bei Belieferung der Letztverbraucher durch Dritte findet eine Verrechnung der Zählwerte über Unterzähler statt.“

⁴³Vgl. Stellungnahme des *BDEW*, S. 11 f.; *Lohmann*, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, 1. Aufl. 2018, § 14 Rn. 54.

⁴⁴Vgl. Stellungnahme des *BDEW*, S. 12.

Netz eingespeisten und nicht in das Netz eingespeisten Strommengen ist somit zum Zwecke der bilanziellen Korrektur der gemessenen Werte abzusehen.⁴⁵

- 45 Zu berücksichtigen ist, dass die Befugnis im Rahmen des § 20 Abs. 1d EnWG und des § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (vierte Änderung) die Einschränkung beinhaltet, dass die Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nur in *Kundenanlagen* (und *Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung*) angeordnet wird, während sich die Befugnis im § 4 Abs. 3b KWKG 2012 statt auf die Kundenanlage auf die *elektrische Anlage* erstreckt.
- 46 Kundenanlagen sind gemäß der Definition in § 3 Nr. 24a EnWG

„Energieanlagen zur Abgabe von Energie,

- a) die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden,
- b) mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage verbunden sind,
- c) für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sind und
- d) jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden“.

- 47 In Abgrenzung dazu ist unter dem Begriff der „elektrischen Anlage“ eher die Gesamtheit aller elektrischen Betriebsmittel hinter dem Übergabepunkt zu verstehen. Die elektrische Anlage ist zwar nicht im KWKG 2016 oder im EnWG definiert.

⁴⁵Vgl. *Lohmann*, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, 1. Aufl. 2018, § 14 Rn. 57; *Jacobshagen*, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 22, 24.

Allerdings kann ersatzweise die Bedeutung der Begrifflichkeit aus § 13 NAV⁴⁶ herangezogen werden.⁴⁷

- 48 Folglich gelten für die Anwendbarkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG 2012 andere Voraussetzungen hinsichtlich des Netzgebildes, an das die KWK-Anlage angeschlossen ist, als im KWKG 2016 bzw. im EnWG. So kann die Nichteinstufung eines Netzgebildes als Kundenanlage gemäß EnWG dazu führen, dass die o. g. Regelungen im KWKG 2016 bzw. EnWG zur Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nicht anwendbar sind. Die Voraussetzungen für eine Kundenanlage hat der BGH in zwei kürzlich ergangenen Entscheidungen noch einmal geschärft. Dabei geht der BGH vor allem auf das räumlich zusammengehörende Gebiet und die Relevanz der wettbewerblichen Bedeutung als Tatbestandsmerkmal ein.⁴⁸ Nach Ansicht des BGH scheidet bei einer Kundenanlage im Regelfall eine Einordnung als unbedeutend für den Wettbewerb aus, wenn mehrere hundert Letztverbraucher angeschlossen sind, die Anlage eine Fläche von deutlich über 10 000 m² versorgt, die jährliche Menge an durchgeleiteter Energie voraussichtlich 1 000 MWh deutlich übersteigt und mehrere Gebäude angeschlossen sind.⁴⁹ Die Voraussetzungen für das Vorliegen der Kundenanlage sind somit enger als die für das Vorliegen einer elektrischen Anlage.
- 49 Unabhängig davon kann ein Netzgebilde eine elektrische Anlage sein, auch wenn die Kriterien der Kundenanlage nicht erfüllt sind.

⁴⁶Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung – NAV) v. 01.11.2006 (BGBl. I S. 2477), zuletzt geändert durch die Verordnung zur Umsetzung pandemiebedingter und weiterer Anpassungen in Rechtsverordnungen auf Grundlage des Energiewirtschaftsgesetzes v. 30.10.2020 (BGBl. I S. 2269), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-g-kwkg.de/nav>.

⁴⁷So lautet § 13 Abs. 1 Satz 1 NAV: „Für die ordnungsgemäße Errichtung, Erweiterung, Änderung und Instandhaltung der elektrischen Anlage hinter der Hausanschlusssicherung (Anlage) ist der Anschlussnehmer gegenüber dem Netzbetreiber verantwortlich.“ Zwar gilt die NAV nur für Anschlüsse im Niederspannungsnetz, allerdings lässt sich der Begriff der „elektrischen Anlage“ analog auch auf Netze anderer Spannungsebenen übertragen, da die herausgearbeitete Definition hinsichtlich der Spannungsebene unspezifisch ist; vgl. zur Definition der „elektrischen Anlage“: *Jacobshagen/Kachel*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Stand: 66. Ergänzungslfg. 2010, KWKG 2009, § 4 Rn. 67.

⁴⁸BGH, Urteil v. 12.11.2019 – EnVR 65/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-g-kwkg.de/rechtsprechung/5316>; BGH, Beschluss v. 12.11.2019 – EnVR 66/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-g-kwkg.de/rechtsprechung/5297>; nachfolgend OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.02.2020 – 3 Kart 729/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-g-kwkg.de/rechtsprechung/5471>.

⁴⁹BGH, Urteil v. 12.11.2019 – EnVR 65/18, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-g-kwkg.de/rechtsprechung/5316>, Rn. 32.

3.5 Generelle Zulässigkeit bzw. sonstige KWK-Anlagen (KWKG 2012) und KWK-Anlagen größer als 100 kW in der Direktvermarktung (§ 4 Abs. 1 KWKG 2016)

50 Generell besteht für alle KWK-Anlagen gemäß KWKG 2012 und KWKG 2016 das Recht zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von in der KWK-Anlage erzeugtem Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung – insbesondere auch für KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von mehr als 100 kW bis zu 1 MW und von mehr als 50 MW, die gemäß § 4 Abs. 1 KWKG 2016 i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 KWKG 2016 unter die Direktvermarktungspflicht fallen.⁵⁰

51 Dies ergibt sich vor allem aus der Systematik und der Historie.

3.5.1 Wortlaut und Teleologie

52 Sowohl der Wortlaut als auch die Teleologie stehen einer generellen Zulässigkeit⁵¹ der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG 2016 bzw. KWKG 2012 nicht entgegen.

53 Der **Wortlaut** des § 4 Abs. 1 KWKG 2016 zur Direktvermarktungspflicht ist nicht eindeutig. Er liefert – anders als Abs. 2 – keine Hinweise darauf, ob es einer physikalischen Einspeisung in das Netz der allgemeinen Versorgung bedarf oder nicht. Denn er fordert weder eine solche physikalische Einspeisung, noch schließt er eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe aus.

54 Auch der Wortlaut des § 4 KWKG 2012 geht nicht auf die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe ein. Lediglich in § 4 Abs. 3a KWKG 2012 wird geregelt, dass ein Zuschlag auch für KWK-Strom zu entrichten ist, der „nicht in ein Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird“. Dies kann als Hinweis auf die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe gedeutet werden.⁵² Allerdings greift diese Schlussfolgerung nicht, sofern im Rahmen des KWKG 2012 per kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz eingespeister Strom als „in ein

⁵⁰So auch Stellungnahmen der *BNetzA*, des *B.KWK*, von *DIHK*, *VEA und VDMA*, der *GEODE* und des *VfW*; a. A. Stellungnahme des *BDEW*.

⁵¹Hier: Zulässigkeit im KWKG für alle in dessen Anwendungsbereich fallenden KWK-Anlagen ohne explizite regulatorische Anordnung der Zulässigkeit.

⁵²Ebenso: Stellungnahme von *DIHK*, *VDMA und VEA*, S. 2.

Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist“ gesehen wird, da die Regelung sich dann eben nicht mehr auf diese Strommengen bezieht.⁵³

- 55 **Sinn und Zweck** des KWKG sprechen eher für die generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe.
- 56 Wäre die Förderung lediglich auf den physikalisch in das Netz eingespeisten Strom begrenzt, würde dies für die Inanspruchnahme der Förderung für viele KWK-Anlagen in Arealnetzen oder Kundenanlagen die Schaffung redundanter Netzstrukturen in Form der Errichtung von Direktleitungen zum Netz der allgemeinen Versorgung sowie zusätzlicher Netzanschlüsse erfordern. Dies würde einen volkswirtschaftlichen Mehraufwand bedeuten, dem kein Nutzen oder Zweck gegenübersteht.⁵⁴
- 57 Denn die zusätzliche Direktleitung würde nur um der gestellten Anforderung willen errichtet, den erzeugten KWK-Strom physikalisch in das Netz der allgemeinen Versorgung einzuspeisen. Weitere Effekte, die damit einhergehen, sind lediglich negativer Natur. So würde die physikalische Einspeisung zu einer höheren Auslastung der Netzstrukturen zwischen den (zusätzlichen) Netzverknüpfungspunkten führen, denn der vormals innerhalb der Kundenanlage oder im Arealnetz verbrauchte KWK-Strom würde nun – vereinfacht dargestellt – vom Übergabepunkt der KWK-Anlage in den Übergabepunkt der Kundenanlage fließen, um dort verbraucht zu werden. Dies wäre technisch und wirtschaftlich ineffizient und steht somit dem Ziel des KWKG 2016 einer effizienten Versorgung mit KWK-Strom durch die „Erhöhung der Nettostromerzeugung ... im Interesse der Energieeinsparung“ entgegen (§ 1 Abs. 1 KWKG 2016); es widerspricht im Übrigen auch dem grundlegenden Zweck der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe, volkswirtschaftlich unnötige Kosten zu vermeiden.⁵⁵
- 58 Dass mit einer Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe Nachteile einhergehen, ist hingegen nicht zu erkennen. So lassen sich schwerlich teleologische Argumente finden, die gegen die generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe sprechen – außer ggf. die bloße Annahme, dass die Förderregimes von KWKG 2012 und KWKG 2016 (dort abgesehen von den ausdrücklich geregelten Fällen) auch ohne die Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe ausreichende Förderanreize setzen.

⁵³Ebenso: Stellungnahme des *BDEW*, S. 9.

⁵⁴Ebenso: Stellungnahme von *DIHK, VDMA und VEA*, S. 5.

⁵⁵BT-Drs. 15/2327, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/urfassung>, S. 26.

3.5.2 Systematik

- 59 Die Systematik liefert deutlich überwiegend Argumente für die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG 2012 und im KWKG 2016.
- 60 **3.5.2.1 (Explizite) Zulässigkeit in anderen Regelungen** Einerseits spricht dem ersten Anschein nach die Tatsache, dass für KWK-Anlagen bis 100 kW die Zulässigkeit ausdrücklich im Wortlaut des § 4 Abs. 2 S. 2 KWKG 2016 erwähnt wird (vgl. Abschnitt 3.1), dafür, dass die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe systematisch nur auf eben diese Fälle beschränkt ist, in denen eine (explizite) Zulässigkeit im Wortlaut geregelt ist.⁵⁶ Unterstützt wird diese Sichtweise durch die weiteren (expliziten) Gestattungen der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe, z. B. in § 4 Abs. 3b KWKG 2012, § 14 Abs. 2 KWKG 2016 a. F. bzw. § 20 Abs. 1d EnWG (Drittversorgung von Letztverbrauchern in Arealnetzen) sowie § 11 Abs. 2 EEG 2017 (generelle Zulässigkeit für alle EEG-Anlagen, s. hierzu Rn. 67).
- 61 Andererseits deutet die vielfältige regulatorische Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe auf eine starke Durchdringung in der Energiewirtschaft, also ein allgemein anerkanntes und vielfach angewendetes energiewirtschaftliches Verfahren hin (vgl. Rn. 97).⁵⁷ Dies spricht wiederum für eine generelle Zulässigkeit, für die es keiner expliziten Regelung bedarf und dafür, dass regulatorisch vorhandene Regelungen diesbezüglich nur klarstellender Natur sind.⁵⁸
- 62 Insofern dürfte die ausdrückliche Erwähnung in bestimmten Regelungen lediglich klarstellend sein, wobei die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe unabhängig hiervon als gegeben vorausgesetzt wird.⁵⁹ Die Klarstellungen würden in diesem Fall immer an den Stellen vorgenommen, an denen es besonders problematische Anwendungsfälle gibt. Dies ist z. B. im Kontext der Objekt-Mieterstromversorgung bei der Versorgung von Letztverbrauchern über Unterzähler nach § 4 Abs. 3b KWKG 2012 bzw. § 20 Abs. 1d EnWG (siehe Abschnitt 3.4) der Fall. Die Regelung zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe war im Wortlaut notwendig, da die Zuschlagfähigkeit der mittels kaufmännisch-

⁵⁶Ebenso: Stellungnahme des *BDEW*, S. 13, 15, 21 f.

⁵⁷Ebenso: Stellungnahme der *BNetzA*, S. 1; Stellungnahme des *Fachverbandes Biogas*, S. 4 f.

⁵⁸Ebenso: Stellungnahme der *GEODE*, S. 1; zur Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe bei sämtlichen, auch konventionellen Stromerzeugungsanlagen vgl. auch Rn. 99.

⁵⁹Ebenso zu § 4 Abs. 2 S. 2 KWKG 2016: Stellungnahme der *BNetzA*, S. 3; Stellungnahme des *Fachverbandes Biogas*, S. 5; a. A.: Stellungnahme des *BDEW*, S. 13, 15, 21 f.

bilanzieller Weitergabe eingespeisten – aber physikalisch im Objekt verbrauchten – Strommengen in der Praxis umstritten war und einer Klarstellung bedurfte.⁶⁰

63 Ebenso stellt die Erwähnung in § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 für KWK-Anlagen bis 100 kW eine Klarstellung dar,⁶¹ der eine besondere Notwendigkeit gegenübersteht. Denn zum einen weist diese Anlagengröße eine besondere Relevanz bei der zuvor erwähnten Objekt-Mieterstromversorgung in Kundenanlagen auf. Vor allem aber sollte klargestellt werden, dass hier eine kaufmännische Abnahme durch den Netzbetreiber auch dann möglich ist, wenn die Voraussetzungen der Direktvermarktungspflicht erfüllt sind. Denn abweichend vom EEG (§ 3 Nr. 16 EEG 2017)⁶² liegt dem Grunde nach im KWKG auch bei Verbrauch des erzeugten Stroms in unmittelbarer räumlicher Nähe zur (KWK-)Anlage und ohne Netzdurchleitung⁶³ eine Direktvermarktung vor.⁶⁴ Um klarzustellen, dass hier trotz einer abweichenden Definition der Direktvermarktung ein Anspruch auf kaufmännische Abnahme durch den Netzbetreiber besteht, ist die Erwähnung der Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe in diesem Zusammenhang nötig.

64 Grund der expliziten Regelung im Wortlaut des § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 für KWK-Anlagen bis 100 kW ist außerdem die für diese KWK-Anlagen geregelte Möglichkeit des Ankaufs durch den Netzbetreiber. Im Gegensatz dazu besteht diese Möglichkeit bei KWK-Anlagen größer als 100 kW gemäß § 4 Abs. 1 KWKG 2016 aufgrund der Direktvermarktungspflicht nicht. Die bilanzielle Verrechnung findet hier allein zwischen Anlagenbetreiber und Direktvermarkter statt. Daraus ergibt sich nur in § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 (nicht jedoch in Abs. 1) die Notwendigkeit, die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe auch im direkten Verrechnungsverhältnis zwischen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber durch eine Regelung hervorzuheben. Denn im Falle des Abs. 1 – bei verpflichtender Direktvermarktung – bleibt es zwischen den (beteiligten) Parteien bei der normalen Privatautonomie, da

⁶⁰BT-Drs. 18/6419, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/4743/material>, S. 41; ebenso: Stellungnahme der GEODE, S. 1 f.

⁶¹Ebenso: Lührig, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 8.

⁶²Hiernach ist Direktvermarktung „... die Veräußerung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas an Dritte, es sei denn, der Strom wird in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht und nicht durch ein Netz durchgeleitet“.

⁶³Die Kundenanlage ist kein Netz i. S. d. EnWG.

⁶⁴§ 4 Abs. 1 Satz 2 KWKG 2016 lautet: „Eine Direktvermarktung liegt vor, wenn der Strom an einen Dritten geliefert wird.“ Vgl. zu den Voraussetzungen der Direktvermarktung im KWKG auch Assmann, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, 1. Aufl. 2018, § 4 Rn. 12; Lührig, in: Säcker (Hrsg.), Kommentar zum KWKG, Band 5, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 2; ebenso: Stellungnahme des Fachverbandes Biogas, S. 7.

der Netzbetreiber als Käufer des Stroms ausscheidet. Einer expliziten Regelung wie im umfassend regulierten Marktsegment des Netzbetreibers (s. Abs. 2 Satz 2) bedarf es hier daher nicht.

65 **3.5.2.2 Zulässigkeit im EEG und Gleichlauf von KWKG und EEG** Für den Gleichlauf von EEG und KWKG hinsichtlich der generellen Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe bzw. gegen die These, dass der Gesetzgeber hierfür unterschiedliche Grundsätze im EEG und KWKG schaffen wollte, spricht, trotz des Nichtbestehens einer gleichlautenden Regelung im KWKG, dass selbst die allgemeingültig geregelte Zulässigkeit in § 11 EEG 2017 nur eine notwendige Klarstellung sein soll.⁶⁵

66 Einen Hinweis hierauf liefert auch die Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 2 EEG 2017⁶⁶:

„Eine Ausnahme davon, dass Strom auch in Fällen kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe als physikalisch in ein Netz eingespeist gilt, bestünde nur dann, wenn das Gesetz im Folgenden die unmittelbare Einspeisung in ein Netz fordert. Dies ist derzeit nicht der Fall.“⁶⁷

67 Weiterhin spricht der Wortlaut von § 11 Abs. 2 EEG 2017 dafür, dass die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nicht erst durch diese Regelung geschaffen wurde:

„Soweit Strom aus einer Anlage, die an das Netz des Anlagenbetreibers oder einer dritten Person, die nicht Netzbetreiber ist, angeschlossen ist, mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz angeboten wird, ist Absatz 1 entsprechend anzuwenden, und der Strom ist für die Zwecke dieses Gesetzes so zu behandeln, als wäre er in das Netz eingespeist worden.“

68 Die Wortwahl „Soweit ... angeboten wird, ist ...“ verdeutlicht, dass Zweck der Re-

⁶⁵Vgl. Gesetzesbegründung zum inhaltsgleichen § 8 Abs. 2 EEG 2009, BT-Drs. 16/8184; abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/933>, S. 44; vgl. Cosack, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), Kommentar zum EEG 2017, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 38.

⁶⁶BT-Drs. 18/8860, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3253/material>, S. 190.

⁶⁷Das Gelten als physikalisch eingespeist steht einer fiktiv physikalischen Einspeisung gleich.

gelung nicht die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe ist, sondern die Festlegung der Rechtsfolgen, wenn sie angewendet wird. So stellt bei dieser konditionalen Satzverbindung die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe die Bedingung dar und die Anwendung des Absatzes 1 sowie die Gleichbehandlung mit in das Netz eingespeistem Strom die Folge. Somit geht die Regelung von der (bereits bestehenden) Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe aus und erklärt nicht nur deklaratorisch die Zulässigkeit, sondern regelt die weitere Behandlung des erzeugten Stroms, sofern dieser per kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe „angeboten wird“. Die Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe wird also bereits vorausgesetzt.

- 69 Diese Erkenntnisse sprechen dafür, dass kaufmännisch-bilanziell in ein Netz der allgemeinen Versorgung weitergegebene Strommengen grundsätzlich als eingespeist gelten, ohne dass es hierfür einer ausdrücklichen Regelung bedarf.⁶⁸
- 70 Sofern also ein vielfach angewendetes und allgemein anerkanntes energiewirtschaftliches Verfahren – wie die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe – (vgl. Rn. 61, 97) für bestimmte Fälle bzw. für bestimmte (KWK-)Anlagen nicht hätte angewendet werden sollen, hätte der Gesetzgeber explizite Regelungen zur Unzulässigkeit in diesen Fällen geschaffen oder dies in der Gesetzesbegründung ausführen müssen.

3.5.2.3 Differenzierung zwischen eingespeistem und nicht eingespeistem

- 71 **Strom** Die systematische Differenzierung bei der Vergütung zwischen „KWK-Strom, der in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“ (§ 7 Abs. 1, 2 KWKG 2016) und „KWK-Strom, der nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“ (§ 7 Abs. 3, 4 KWKG 2016) spricht dem ersten Anschein nach gegen die generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe bzw. die damit verbundene Behandlung von kaufmännisch-bilanziell weitergegebenem Strom als „in das Netz eingespeisten Strom“.⁶⁹ Denn man könnte Wortlaut und Zweck von § 7 Abs. 3 KWKG 2016 so verstehen, dass diese Regelung genau die kaufmännisch-bilanziell weitergegebenen Strommengen als „nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommengen“ erfassen soll.
- 72 Allerdings deutet die Entstehungsgeschichte dieser Differenzierung eher darauf hin, dass die Vergütungskategorie für KWK-Strom, der „nicht in ein Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird“, vielmehr auf den tatsächlich und bilanziell

⁶⁸Ebenso: Stellungnahme des *Fachverbandes Biogas*, S. 6.

⁶⁹Ebenso: Stellungnahme des *BDEW*, S. 8.

zur Eigenversorgung genutzten Strom abzielte. Denn der Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 3a KWKG 2009⁷⁰, in dem erstmalig diese Differenzierung vorgenommen wurde, lässt sich entnehmen, dass Ziel die Förderfähigkeit von zur Eigenversorgung bereitgestelltem (also physikalisch wie bilanziell vor dem Übergabepunkt verbrauchtem) KWK-Strom sein sollte, damit die Ausbauziele noch erreicht würden.⁷¹ Ebenso stützt der Wortlaut von § 7 Abs. 4 Satz 1 KWKG 2016 diese Sichtweise, der „KWK-Strom, der nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“ durch den Zusatz „und von den Betreibern der KWK-Anlagen selbst verbraucht wird“ weiter spezifiziert.

- 73 Diese Regelung zur Vergütung von nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommengen fand sich auch in § 4 Abs. 3a KWKG 2012. Die Differenzierung hinsichtlich der Zuschlagshöhe wurde erst durch das KWKG 2016 eingeführt, wodurch nicht „in das Netz der allgemeinen Versorgung“ eingespeiste KWK-Strommengen entweder einen geringeren Zuschlag erhalten oder gar nicht erst zuschlagfähig sind. Denn der Zweck der Differenzierung bei der Zuschlagshöhe zwischen KWK-Strom, der in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird und KWK-Strom, der nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird, war lediglich die Vermeidung einer „Doppelförderung“ bei Eigenversorgung durch Kumulierung von KWK-Zuschlag, verringerter EEG-Umlage, vermiedener Netzentgelte etc.⁷² Dies ist auch der Grund, warum zwar die Grundvoraussetzungen des Förderanspruchs für eingespeisten und nicht eingespeisten Strom gemeinsam u. a. in § 4 und § 6 Abs. 1 KWKG 2016 behandelt werden (vgl. hierzu Rn. 95), die Höhe des Zuschlags aber unterschiedlich in § 7 Abs. 1, 2 und § 7 Abs. 3, 4 KWKG 2016 ausgestaltet ist. Denn für eigenverbrauchten Strom, der bereits implizit durch die Verringerung der EEG-Umlage oder vermiedene Netzentgelte gefördert wird, muss

⁷⁰Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung v. 19.03.2002 (BGBl. 2002 S. 1092) (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – KWKG) in der v. 01.01.2012 an geltenden Fassung, zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), außer Kraft gesetzt durch Art. 3 Absatz 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), nachfolgend bezeichnet als KWKG 2009, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkg2009>.

⁷¹BT-Drs. 16/9469, S. 17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/kwkg2009/material/>; vgl. *Jacobshagen/Kachel*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Stand: 66. Ergänzungslfg. 2010, KWKG 2009, § 4 Rn. 58; *Salje*, in: Hempel/Franke (Hrsg.), Kommentar zum Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: 112. Ergänzungslfg. 2013, KWKG 2012, § 4 Rn. 53.

⁷²Vgl. hierzu auch den Zweck des „Volleinspeisungsgebots“ bei KWK-Anlagen in der Ausschreibung gemäß § 8a KWKG 2016 in Abschnitt 3.2; ebenso: Stellungnahme von *DIHK, VDMA und VEA*, S. 4.

der KWK-Zuschlag gegenüber in das Netz eingespeistem Strom geringer angesetzt werden, damit eigenverbraucher Strom insgesamt nicht überproportional gefördert wird. Diese „Doppelförderung“ ist hingegen bei kaufmännisch-bilanziell weitergegebenem Strom aufgrund der Gleichstellung mit physikalisch eingespeistem Strom hinsichtlich der anfallenden Entgelte und Abgaben nicht gegeben (vgl. Rn. 30).

- 74 Folglich wird mit dieser Differenzierung erreicht, dass selbstverbrauchte oder direktgelieferte Strommengen, die weder physikalisch noch kaufmännisch-bilanziell in das Netz der allgemeinen Versorgung gelangen, keinen finanziellen Vorteil gegenüber physikalisch eingespeisten oder kaufmännisch-bilanziell weitergegebenen Strommengen hinsichtlich der Aufwendungen und Erlöse erlangen.
- 75 Auch im EEG bestanden Regelungen zur Vergütung von explizit nicht in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeisten Strommengen. Bei der sog. Eigenverbrauchsvergütung des § 33 Abs. 2 EEG 2009 bzw. EEG 2012 wurde für in Solaranlagen erzeugte und eigenverbrauchte Strommengen eine (verringerte) Vergütung gezahlt.
- 76 Aus diesen expliziten Regelungen zur Vergütung für Strom, der physikalisch oder bilanziell als nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist, sondern als eigenverbraucht anzusehen ist, lässt sich mithin nicht der Schluss ziehen, dass Strom, der nicht physikalisch in das Netz der allgemeinen Versorgung oder das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird, nie (auch nicht bilanziell) als „in ein Netz eingespeist“ angesehen werden kann.
- 77 Die Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 KWKG 2016, die den Anspruch auf den (niedrigeren) Zuschlag für nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strom speziell für an Letztverbraucher gelieferten KWK-Strom in Kundenanlagen und geschlossenen Verteilernetzen regelt, spricht nicht gegen die Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe in genau diesen Fällen. Denn der Anspruch auf den (geringeren) Zuschlag gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 KWKG 2016 deckt nur einige Fälle (KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von bis zu 100 kW sowie KWK-Anlagen in Kundenanlage bei Lieferung an Letztverbraucher) ab und stellt somit auch keine „Alternativlösung“ zum „generellen Recht auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe“ im Sinne dieser Empfehlung dar.⁷³

⁷³Nicht vom Anspruch in § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KWKG 2016 umfasst sind bspw. KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von mehr als 100 kW bei technisch unvermeidbarer, aber unerwünschter Eigenversorgung. Bei Drittbelieferung würde zwar der Anspruch gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KWKG 2016 bestehen, da es sich um eine „Lieferung an einen Letztverbraucher“ handelt, allerdings bietet diese Variante mit dem geringeren Zuschlag keine „Alternativlösung“ der kaufmännisch-

Die Regelung verfolgt einen anderen Zweck, nämlich die Möglichkeit, in bestimmten Konstellationen zusätzlich zur impliziten Förderung durch die Verringerung der EEG-Umlage bei Eigenversorgung (KWK-Anlagen bis 100 kW) oder zum Erlös einer vertraglich vereinbarten Drittbelieferung in einer Kundenanlage einen verringerten Zuschlag in Anspruch nehmen zu können.

- 78 **3.5.2.4 Weites Verständnis des Begriffs „Einspeisung“** Für die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe spricht ein weites (sowohl „physikalisches“ als auch „kaufmännisch-bilanzielles“) Verständnis des Begriffs „Einspeisung“. Eine Beschränkung des Begriffs „Einspeisung“ im KWKG auf die rein physikalische Einspeisung ohne kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe ist zu verneinen. Stattdessen ist die weite Auslegung zu bevorzugen, wonach die „Einspeisung“ gleichermaßen physikalisch eingespeiste wie fiktiv physikalische bzw. kaufmännisch-bilanziell weitergegebene Strommengen umfasst und diese hinsichtlich der Vergütungsvorschriften des KWKG als gleichartig anzusehen sind.⁷⁴ Die Begriffe „Abnahme“ und „Einspeisung“ sind in dieser Hinsicht gleichbedeutend und unterscheiden sich lediglich spiegelbildlich hinsichtlich ihrer Perspektive (aus Sicht des Anlagenbetreibers/aus Sicht des Netzbetreibers) und der jeweils anknüpfenden Rechte und Pflichten.
- 79 So versteht der Bundesgerichtshof (BGH) die „Stromabnahme“ zumindest in Zusammenhang mit dem individuellen Netzentgelt nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV⁷⁵ sowohl physikalisch als auch kaufmännisch-bilanziell. Denn in seinem Beschluss vom 13. Dezember 2016 ordnet er ohne Weiteres die Gleichstellung von kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe mit direkter physikalischer Einspeisung an.⁷⁶
- 80 Für das rein physikalische Verständnis spricht die Bedeutung des verwendeten Begriffs „Einspeisung“ in vielen Regelungen zur Vergütung des KWKG 2012⁷⁷ und

bilanziellen Weitergabe für den Fall, dass die rein physikalische Drittbelieferung technisch unvermeidbar, aber unerwünscht ist, weil bspw. kein Lieferverhältnis zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher besteht oder geschaffen werden soll.

⁷⁴Ebenso: Stellungnahme der *BNetzA*, S. 1; a. A. *Salje*, in: Hempel/Franke (Hrsg.), Kommentar zum Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: 11.2.2013, Ergänzungsfg. 2013, KWKG 2012, § 4 Rn. 65.

⁷⁵Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung – StromNEV) v. 25.07.2005 (BGBl. I S. 2225), zuletzt geändert durch die Verordnung zur Umsetzung pandemiebedingter und weiterer Anpassungen in Rechtsverordnungen auf Grundlage des Energiewirtschaftsgesetzes vom 30.10.2020 (BGBl. I S. 2269), alle Fassungen abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/stromnev>.

⁷⁶BGH, Beschluss v. 13.12.2016 – EnVR 38/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3507>, Rn. 9 ff; ebenso: Stellungnahme der *BNetzA*, S. 2.

⁷⁷Z. B. § 3 Abs. 10 § 4 Abs. 2a, § 4 Abs. 3 Satz 2, § 4 Abs. 3 Satz 4, § 4 Abs. 3a, § 8 Abs. 1 bis 3.

des KWKG 2016⁷⁸. Denn im allgemeinen Sprachgebrauch ist „einspeisen“ ein eher technisch-physikalisch einzuordnender Begriff, der mit „etwas zuführen“ näher zu beschreiben ist, z. B.: „[gespeicherte] Energie o. Ä. in die Zuleitungen bringen, einer technischen Anlage o. Ä. zuführen“.⁷⁹ Unter der „Einspeisung“ versteht man die „Zuführung (und Speicherung) von etwas“, z. B. die „Zuführung von erzeugtem Strom in ein Stromnetz“.⁸⁰

- 81 In Abgrenzung zu dem sonst im KWKG 2016 und KWKG 2012 hinsichtlich Strommengen verwendeten Begriff „Abnahme“ ist der Begriff „Einspeisung“ vor dem Hintergrund des dargestellten allgemeinen Sprachgebrauchs weniger abstrakt und spezifischer zu verstehen als die „Abnahme“, die nicht unbedingt dem technischen Bereich zuzuordnen ist.⁸¹ Die vom Gesetzgeber abweichende Wahl des Begriffs „Einspeisung“ könnte also ein Indiz für die bewusste Einschränkung auf nur physikalisch in das Netz übergebene Strommengen sein.
- 82 Allerdings spricht für die Wahl des Begriffs „Einspeisung“ eher das Motiv, die Übergabe des erzeugten Stroms an den Netzbetreiber aus Sicht des Anlagenbetreibers ohne die Betonung anknüpfender Rechte und Pflichten des aufnehmenden Netzbetreibers zu beschreiben, wie es bspw. bei der Verwendung des Begriffs „Abnahme“ der Fall ist. Denn in den Regelungszusammenhängen, in denen der Begriff „Einspeisung“ verwendet wird, kommt es auf die anknüpfenden Rechte und Pflichten des Netzbetreibers nicht an, sondern lediglich auf die Übergabe des Stroms vom Verfügungsbereich des Anlagenbetreibers in denjenigen des Netzbetreibers.⁸²

⁷⁸Z. B. § 7 Abs. 1, § 8a Abs. 2 Nr. 2, § 8a Abs. 3 Satz 1.

⁷⁹Duden online, <https://www.duden.de/rechtschreibung/einspeisen>, zuletzt abgerufen am 05.02.2020; DWDS, <https://www.dwds.de/wb/einspeisen>, zuletzt abgerufen am 05.02.2020.

⁸⁰DWDS, <https://www.dwds.de/wb/Einspeisung>, zuletzt abgerufen am 05.02.2020.

⁸¹DWDS, <https://www.dwds.de/wb/Aufnahme>, <https://www.dwds.de/wb/Entnahme>, <https://www.dwds.de/wb/Abnahme> zuletzt abgerufen am 05.02.2020; a. A. wohl: Salje, in: Hempel/Franke (Hrsg.), Kommentar zum Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: 112. Ergänzungsflg. 2013, KWKG 2012, § 4 Rn. 65: der Begriff „aufgenommen“ korrespondiere mit dem Begriff „einsgespeist“.

⁸²Zu den mit der „Abnahme“ einhergehenden zivilrechtlichen Pflichten vgl. Salje, in: Hempel/Franke (Hrsg.), Kommentar zum Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: 112. Ergänzungsflg. 2013, KWKG 2012, § 4 Rn. 41 ff.

- 83 So lässt sich dem Wortlaut des Stromeinspeisungsgesetzes (StromEinspG)⁸³ als Vorgänger des EEG entnehmen, dass die Begrifflichkeiten hier lediglich hinsichtlich der anknüpfenden Rechte und Pflichten unterschiedlich verwendet werden.⁸⁴ Der Gesetzesbegründung zum StromEinspG lassen sich ebenfalls keinerlei Anhaltspunkte entnehmen, dass mit dem Begriff der „Einspeisung“ eine Unterscheidung zwischen physikalisch und kaufmännisch-bilanziell eingespeistem Strom eingeführt werden sollte.⁸⁵
- 84 Gleichmaßen kann die Wahl des Begriffs des „aufgenommenen Stroms“ (z. B. in § 4 Abs. 2 KWKG 2012) dem Zweck des Aufzeigens der an die Einspeisung anknüpfenden Pflichten des Netzbetreibers im jeweiligen Regelungszusammenhang zugeordnet werden. Der Begriff „Aufnahme“ ist in diesem Zusammenhang daher im Sinne von „Abnahme“ zu verstehen, mit dem Unterschied, dass hinsichtlich der anknüpfenden Rechte und Pflichten des Netzbetreibers die Betonung stärker auf der Weiterverwendung der Strommengen liegt als auf der Entgegennahme.
- 85 Die Wortwahl des Gesetzgebers hinsichtlich der Differenzierung von „physikalischer Abnahme“ und „kaufmännischer Abnahme“ (z. B. in § 3 und § 4 KWKG 2016) spricht hingegen nicht gegen eine weite Interpretation der Begriffe „Abnahme“ oder „Einspeisung“. Denn Zweck der engen Wortwahl war vermutlich die Abgrenzung beider Begrifflichkeiten zueinander. Es sollte klargestellt werden, welche Pflichten einerseits hinsichtlich des Übergangs des Stroms in den Verantwortungsbereich des Netzbetreibers und andererseits bezüglich des Ankaufs dieses Stroms durch den Netzbetreiber zu erfüllen sind. Zweck der „Regelung zur physikalischen Abnahme“ war also nicht die Einschränkung der Abnahme auf nur „physikalisch“ eingespeisten Strom.
- 86 Auch der BGH versteht (neben dem Begriff der „Stromabnahme“, s. Rn. 79) den Begriff „Einspeisung“ weit, sieht also sowohl eine direkte als auch eine kaufmännisch-bilanzielle Komponente von der „Einspeisung“ umfasst. Dafür spricht schon der

⁸³Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz – StromEinspG) v. 07.12.1990 (BGBl. I S. 2633), außer Kraft gesetzt durch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes vom 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/StromEinspG>.

⁸⁴In § 1 (Anwendungsbereich) heißt es: „Dieses Gesetz regelt die *Abnahme* und die *Vergütung* von Strom...“. In § 2 hingegen werden u. a. die an die Einspeisung anknüpfenden Pflichten des Netzbetreibers („Abnahmepflicht“) genauer ausgeführt.

⁸⁵BT-Drs. 11/7816, S. 137, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/StromEinspG>.

Wortlaut seiner Entscheidung, in der er mehrfach die „kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung“ erwähnt.⁸⁶

- 87 Zwar stellt der BGH in seinem Urteil vom 4. März 2013 zum Anspruch auf den KWK-Bonus für eigenverbrauchte Strommengen unter dem EEG 2009 fest, dass „ein ... Wahl- oder Leistungsbestimmungsrecht des Klägers, (fiktiv) nur förderfähigen Strom aus Biomasse einzuspeisen, den nicht förderfähigen Strom hingegen dem Eigenverbrauch vorzubehalten, ... keine Stütze im Gesetz [findet]“⁸⁷ und stellt klar, dass sich der Vergütungsanspruch auf den „eingespeisten“ Strom erstreckt.⁸⁸ Jedoch umfasst die „Einspeisung“ nach dem Begriffsverständnis des BGH sowohl die physikalische wie auch die kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung (über das Netz eines Dritten).⁸⁹ Die in Rn. 25 der Entscheidung getroffene Aussage beinhaltet also nicht die Auffassung, der Begriff „Einspeisung“ sei eng und nur physikalisch zu sehen, sondern sie zielt darauf ab, eine im vorliegenden Fall vergütungstechnisch ungerechtfertigte „willkürliche Zuordnung“ zu verneinen, in der Form, dass der Anlagenbetreiber die erzeugten und nur teilweise förderfähigen Strommengen zur vergütungstechnischen Optimierung auf Eigenverbrauch und Einspeisung derart aufteilen kann, dass er die höchstmögliche Vergütung in Anspruch nehmen kann.

3.5.2.5 Abhängigkeit der Zulässigkeit von der Leistung der KWK-Anlage

- 88 Bestände keine generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG 2016, so würde wegen der explizit geregelten Zulässigkeit in § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 für KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung bis zu 100 kW im Ergebnis anhand der Leistung der KWK-Anlage unterschieden, ob die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe möglich ist oder nicht. So wäre diese bei KWK-Anlagen in der Direktvermarktung mit einer elektrischen KWK-Leistung von mehr als 100 kW und bis zu einer elektrischen Leistung von 1 MW sowie von mehr als 50 MW nicht zulässig, wohingegen sie bei KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung bis zu 100 kW (in der Direktvermarktung oder bei einer kaufmännischen Abnahme durch den Netzbetreiber) angewendet werden könnte.

⁸⁶BGH, Beschluss v. 13.12.2016 – EnVR 38/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/3507>, Rn. 1, 11, 14.

⁸⁷BGH, Urteil v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/2728>, Rn. 42. Auslassungen und Einfügung nicht im Original.

⁸⁸BGH, Urteil v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/2728>, Rn. 25.

⁸⁹BGH, Urteil v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/2728>, Rn. 35.

- 89 Für eine generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG spricht daher, dass die Beschränkung der Zulässigkeit auf KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung bis 100 kW sowohl der gesetzesübergreifenden Systematik als auch der Systematik des KWKG widerspräche.⁹⁰ Denn zum einen besteht auch im EEG keine Einschränkung hinsichtlich der Anlagenleistung und zum anderen wird im Wortlaut des für diese Beschränkung einschlägigen § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 nicht ausdrücklich auf die Anlagengröße abgestellt, sondern auf die Art der Verwertung des Stroms Bezug genommen (vgl. Rn. 16).⁹¹
- 90 Weiterhin lässt sich kein sachlicher Grund für eine Differenzierung bei der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe zwischen KWK-Anlagen verschiedener Leistungen erkennen, die einer gleichen Fördersystematik unterfallen (Direktvermarktung). Allein die geringeren spezifischen Investitions- und Strom- bzw. Wärmegestehungskosten bei KWK-Anlagen größerer Leistungen aufgrund der Skaleneffekte können eine solche nicht ausreichend rechtfertigen. Denn um die geringeren spezifischen Kosten bei KWK-Anlagen mit größeren Leistungen zu kompensieren, bestehen bereits die unterschiedlichen Förderkategorien und Zuschlagshöhen je kWh, welche mit zunehmender Anlagenleistung abnehmen. Auch lässt sich kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Kompensation von höheren Kosten bei KWK-Anlagen geringerer Leistung und der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nur für diese KWK-Anlagen erkennen, da der Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe aufgrund der Gleichstellung mit der physikalischen Einspeisung nicht unmittelbar ein Mehrwert hinsichtlich der Förderung gegenübersteht, denn der finanzielle Vorteil bei Eigenversorgung ist in der Regel durch die vermiedenen Strombezugskosten sogar größer als bei (kaufmännisch-bilanzieller) Einspeisung und gleichzeitigem Strombezug für den Eigenbedarf. Eine Differenzierung bei der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe ließe sich daher nur an das Erzeugungs- und Versorgungskonzept des Anlagenbetreibers knüpfen, nämlich ob dieser überhaupt einen Eigenbedarf hat bzw. einen Direktlieferungsvertrag mit einem Stromabnehmer. Die Bewertung des Eigenbedarfs lässt sich jedoch nicht pauschal anhand der elektrischen Leistung der KWK-Anlage erkennen.
- 91 Ebenfalls für eine allgemeine Befugnis zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe spricht, dass die Pflicht zur Zuschlagzahlung nicht Gegenstand von dem möglicher-

⁹⁰Ebenso: Stellungnahme des *BDEW*, S. 20.

⁹¹Ebenso: Stellungnahme des *Fachverbandes Biogas*, S. 5.

weise die Zulässigkeit auf kleine KWK-Anlagen beschränkenden § 4 KWKG 2016 ist, sondern in den §§ 5 ff. KWKG 2016 geregelt ist.⁹² Die Bedingungen der Zuschlagzahlungspflicht werden in § 6 KWKG 2016 und § 8a KWKG 2016 geregelt, ohne dass ein Rückgriff auf § 4 KWKG 2016 getätigt wird. So wird ein KWK-Zuschlag gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bis 4 KWKG 2016 auch auf erzeugte KWK-Strommengen von KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von mehr als 100 kW gezahlt, die nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist bzw. vor dem Übergabepunkt innerhalb der Kundenanlage verbraucht werden, obwohl für KWK-Anlagen dieser Leistung eigentlich nur die Vermarktungsmöglichkeiten des § 4 Abs. 1 KWKG 2016 möglich sind. Folglich könnte der Wortlaut bzw. die fehlende Erwähnung der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe für KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von mehr als 100 kW in der Direktvermarktung in § 4 Abs. 1 KWKG 2016 nicht maßgeblich für die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe sein. Jedenfalls lässt sich hieraus keine Unzulässigkeit erkennen, da die in § 4 Abs. 1 KWKG 2016 geregelten Vermarktungsformen nicht allen Zuschloptionen in § 6 Abs. 3 KWKG 2016 entsprechen.

- 92 **3.5.2.6 Anforderung der „unmittelbaren oder mittelbaren“ Netzverbindung** Zunächst rückt mit der Formulierung in § 6 Abs. 1 KWKG 2016 bzw. § 4 Abs. 3a KWKG 2012, die den Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags für KWK-Strom aus KWK-Anlagen gegenüber dem Netzbetreiber regelt, mit dessen Netz die KWK-Anlage *unmittelbar oder mittelbar* verbunden ist, klar das Argument für die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe in den Vordergrund.⁹³ Denn die explizite Erwähnung, dass die KWK-Anlage nicht zwingend unmittelbar, sondern auch mittelbar mit dem Netz der allgemeinen Versorgung verbunden sein muss, legt die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber damit gerade die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von KWK-Anlagen in Kundenanlagen gestatten wollte.⁹⁴
- 93 Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Formulierung der „unmittelbaren oder mittelbaren“ Verbindung als Anspruchsvoraussetzung erstmals in § 4 Abs. 3a KWKG 2009 Einzug in den Gesetzestext fand. Zweck der expliziten Zulässigkeit

⁹²Ebenso: Stellungnahme des BDEW, S. 17.

⁹³Ebenso: Stellungnahme des B.KWK, S. 2; Stellungnahme des VfW, S. 2; Stellungnahme der GEODE, S. 2; Stellungnahme des BDEW, S. 20.

⁹⁴Vgl. Cosack, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), Kommentar zum EEG 2017, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 38.

auch einer mittelbaren Verbindung war gemäß Gesetzesbegründung allerdings die Förderung von KWK-Strom, der innerhalb einer Kundenanlage erzeugt, an Letztverbraucher geliefert und vor dem Übergabepunkt verbraucht wird und somit weder physikalisch noch kaufmännisch-bilanziell das Netz der allgemeinen Versorgung erreicht.⁹⁵

- 94 Trotz Förderung des nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung abgegebenen und innerhalb der Kundenanlage verbrauchten KWK-Stroms war mindestens eine mittelbare Verbindung mit dieser Fördervoraussetzung. Der Gesetzgeber wollte folglich Inselanlagen, die grundsätzlich nicht in der Lage sind, mit dem Netz zu interagieren bzw. an einem „lastabhängigen Austausch“ mit dem Netz der allgemeinen Versorgung teilzunehmen, von der Förderung ausschließen.⁹⁶
- 95 Diese Regelung des § 4 Abs. 3a KWKG 2009 fand sich wortgleich auch im § 4 Abs. 3a KWKG 2012 wieder. Im KWKG 2016 hingegen wurden die zuvor separaten Regelungen des Förderanspruchs für in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten und nicht eingespeisten KWK-Strom strukturell anders gestaltet und die Grundfördervoraussetzung für beide Varianten in § 6 Abs. 1 KWKG 2016 zusammengefasst. Dabei wurde die Formulierung übertragen, da § 6 Abs. 1 KWKG 2016 die grundlegenden Anforderungen sowohl für in das Netz eingespeiste als auch für vor dem Übergabepunkt verbrauchte Strommengen festlegt (auch wenn in den speziellen Voraussetzungen mittlerweile gemäß § 6 Abs. 3 KWKG 2016 nur noch nicht in das Netz eingespeister KWK-Strom aus KWK-Anlagen bis zu 100 kW bzw. in Sonderfällen einen Zuschlag erhält).
- 96 Das Argument gegen die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe hingegen, dass die Formulierung „mittelbar“ nur für den nicht in der Kundenanlage verbrauchten und in das Netz eingespeisten „Überschussstrom“ bzw. den physikalisch durchgeleiteten Reststrom gilt, trägt somit nicht.

3.5.2.7 Grundsätzliches bilanzielles Verständnis in der Energiewirtschaft und Anwendung bei Netzentgelten

- 97 Für die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe ohne explizite Regelung spricht neben der starken Durchdringung in der Energiewirtschaft in der Form der vielfachen und anerkannten

⁹⁵Vgl. BT-Drs. 16/8305, S. 26 f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/kwwg2009/material>; vgl. *Jacobshagen/Kachel*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Stand: 66. Ergänzungsflg. 2010, KWKG 2009, § 4 Rn. 57 f.

⁹⁶Vgl. BT-Drs. 16/8305, S. 27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/kwwg2009/material>.

Anwendung dieses Verfahrens, dass ein rein physikalisches Verständnis grundsätzlich in der Stromwirtschaft bei vielen Betrachtungen und Prozessen nicht ausreicht.⁹⁷ Denn selbst in einfachen Konstellationen und Anwendungen finden Flüsse und Vermischungen von Strömen in Leitungen und Netzen statt, die wirtschaftlich nicht gleichermaßen abgebildet werden. Es findet vielmehr immer eine bilanzielle Betrachtung und Vereinfachung statt.⁹⁸ Für dieses Vorgehen ist keine explizite Regelung vorhanden, die abweichende bilanzielle Betrachtungsweise ist trotzdem grundlegende Voraussetzung in den meisten Fällen der Stromlieferung und Abrechnung. Beispielsweise erwerben Endkunden, die an einem Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen sind, ihren Strom kaufmännisch-bilanziell von einem bestimmten Erzeuger oder Händler. Physikalisch erhalten sie jedoch eine vollkommen andere Strommenge, welche sich aus unzähligen Anteilen zu diesem Zeitpunkt im Netz befindlicher und durch unterschiedlichste Stromerzeugungsanlagen erzeugte Strommengen zusammensetzt. Andersherum betrachtet – aus Sicht der Direktvermarktung – verkauft ein Erzeuger seinen Strom zu festgelegten Anteilen an verschiedene (oder nur einen) Abnehmer. Dieser wiederum erhält physikalisch nicht genau diesen erzeugten Strom, sondern eine Mischung von Strommengen verschiedenster Herkünfte aufgrund der elektrischen Netzeigenschaften.

- 98 Ebenso findet grundsätzlich eine Abkehr von der physikalischen Sichtweise bei der Messung von Strommengen im Hinblick auf die Zeitgleichheit statt. Denn selbst die mittlerweile übliche Viertelstundenbetrachtung der Messwerte stellt streng genommen nur eine Vereinfachung in Form einer Aggregation von realen Stromflüssen über einen bestimmten Zeitraum dar. Diese aggregierten Viertelstundenwerte entsprechen somit nicht exakt den tatsächlichen Stromflüssen, sofern man Zeiträume betrachtet, die kleiner als diese Viertelstunde sind. Die Abweichung dieser bilanziellen Betrachtung von der Physik, die grundsätzlich der energiewirtschaftlichen Praxis entspricht, ist besonders im Kontext der Eigenversorgung auffällig, wo es darum geht, die erzeugten Strommengen mit den zeitgleich verbrauchten

⁹⁷Ebenso: Stellungnahme von *DIHK, VDMA und VEA*, S. 4; Stellungnahme des *B.KWK*, S. 2; Stellungnahme des *VfW*, S. 3; Stellungnahme der *GEODE*, S. 1.

⁹⁸Die physikalischen Stromflüsse in einem Netz hängen von vielen Größen, wie z. B. Widerständen, Kapazitäten und Impedanzen aller elektrischen Bauteile und Leitungen, ab. Der Strom teilt sich auf Grundlage dieses Einflusses an jeder Abzweigung im Netz, sodass allein durch Fiktion eine bilanzielle Zuordnung der Strommengen am Übergabepunkt erfolgen kann. Gleiches gilt für die Bewirtschaftung von Bilanzkreisen. Hier weichen die physikalisch übertragenen Strommengen ebenfalls von den in der Bilanz berechneten Mengen ab.

Strommengen abzudecken.⁹⁹ Aufgrund dieser Diskrepanz zwischen physikalischem und kaufmännisch-bilanziellem Stromfluss findet streng genommen bei der Abrechnung eine rein kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise statt. Die physikalischen Stromflüsse zwischen den einzelnen, zeitlich versetzten Messwerterfassungen werden vollständig außer Acht gelassen (lediglich ein physikalisch-bilanzieller Ausgleich findet über die Bilanzkreise statt), ohne dass es hierbei für die Anwendung der „kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe“ einer gesetzlich geregelten Zulässigkeit bedarf.¹⁰⁰ Dies spricht für eine generelle energiewirtschaftliche Bilanzierungsoption, die keiner expliziten Regelung zur Zulässigkeit bedarf.¹⁰¹

- 99 Unterstützt wird diese Sichtweise durch die Entscheidung des BGH vom 15. Mai 2017 zu § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV, in der die generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe hinsichtlich der Netzentgelte ohne explizite Regelung für zulässig erklärt wird (sofern sie nicht ausdrücklich unzulässig sei). Dies gilt auch für konventionelle Stromerzeugungsanlagen, die nicht nach dem EEG oder dem KWKG gefördert werden.¹⁰²
- 100 Das Urteil des BGH vom 4. März 2015¹⁰³ spricht auch nicht gegen die generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG.¹⁰⁴ Zwar hat der BGH festgestellt, dass für in Biogasanlagen erzeugten, aber nicht in das Netz eingespeisten eigenverbrauchten Strom weder ein Anspruch auf den KWK-Bonus noch auf den Bonus für nachwachsende Rohstoffe (NawaRo-Bonus) besteht. Diese Entscheidung fußt allerdings auf der Annahme, dass es sich bei der eigenverbrauchten Strommenge nicht um in das Netz „eingespeisten“ Strom handelt. Vielmehr lässt sich der Entscheidung entnehmen, dass der BGH unter dem Begriff „Einspeisung“ sowohl eine physikalische als auch eine kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung versteht (s. Rn. 87).

⁹⁹Vgl. hierzu *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.06.2015 – 2014/31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2014/31>, Rn. 131, Fn. 99.

¹⁰⁰Eine viertelstündliche Messung ist dennoch für die Zwecke und der Sicherstellung der Zeitgleichheit im Rahmen der für die Energiewirtschaft notwendigen Zwecke bei der Bilanzierung ausreichend, da die entsprechenden Bilanzierungskonzepte derzeit auf Messwerterfassungen in diesem zeitlichen Abstand ausgelegt sind.

¹⁰¹Ebenso: Stellungnahme der *GEODE*, S. 1.

¹⁰²*BGH*, Beschluss v. 15.05.2017 – EnVR 39/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/5251>, Rn. 13 ff.; ebenso: Stellungnahme des *BDEW*, S. 20; vgl. auch Rn. 79, die auf einen weiteren Beschluss des BGH zu § 19 StromNEV eingeht.

¹⁰³*BGH*, Urteil v. 04.03.2015 – VIII ZR 110/14, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2728>.

¹⁰⁴A. A. (für die physikalische Betrachtungsweise der Einspeisung): Stellungnahme des *BDEW*, S. 8.

3.5.3 Historie

- 101 Die Historie spricht für die generelle Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe im KWKG 2012 und im KWKG 2016.
- 102 Vieles deutet darauf hin, dass die vorhandenen Regelungen, die die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe für zulässig erklären, jeweils nur klarstellend verwendet werden (s. hierzu auch Rn. 62 ff.).
- 103 Denn im EEG wurde die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe erstmals in § 4 Abs. 5 EEG 2004 explizit geregelt und für zulässig erklärt und anhand der Gesetzesbegründung zum EEG 2004 lässt sich auch hier eindeutig erkennen, dass selbst eine für das EEG „allumfassende“ Gestattung lediglich als Klarstellung gemeint ist. Denn der Gesetzgeber führt hier aus:

„Der neu eingefügte Absatz 5 ergänzt die Verpflichtungen der Netzbetreiber für den Fall, dass die Anlage selbst nicht unmittelbar an ein Netz für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität, sondern an ein Arealnetz angeschlossen wird. Eine Verpflichtung für den Arealnetzbetreiber ist mit der Änderung nicht verbunden. In der Vergangenheit haben sich einzelne Netzbetreiber geweigert, den erzeugten und in ein Arealnetz eingespeisten Strom aus Erneuerbaren Energien von dem aufnehmenden Arealnetzbetreiber abzunehmen und zu vergüten. Der Gesetzgeber hatte ausweislich der Begründung zu § 10 Absatz 1 des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes vom 31. März 2000 (BGBl. I 305) diesen Fall bereits als mit umfasst betrachtet. Um derartige Streitfälle für die Zukunft auszuschließen, ist diese ausdrückliche Regelung notwendig geworden. Denn der Anschluss einer Anlage an ein bestehendes Arealnetz kann dazu beitragen, volkswirtschaftlich unnötige Kosten zu vermeiden und liegt somit im Interesse der Allgemeinheit.“¹⁰⁵

- 104 In der Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 1 EEG 2000 zu den Netzanschlusskosten, auf die sich der Gesetzgeber des EEG 2004 bezieht, heißt es im Detail:

„Soweit zwischen der Anlage und dem abnahmepflichtigen Netz für die allgemeine Versorgung ein weiteres Netz vorhanden ist, das nicht der allgemeinen Versorgung dient, so kann dieses für den Anschluss der Anla-

¹⁰⁵BT-Drs. 15/2327, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/urfassung>, S. 26.

ge im Rahmen des technisch Möglichen genutzt werden. Auf diese Weise werden volkswirtschaftlich unsinnige Kosten vermieden.“¹⁰⁶

- 105 Demnach sah der Gesetzgeber bereits sogar sowohl unter dem EEG 2000 wie auch unter dem EEG 2004 die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe als zulässig zur Erfüllung der Vergütungsvoraussetzung der „Einspeisung“ in ein Netz der allgemeinen Versorgung an, ohne dass es hierfür einer expliziten Regelung bedurft hätte.¹⁰⁷
- 106 Aus den Gesetzesbegründungen zu den verschiedenen KWKG-Fassungen lassen sich lediglich die bereits in den Abschnitten 3.2 und 3.3 diskutierten Argumente im Rahmen der speziellen Zulässigkeit für KWK-Anlagen in der Ausschreibung gemäß § 8a KWKG 2016 und innovative KWK-Systeme gemäß § 8b KWKG 2016 heranziehen, insbesondere die Gesetzesbegründung zu § 33a KWKG 2016 (Rn. 21). Die Systematik dahingehend, dass der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung in Verbindung mit dem Wortlaut der Regelung die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe in diesem Regelungszusammenhang für zulässig hält, ohne dass es einer Erwähnung im Wortlaut dieser bedürfe, ließe sich auch auf eine generelle Befugnis im KWKG 2016 analog übertragen, auch wenn es an einer solchen, generalisierten Aussage (für alle KWK-Anlagen) in der Gesetzesbegründung fehlt. Weitere Erkenntnisse zur generellen Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe folgen nicht aus den Gesetzesbegründungen der jeweiligen KWKG-Fassungen.
- 107 Der BGH hat sich – soweit ersichtlich – nicht vertieft mit dieser Frage auseinandersetzen müssen. Zwar hat er in einem Beschluss aus dem Jahr 2013¹⁰⁸ die Aussage getroffen, dass „die Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung erst durch das EEG 2004 geschaffen worden ist“. Er tat dies jedoch im Rahmen der Auslegung eines im Jahr 2000 geschlossenen Stromlieferungsvertrages und führt im Anschluss an diese Aussage aus, dass „dem ursprünglichen Vertrag keine indizielle Bedeutung dafür zuzumessen [ist], dass unter den veränderten Umständen nur der physikalisch entnommene Strom erfasst werden sollte. Vielmehr konnte das Berufungsgericht aus dem einheitlichen Strompreis schließen, dass die Parteien unter Strombezug sowohl den physikalisch entnommenen als auch den kaufmännisch-bilanziell der Beklagten als Entnahme zugerechneten Strom verstanden haben.“ Diese Entscheidung des

¹⁰⁶BT-Drs. 14/2776, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/275>, S. 24.

¹⁰⁷Ebenso: Stellungnahme von DIHK, VDMA und VEA, S. 4f.

¹⁰⁸BGH, Beschluss v. 12.07.2013 – EnZR 73/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2466>, Rn. 4.

BGH liefert darüber hinaus keinen Erkenntnisgewinn, sodass diese Aussage im Rahmen dieser Auslegung nicht herangezogen werden kann.¹⁰⁹

4 Umfang der vergütungsfähigen Strommengen

4.1 KWK-Strom und Nettostromerzeugung

- 108 Unabhängig davon, ob eine generelle Befugnis der KWK-Anlagenbetreiber zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe angenommen werden kann, besteht für mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in das Netz der allgemeinen Versorgung mittelbar eingespeisten KWK-Strom gemäß §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 KWKG 2016, 8a Abs. 2 KWKG 2016 ein Zuschlagsanspruch maximal in Höhe der KWK-Nettostromerzeugung.
- 109 Denn dem Wortlaut der Regelungen zum Zuschlagsanspruch (§ 5 KWKG 2016 bzw. § 4 Abs. 3, § 5 KWKG 2012) und zur Zuschlagshöhe (§ 7 Abs. 1 KWKG 2016, § 8a Abs. 2 KWKG 2016 bzw. § 7 KWKG 2012) ist eindeutig zu entnehmen, dass der Anspruch nur für den KWK-Strom besteht, nicht für Kondensationsstrommengen.
- 110 Auch entspricht die Auslegung, dass der Zuschlagsanspruch nur für den KWK-Strom besteht, dem Willen des Gesetzgebers und gemäß Gesetzesbegründungen zum KWKG 2016 und KWKG 2012 dem Ziel, den Anteil von KWK-Strom an der Stromerzeugung zu steigern.¹¹⁰
- 111 Ferner beschränkt sich der Zuschlagsanspruch bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe (ebenso wie bei physikalischer Einspeisung auch) auf die Nettostromerzeugung der KWK-Anlage; von der insgesamt in der KWK-Anlage erzeugten Strommenge ist also der Kraftwerkseigenverbrauch abzuziehen.¹¹¹ Dies lässt sich zwar nicht direkt den o. g. Regelungen zum Zuschlagsanspruch und der -höhe entnehmen. Allerdings ergibt sich dies aus den entsprechenden Begriffsdefinitionen.
- 112 So ist gemäß § 2 Nr. 20 KWKG 2016 die „Nettostromerzeugung“

„... die an den Generatorklemmen gemessene Stromerzeugung einer Anlage abzüglich des für ihren Betrieb erforderlichen Eigenverbrauchs im

¹⁰⁹A. A.: Stellungnahme des BDEW, S. 10.

¹¹⁰BT-Drs. 18/6419, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/4743/material>, S. 1; BT-Drs. 17/8801, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/5298/material>, S. 1.

¹¹¹Ebenso: Stellungnahme des BDEW, S. 14, 22; a. A.: Stellungnahme des VfW, S. 3.

Sinne von § 61a Nummer 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der jeweils geltenden Fassung [Kraftwerkseigenverbrauch] ...“¹¹²

- 113 Eine sinngleiche Definition der Nettostromerzeugung findet sich in § 3 Abs. 5 KWKG 2012:

„Nettostromerzeugung ist die an den Generatorklemmen gemessene Stromerzeugung einer Anlage abzüglich des für ihren Betrieb erforderlichen Eigenverbrauchs.“

- 114 § 2 Nr. 16 KWKG 2016 definiert „KWK-Strom“ als

„ ... das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage; bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, ist die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom...“¹¹³

- 115 Die im KWKG 2012 korrespondierende, sinngleiche Definition des KWK-Stroms befindet sich in § 3 Abs. 4 KWKG 2012:

„KWK-Strom ist das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage. Bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, ist die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom.“

- 116 Folglich handelt es sich unter Zugrundelegung der Begriffssystematik, nach der die „Bruttostromerzeugung“ zunächst in Nettostromerzeugung und Kraftwerkseigenverbrauch¹¹⁴ aufgeteilt wird und erst anschließend die Nettostromerzeugung in KWK-Strom und Kondensationsstrom, bei KWK-Strom zwingend um einen Teil der Nettostromerzeugung.

¹¹²Auslassungen und Einfügung nicht im Original.

¹¹³Auslassungen nicht im Original.

¹¹⁴Zur Einordnung von verschiedenen Stromverbräuchen als Kraftwerkseigenverbrauch vgl.: Gesetzesbegründung zum EEG 2014, BT-Drs.18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2564/material>, S. 155; BNetzA, Leitfaden zur Eigenversorgung, Stand: Juli 2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/politisches-programm/2923>, Abschnitt 7.1.

- 117 Insofern ist der Begriff „KWK-Strom“ identisch mit dem in § 3 Nr. 26 2. HS KWKG 2016 genannten Begriff „KWK-Nettostromerzeugung“.¹¹⁵
- 118 Die Zuschlagpflicht kann im Rahmen der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe auch nicht auf die gesamte „Bruttostromerzeugung“, also um den Kraftwerkseigenverbrauch, erweitert werden. Zwar kann die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe auf sonstigen (Eigen-)Verbrauch innerhalb einer Kundenanlage angewendet werden. Die Anwendung einer Förderung auf die hier ausdrücklich vom Gesetz nicht umfassten Strommengen ist jedoch aufgrund des angelegten Prinzips der ausschließlichen Förderung der KWK-Nettostromerzeugung in Verbindung mit den dargestellten Zielen des KWKG ausgeschlossen.
- 119 Das Ergebnis, dass nur die KWK-Nettostromerzeugung einen Zuschlag erhalten kann, entspricht gleichermaßen wie schon die Beschränkung auf den KWK-Strom (vgl. Rn. 110) auch dem Ziel des KWKG 2012 und des KWKG 2016, nämlich der Erhöhung der Nettostromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen im Interesse der Energieeinsparung sowie des Umwelt- und Klimaschutzes.¹¹⁶
- 120 Auch der BGH hat entschieden, dass ein auf den „KWK-Strom“ gemäß KWKG bezogener Förderanspruch auf die Nettostromerzeugung begrenzt ist und der Eigenverbrauch der KWK-Anlage nicht förderfähig ist.¹¹⁷ Im gegenständlichen Fall hat er verneint, dass für eine in kaufmännisch-bilanzieller Volleinspeisung betriebene und nach EEG geförderte Biomasseanlage mit einer Leistung über 5 MW, die gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Anlage 3 EEG 2009¹¹⁸ nur insoweit einen Vergütungsanspruch hat, wie es sich um KWK-Strom gemäß KWKG handelt, auch für die durch die

¹¹⁵Peiffer, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), Kommentar zum KWKG 2016, 1. Aufl. 2018, § 2 Rn. 148 ff., 200 ff.

¹¹⁶BT-Drs. 18/6419, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/4743/material>, S. 1; BT-Drs. 17/8801, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/5298/material>, S. 1; vgl. auch § 1 Abs. 1 KWKG 2016 (Anwendungsbereich).

¹¹⁷BGH, Urteil v. 11.04.2018 – VIII ZR 197/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4248>.

¹¹⁸Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.09.2011 an geltenden Fassung, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

Anlage eigenverbrauchten Strommengen und damit für die gesamte „Bruttostromerzeugung“ der KWK-Anlage ein Förderanspruch besteht.¹¹⁹

4.2 Berücksichtigung von Transport- und Umwandlungsverlusten innerhalb des Arealnetzes

- 121 Ob und in welcher Höhe für kaufmännisch-bilanziell in das Netz der allgemeinen Versorgung weitergegebene Strommengen vor dem Netzverknüpfungspunkt Transport- oder Umwandlungsverluste (z. B. durch Transformation) von der KWK-Nettostromerzeugung abzuziehen sind, um die richtige Strommenge zu ermitteln, ist zwischen KWK-Anlagen- und Netzbetreiber im Einzelfall zu vereinbaren.
- 122 Denn zum einen lässt sich die Frage, ob bei Anwendung einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe Transport- oder Umwandlungsverluste grundsätzlich zuschlagfähig sind oder von der KWK-Nettostromerzeugung abgezogen werden müssen, nicht abstrakt-generell eindeutig beantworten (s. Rn. 123 ff.). Denn es ist schwer möglich, hierüber eine generelle Aussage zu treffen, die alle Konstellationen hinsichtlich der Arealnetzkonfiguration, der Anordnung und Einbindung von KWK-Anlagen und Transformatoren einschließlich der Frage, unter welcher Betriebs Herrschaft der jeweilige Transformator steht etc., gleichermaßen abdeckt (s. Rn. 126 ff.). Vor diesem Hintergrund rät die Clearingstelle, im jeweiligen Einzelfall festzustellen, ob und welche Verluste ggf. zu berücksichtigen sind. KWK-Anlagenbetreiber und Netzbetreiber müssen also ein Einverständnis darüber herstellen, ob grundsätzlich Verluste in der Kundenanlage zur Ermittlung des richtigen Ergebnisses zu berücksichtigen oder *nicht* zu berücksichtigen sind.
- 123 **Kein Abzug** Einerseits lässt sich die Ansicht vertreten, dass jegliche Transport- und Umwandlungsverluste, die nach der Erzeugung des Stroms entstehen, vernachlässigt werden können, mithin vollständig zuschlagfähig sind.¹²⁰ Bei dieser Sichtweise ist es auch unerheblich, wodurch oder an welcher Stelle innerhalb der Kundenanlage diese Verluste entstehen. Denn der BGH hat in seinem Beschluss vom 13. Dezember 2016 entschieden, dass bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe „der Anlagenbetreiber in jeder Beziehung so gestellt [wird], wie wenn er die von ihm erzeugte Energie

¹¹⁹Der BGH hat trotz der Fördergrundlage des EEG und aufgrund des Verweises in den Förderbestimmungen des EEG auf den „KWK-Strom“ i. S. v. § 3 Nr. 4 KWKG 2009 inzident das KWKG angewendet.

¹²⁰Stellungnahme der BNetzA, S. 1 ff.

unmittelbar in ein Netz ... geleitet hätte ...“¹²¹ Eine Auslegung dieser Aussage dahingehend, dass der Netzübergabepunkt am Ort unmittelbar nach der Erzeugung fixiert wird, sodass alle danach auftretenden Verluste in den Verantwortungsbereich des Netzbetreibers fallen, ist naheliegend.

124 Voller Abzug Nach einer anderen Sichtweise sind sämtliche Transport- und Umwandlungsverluste (also sowohl tatsächliche als auch fiktive) von der KWK-Nettostromerzeugung abzuziehen und nicht zuschlagfähig.¹²² Hierfür spricht das Urteil des BGH vom 28. März 2007, das so gelesen werden kann, dass eine Gleichbehandlung zwischen tatsächlich und kaufmännisch-bilanziell eingespeistem Strom auch bedeutet, fiktive Verluste zu berücksichtigen. Dies beruht auf der Annahme, dass Anlagenbetreiber, die kaufmännisch-bilanziell einspeisen, ansonsten bevorteilt würden, da sie für diejenigen Strommengen einen Zuschlag erhielten, die bei physikalischer Einspeisung zwangsläufig aufgrund von Transportverlusten nicht eingespeist würden. Einer absoluten Gleichbehandlung stehe dies entgegen.

125 Vermittelnde Ansicht Weiterhin lässt sich auch die Ansicht vertreten, dass Transport- und Umwandlungsverluste dann abzuziehen bzw. nicht zuschlagfähig sind, wenn diese innerhalb der Kundenanlage auf Grundlage des physikalischen Stromflusses auch real auftreten; nur fiktive Verluste hingegen sind danach grundsätzlich nicht abzuziehen, also zuschlagfähig.¹²³ Diese Ansicht beruht auf der Interpretation der Aussage des BGH dahingehend, dass die angeordnete Fiktion erst ab demjenigen Punkt in der Kundenanlage wirkt, ab dem eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe notwendig wird, also physikalische und kaufmännisch-bilanzielle Strommengen nicht mehr übereinstimmen. Folglich gilt nach dieser Sichtweise die „Unmittelbarkeit“ nicht bereits ab dem Punkt der Erzeugung, sondern u. U. erst später, nämlich wenn im weiteren Stromflussverlauf diese Transport- und Umwandlungsverluste fiktiv werden. Solange für die Strommengen jedoch „auf dem Weg“ zum Übergabepunkt noch keine fiktive bilanzielle Zuordnung durchgeführt werden muss, sind tatsächlich auftretende Verluste abzuziehen. Auch gilt hiernach die Fiktion der unmittelbaren Einspeisung in das Netz nur für

¹²¹BGH, Beschluss v. 13.12.2016 – EnVR 38/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/3507>, Rn. 14. Einfügung nicht im Original.

¹²²Stellungnahme des BDEW, S. 8.

¹²³Vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 19.12.2016 – 2016/24, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/votv/2016/24>.

den kaufmännisch-bilanziell weitergegebenen Anteil. Denn für den physikalisch eingespeisten Anteil kommt die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe nicht zur Anwendung, weswegen auch die Fiktion der unmittelbaren Einspeisung nicht greift. Folglich ist nach dieser Ansicht auch nach dem Punkt innerhalb der Kundenanlage, ab dem die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe angewendet wird, hinsichtlich der Berücksichtigung von auftretenden Transport- und Umwandlungsverlusten zwischen kaufmännisch-bilanziell weitergegebenem Anteil und physikalisch eingespeistem Anteil an der Strommenge im Grundsatz zu differenzieren.¹²⁴

126 Rat zur Praxis Für eine Regelung über die Berücksichtigung von Verlusten im jeweiligen Einzelfall spricht auch die Schwierigkeit, die jeweilige, die Verluste verursachende Komponente dem Verantwortungsbereich des Anlagenbetreibers (Netzanschlusskosten) oder des Netzbetreibers (Netzausbaukosten) zuzuordnen zu können. Eindeutig ist lediglich, dass auftretende Verluste durch Komponenten hinter dem Netzverknüpfungspunkt (Eigentumsgrenze zum Netz der allgemeinen Versorgung), d. h. innerhalb des Netzes, zuschlagfähig und damit nicht von der KWK-Nettostromerzeugung abzuziehen sind. Für die Einordnung von Verlusten durch Komponenten, die sich vor dem Netzverknüpfungspunkt befinden, also in der Sphäre des KWK-Anlagenbetreibers, sind gemäß BGH neben den Eigentumsverhältnissen u. a. auch die tatsächliche Nutzung bzw. Herrschaft über die Einrichtung

¹²⁴Befindet sich z. B. in einem Strompfad hinter der KWK-Anlage ein Transformator ohne dazwischenliegende weitere Verbraucher bzw. ausschließlich solche Verbraucher, die eigenversorgt werden und für die die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe nicht in Anspruch genommen werden soll, so sind die durch den Transformator tatsächlich auftretenden Verluste für den Zuschlagsanspruch grundsätzlich von der KWK-Nettostromerzeugung abzuziehen. Der Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe bedarf es in diesem Fall erst hinter dem Transformator, wenn im weiteren Verlauf des Strompfades durch weitere Verbraucher und komplexere Verschaltungen die kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise notwendig wird. Umgekehrt sind Transformatorverluste dann nicht abzuziehen, wenn sie nur fiktiv auftreten würden, also sich nur auf rein kaufmännisch-bilanziell, aber nicht tatsächlich transformierte Strommengen beziehen. Das ist der Fall, wenn sich bspw. im vorigen Beispiel der Transformator im Strompfad erst hinter dem Punkt der notwendigen Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe befindet (nachdem weitere Verbraucher in der Kundenanlage zu einem Auseinanderfallen von physikalischer und kaufmännisch-bilanzieller Strommenge führen). In diesem Fall sind nur die tatsächlich anfallenden Verluste, die mit der physikalisch transformierten (Überschuss-)Strommenge korrespondieren, in Abzug zu bringen. Wird die gesamte KWK-Nettostromerzeugung also physikalisch in der Kundenanlage eigenverbraucht, ist folglich für die Transformation im dargestellten Beispiel (Verbraucher befinden sich im Strompfad zwischen KWK-Anlage und Transformator) kein Verlust in Abzug zu bringen. Dies lässt sich ebenso auf weitere mögliche, tatsächlich auftretende Verluste übertragen, wie z. B. Leitungsverluste durch den Stromtransport.

sowie die Rückwirkung auf andere Beteiligte im Netz bzw. die Relevanz der Komponente für den Netzbetrieb etc. zugrundelegen.¹²⁵

- 127 Sollen im Einzelfall Verluste berücksichtigt werden, so ist grundsätzlich für die Sicherstellung einer bestmöglichen Korrektheit der zu bezuschlagenden Strommengen eine Erfassung der Verluste durch Messeinrichtungen zu bevorzugen. Sofern also die Möglichkeit besteht, die bereits um die Verluste verringerte Strommenge durch eine vorhandene Messeinrichtung (z. B. im Strompfad nach dem Transformator) zu erfassen, sollte nach Möglichkeit diese Variante realisiert werden.
- 128 Sofern eine solche Messeinrichtung nicht vorhanden ist, kann abweichend – als Variante zweiter Wahl – die gemessene KWK-Nettostromerzeugung auch um eine der Realität angenäherte Pauschale, die die auftretenden Verluste abbildet, gemindert werden. Eine solche Pauschale wird bspw. schon im KWKG wie im EEG unabhängig von der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe für Leitungs- und Transformationsverluste oftmals in einer Vereinbarung zwischen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber angesetzt, wenn nur eine niederspannungsseitige Messung erfolgt, und ist im EEG wie im KWKG grundsätzlich zulässig.¹²⁶
- 129 In der Praxis werden diese Verluste oftmals als kombinierte Pauschale aus Transformations- und Leitungsverlusten angesetzt,¹²⁷ wobei die Leitungsverluste in der Regel eine untergeordnete Rolle spielen.¹²⁸

¹²⁵Vgl. *BGH*, Urteil v. 28.03.2007 – VIII ZR 42/06, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/233>; *Clearingstelle*, Votum v. 27.02.2018 – 2017/45, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/45>, Abschnitt 2.2.4.

¹²⁶Vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 27.02.2018 – 2017/45, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/45>, Rn. 40; *Clearingstelle*, Votum v. 19.12.2016 – 2016/24, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/24>, Rn. 47 ff.; *BGH*, Urteil v. 28.03.2007 – VIII ZR 42/06, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/233>.

¹²⁷Zur Höhe pauschalierter Transformations- und Transportverluste vgl. beispielhaft: *BGH*, Urteil v. 28.03.2007 – VIII ZR 42/06, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/233>, hier: 3%; *Clearingstelle*, Votum v. 27.02.2018 – 2017/45, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/45>, hier: 2,45%; *Stadtwerke Flensburg GmbH*, Formular für EEG-Messkonzepte, abrufbar unter https://www.swfl-netz.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/SWFL-Form_EEG-Messkonzepte.pdf, zuletzt abgerufen am 13.02.2020, hier: pauschaliert 1,2 % bzw. 3 %.

¹²⁸So beträgt der Leitungsverlust gemäß Gutachten in einem beispielhaften Fall bei Solaranlagen mit einer Leistung von etwa 9,5 MW insgesamt etwa 1,69 % (ohne Transformationsverluste), wobei davon 0,45 % auf die niederspannungsseitige Leitung mit einer Länge von etwa 1 500 x 80 m, 0,09 % auf die mittelspannungsseitige Leitung mit einer Länge von ca. 700 m zwischen Transformator und Schaltstation sowie 1,15 % auf die in diesem Fall sehr lange mittelspannungsseitige Leitung zwischen Schaltstation und Netzverknüpfungspunkt mit einer Länge von etwa 10,5 km entfallen: vgl. *Clearingstelle*, Votum v. 27.02.2018 – 2017/45, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2017/45>.

130 Soll statt einer Messung also eine Pauschale abgezogen werden, so ist diese anhand der üblichen Praxis und einvernehmlich zwischen den Beteiligten (Anlagenbetreiber und Netzbetreiber) festzulegen. Bei kleineren Erzeugungsanlagen und geringen absoluten Verlusten reicht oftmals auch die Zugrundelegung eines pauschalierten Mittelwerts aus, ohne eine Verlustberechnung im Einzelfall durchzuführen. Bei größeren Anlagen und Besonderheiten jeweiliger Mess- und Anlagenkonstellationen sollte jedoch optimalerweise, und soweit der Aufwand gerechtfertigt ist, der Wert für die Verluste im Einzelfall z. B. anhand eines Gutachtens festgelegt werden.

4.3 Entscheidungsfreiheit des KWK-Anlagenbetreibers über die kaufmännisch-bilanziell weitergegebenen Menge

131 Anlagenbetreibern steht die Entscheidungsfreiheit darüber zu, ob der gesamte KWK-Nettostrom kaufmännisch-bilanziell weitergegeben oder ein Teil zur Eigenversorgung oder Drittbelieferung verwendet werden soll („kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung“).

132 Denn die Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe erstreckt sich nicht zwingend auf die gesamte zuschlagfähige Strommenge (die KWK-Nettostromerzeugung der betreffenden KWK-Anlage). Vielmehr ist diese lediglich ein Höchstwert, bis zu deren Maximum eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe geltend gemacht werden kann. Anlagenbetreiber haben insoweit eine Entscheidungsfreiheit, welche physikalischen Verbräuche innerhalb der Kundenanlage kaufmännisch-bilanziell in das Netz der allgemeinen Versorgung weitergegeben werden sollen und welche physikalischen Verbräuche als von der KWK-Anlage geliefert zur Eigenversorgung oder Direktbelieferung zu buchen sind.

133 Denn Anlagenbetreibern kann bei physikalischer Belieferung von Verbrauchern mit Strom aus der KWK-Anlage die bilanzielle Belieferung dieser Verbraucher nicht untersagt werden, sollten sich weitere, „dritte“ Verbraucher in der Kundenanlage befinden, mit denen kein Lieferverhältnis besteht, sondern die über einen Dritten, z. B. über das Netz der allgemeinen Versorgung, beliefert werden. Dies wäre allerdings die Konsequenz, wenn lediglich entweder die Wahlmöglichkeit zwischen kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe der gesamten KWK-Nettostromerzeugung oder gar keiner kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe bestünde.

134 Dies gilt nicht nur für die beispielhaft erwähnte Differenzierung von Verbräuchen durch den KWK-Anlagenbetreiber selbst und Verbräuchen durch Dritte, sondern

auch für die unterschiedliche Behandlung von verschiedenen Eigenverbräuchen des KWK-Anlagenbetreibers. Notwendig ist dies vor allem für KWK-Anlagen in der Ausschreibung gemäß § 8a KWKG 2016, die dem „Volleinspeisungsgebot“ bzw. „Eigenversorgungsverbot“ unterfallen (s. Abschnitt 3.2) und für welche zwischen unzulässigen Eigenverbräuchen, die zwingend per kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe eingespeist werden müssen, sowie zulässigen Eigenverbräuchen (wie z. B. durch elektrische Wärmeerzeuger) unterschieden werden muss. Auch hier muss gewährleistet werden, dass einerseits die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe und andererseits auch die in § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 explizit für zulässig erklärten Eigenversorgungsmöglichkeiten bestimmter Verbraucher in Anspruch genommen werden können. Denn Zweck des „Volleinspeisungsgebots“ ist die Sicherstellung eines verzerrungsfreien Ausschreibungsergebnisses (vgl. Rn 28 ff.). Die Nutzung des erzeugten Stroms für bestimmte Verbraucher wie z. B. elektrische Wärmeerzeuger soll hingegen gemäß Gesetzesbegründung gewährleistet sein.¹²⁹

- 135 Beschränkt ist die Bestimmungsfreiheit hinsichtlich der Strommenge, für die die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe geltend gemacht werden soll, jedoch durch die maximal zuschlagfähige Strommenge (die KWK-Nettostromerzeugung der KWK-Anlage, vgl. Abschnitt 4.1).

5 Messung und Ermittlung der zuschlagfähigen Strommenge – Messkonzepte

- 136 Die Anwendung der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe setzt grundsätzlich voraus, dass diejenige Strommenge, für die der KWK-Zuschlag geltend gemacht werden soll, den gesetzlichen Anforderungen entsprechend auf Grundlage von Messungen ermittelt wird.

¹²⁹ „Ausnahmen bestehen für Strom für den Kraftwerkseigenverbrauch sowie in Fällen, in denen der in der KWK-Anlage erzeugte Strom in elektrischen Wärmeerzeugern (Power-To-Heat) zur Erzeugung von Wärme eingesetzt wird. Dies kann aus Gesamtsystemsicht effizient sein, wenn in Zeiten hoher Einspeisung erneuerbarer Energien und niedriger Strommarktpreise die KWK-Anlage ihren Strom nicht einspeist, sondern damit Wärme erzeugt, z. B. in direktelektrischen Wärmeerzeugern oder Wärmepumpen, um auf diesem Wege die Wärmeversorgung nicht zu gefährden. Dies trägt dazu bei, die Effekte der Mindesterzeugung der Anlagen auf den Strommarkt und die Abregulierung der erneuerbaren Energien zu reduzieren und unterstützt die Integration der erneuerbaren Energien in den Strommarkt.“, BT-Drs. 18/10209, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3360/material>, S. 78.

- 137 Die folgenden Beispiele zeigen, wie die Ermittlung der zuschlagfähigen Strommenge in verschiedenen typischen Konstellationen bzw. Konzepten messtechnisch korrekt erfolgen kann.
- 138 Die Beispiele beinhalten nicht die ggf. weitergehenden Anforderungen an das Messkonzept zur Bestimmung der Höhe der jeweils anzusetzenden Ersatzstrommenge. Weiterhin ergeben sich für die korrekte Erfassung der EEG-umlagerelevanten Strommengen ggf. besondere Anforderungen wie beispielsweise eine viertelstündliche Messwerterfassung (RLM oder ZSG), die nicht vollständig im Rahmen dieser Empfehlung abgebildet werden können, da die genauen Anforderungen vom Einzelfall abhängen¹³⁰ und daher auch im Einzelfall definiert werden müssen.¹³¹ Für Fragen zur korrekten Messung in Bezug auf die EEG-Umlage bei Eigenversorgung empfiehlt die Clearingstelle, zusätzlich zu den in dieser Empfehlung dargestellten Messkonzepten auch die Schaltbilder der Empfehlung 2014/31¹³² heranzuziehen.
- 139 Auch hinsichtlich der messtechnischen Ermittlung der Höhe der Transformations- oder Leitungsverluste kann u. U. – abhängig vom Einzelfall – die Einrichtung weiterer Messpunkte notwendig sein. Anlagen- und Netzbetreiber sollten sich im konkreten Fall darüber verständigen, welche Erfordernisse bestehen und wie hinsichtlich der messtechnischen Erfassung oder einer pauschalen Ermittlung vorzugehen ist (vgl. Rn. 128 ff.).
- 140 Ebenfalls beinhalten die beispielhaft dargestellten Messkonzepte grundsätzlich keine Aussage zur Notwendigkeit bestimmter Messvarianten bzw. -einrichtungen (z. B. Arbeitsmessung mit Hilfe von Standardlastprofilen (SLP-Messung), Zählerstandgangmessung (ZSG-Messung), registrierende Leistungsmessung (RLM-Messung) oder intelligente Messsysteme (iMSys)).

¹³⁰Z. B. Leistung der KWK-Anlage, Leistung und Anlagentyp weiterer möglicherweise vorhandener Stromerzeugungsanlagen innerhalb der Kundenanlage (vgl. technische Vorgaben des Einspeisemanagements, § 9 EEG 2017), Eigenversorgungs- und Drittbelieferungskonstellationen sowie vorhandene oder nicht vorhandene Verbrauchsmesseinrichtungen.

¹³¹Zu den Anforderungen an Messkonzepte hinsichtlich der Ermittlung der EEG-Umlage im Rahmen des bundesweiten Ausgleichs siehe *Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.06.2015 – 2014/31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2014/31>. Zu berücksichtigen ist, dass die §§ 62a und 62b EEG 2017 zu geringfügigen Stromverbräuchen Dritter und zum Messen und Schätzen, die grundsätzlich spezielle Messanforderungen für die Erfassung und die Abgrenzung EEG-umlagerelevanter Strommengen darstellen, bei Einleitung des Empfehlungsverfahrens noch nicht galten und daher nicht in der Empfehlung berücksichtigt wurden. Die BNetzA hat einen Leitfaden zum Messen und Schätzen bei EEG-Umlagepflichten veröffentlicht. Weitere Informationen hierzu finden Sie unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/politisches-programm/4960>.

¹³²*Clearingstelle*, Empfehlung v. 02.06.2015 – 2014/31, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2014/31>, Abschnitt 6.

141 Die in den dargestellten Messkonzepten behandelten Konstellationen können der folgenden Übersicht entnommen werden:

Messkonzept	Anschluss Generator	Einspeisungsart	Besonderheiten
1.1	NS	Volleinspeisung*	<ul style="list-style-type: none"> Kraftwerkseigenverbrauch wird vor dem Erzeugungszähler abgenommen (Nettostromerzeugung) kleine KWK-Anlagen
1.2	NS	Überschusseinspeisung**	
2.1	MS	Volleinspeisung	<ul style="list-style-type: none"> Kraftwerkseigenverbrauch wird vor dem Erzeugungszähler abgenommen (Nettostromerzeugung) größere KWK-Anlagen
2.2	MS	Überschusseinspeisung	
3.1	MS	Volleinspeisung	<ul style="list-style-type: none"> Kraftwerkseigenverbrauch wird aus Niederspannungshauptverteilung der Kundenanlage abgenommen nur Messung der „Bruttostromerzeugung“ Stillstandsverbrauch für die Ermittlung der Nettostromerzeugung nicht zu berücksichtigen größere KWK-Anlagen
3.2	MS	Überschusseinspeisung	
4.1	MS	Volleinspeisung	<ul style="list-style-type: none"> wie 3.1 und 3.2, jedoch mit zusätzlichem Trafo, da Kundenanlage auf 20 kV-Ebene und Generator auf 10 kV-Ebene: zusätzliche Trafoverluste größere KWK-Anlagen
4.2	MS	Überschusseinspeisung	

* bilanzielle Einspeisung der gesamten Nettostromerzeugung ohne bilanzielle Versorgung von Verbrauchern innerhalb der Kundenanlage

** bilanzielle Einspeisung der um Verbräuche (Eigenversorgung oder Drittbelieferung) innerhalb der Kundenanlage verminderten Nettostromerzeugung

Legende Messkonzepte:

 Übergabezähler

 Erzeugungszähler
Nettostromerzeugung

 Zwischenzähler

 Erzeugungszähler
"Bruttostromerzeugung"

 Transformator

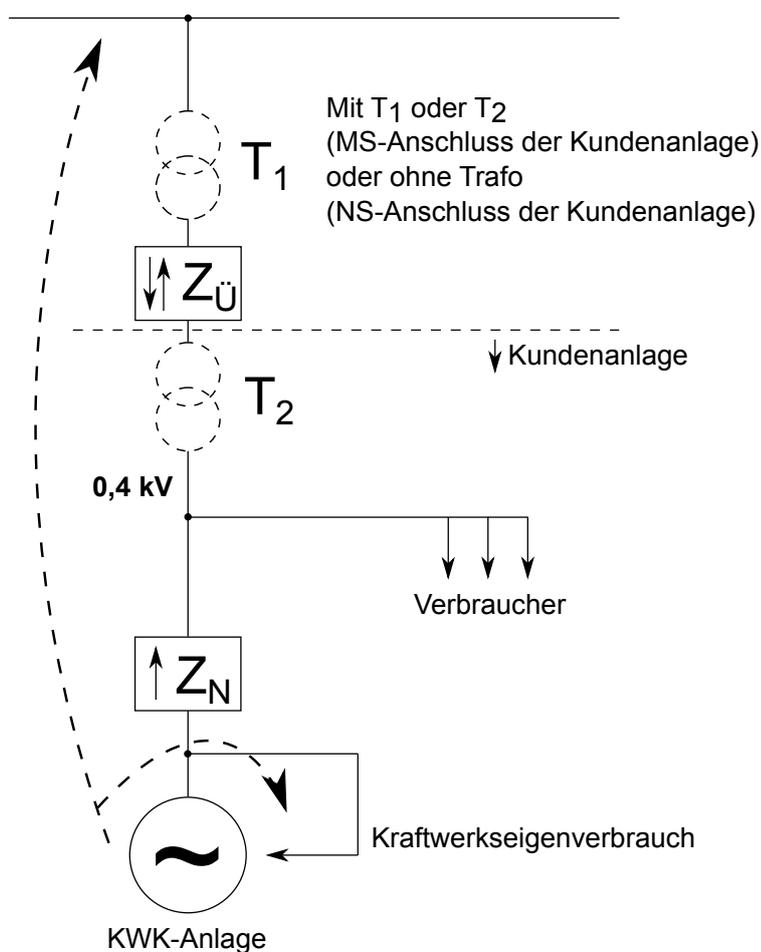
 Messung
Kraftwerkseigenverbrauch

 durch kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe korrigierter Stromfluss

A_{ein} = Strommenge, für den der Zuschlag für in das Netz eingespeisten KWK-Strom zu zahlen ist

A_{kd} = Strommenge, für den der Zuschlag für *nicht* in das Netz eingespeisten KWK-Strom zu zahlen ist

Messkonzept 1.1: Kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung Niederspannungsanschluss

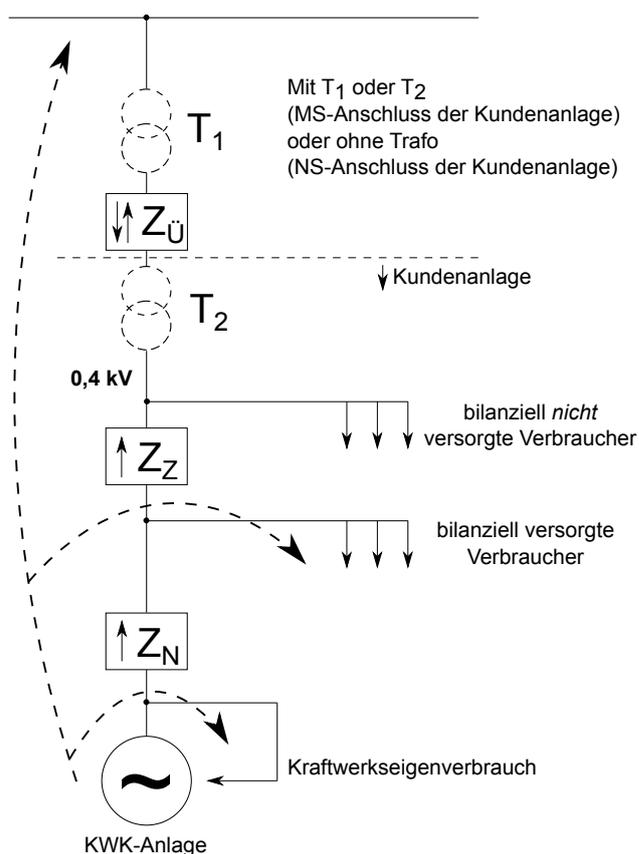


KWK-Zuschlag:

$$A_{ein} = \uparrow Z_N$$

(ohne Berücksichtigung von Verlusten durch T_2 oder die Leitung)

Messkonzept 1.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Niederspannungsanschluss



KWK-Zuschlag für KWK-Anlagen bis 100 kW:

$$A_{\text{ein}} = \uparrow Z_Z$$

$$A_{\text{kd}} = \uparrow Z_N - \uparrow Z_Z^*$$

KWK-Zuschlag für KWK-Anlagen über 100 kW:

$$A_{\text{ein}} = \uparrow Z_Z$$

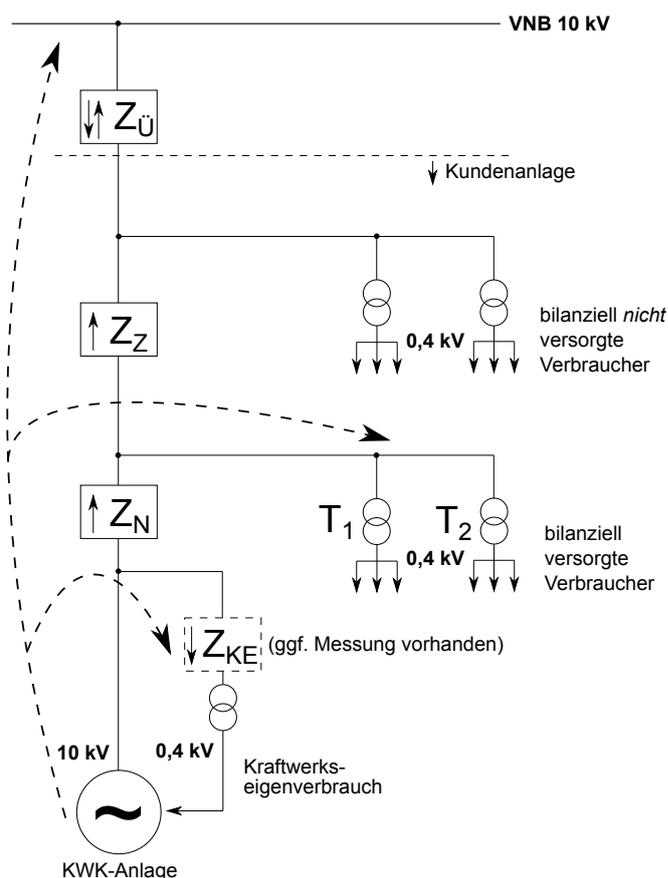
$$A_{\text{kd}} = \uparrow Z_N - \uparrow Z_Z^{**}$$

(ohne Berücksichtigung von Verlusten durch T₂ oder die Leitung)

* Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 1 KWKG 2016.

** Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016, soweit für versorgte Verbraucher die volle EEG-Umlage anfällt, sonst $A_{\text{kd}} = 0$. Nimmt einer der bilanziell versorgten Verbraucher eine EEG-Umlageprivilegierung in Anspruch, die übrigen bilanziell versorgten Verbraucher aber nicht, ist entweder die gesamte an diese Letztverbraucher gelieferte KWK-Strommenge vollständig EEG-umlagepflichtig (§ 62b Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017) und dann auch vollständig mit dem Zuschlag für den nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten KWK-Strom vergütungsfähig; oder es müssen die an diese Letztverbraucher gelieferten KWK-Strommengen messtechnisch entsprechend getrennt werden oder eine Schätzungsbefugnis nach § 62b i. V. mit § 104 Abs. 10 EEG 2017 bestehen, damit für den an die sonstigen bilanziell versorgten Verbraucher gelieferten KWK-Strommengen dieser Zuschlag ausgezahlt werden kann.

Messkonzept 2.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Mittelspannungsanschluss (einfacher Fall)



KWK-Zuschlag bei KWK-Anlagen über 100 kW:

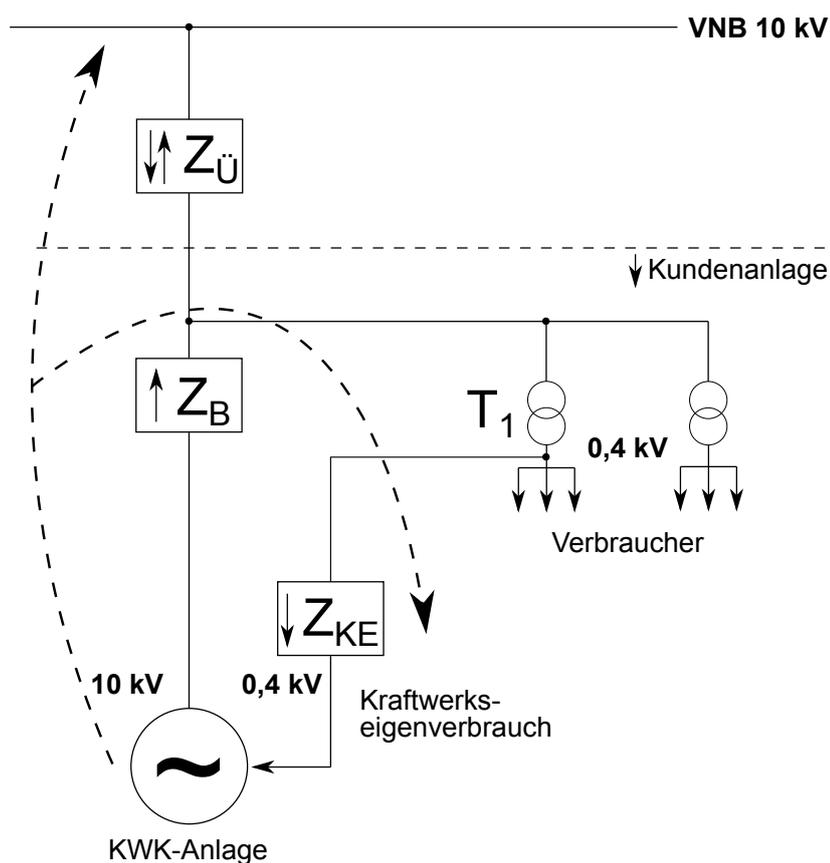
$$A_{\text{ein}} = \uparrow Z_{\text{Z}}$$

$$A_{\text{kd}} = \uparrow Z_{\text{N}} - \uparrow Z_{\text{Z}}^*$$

(ohne Berücksichtigung von Verlusten durch T_1 , T_2 oder die Leitung)

* Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016, soweit für versorgte Verbraucher die volle EEG-Umlage anfällt, sonst $A_{\text{kd}} = 0$. Nimmt einer der bilanziell versorgten Verbraucher eine EEG-Umlageprivilegierung in Anspruch, die übrigen bilanziell versorgten Verbraucher aber nicht, ist entweder die gesamte an diese Letztverbraucher gelieferte KWK-Strommenge vollständig EEG-umlagepflichtig (§ 62b Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017) und dann auch vollständig mit dem Zuschlag für den nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten KWK-Strom vergütungsfähig; oder es müssen die an diese Letztverbraucher gelieferten KWK-Strommengen messtechnisch entsprechend getrennt werden oder eine Schätzungsbefugnis nach § 62b i. V. mit § 104 Abs. 10 EEG 2017 bestehen, damit für den an die sonstigen bilanziell versorgten Verbraucher gelieferten KWK-Strommengen dieser Zuschlag ausgezahlt werden kann.

Messkonzept 3.1: Kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung Mittelspannungsanschluss (häufiger Fall)



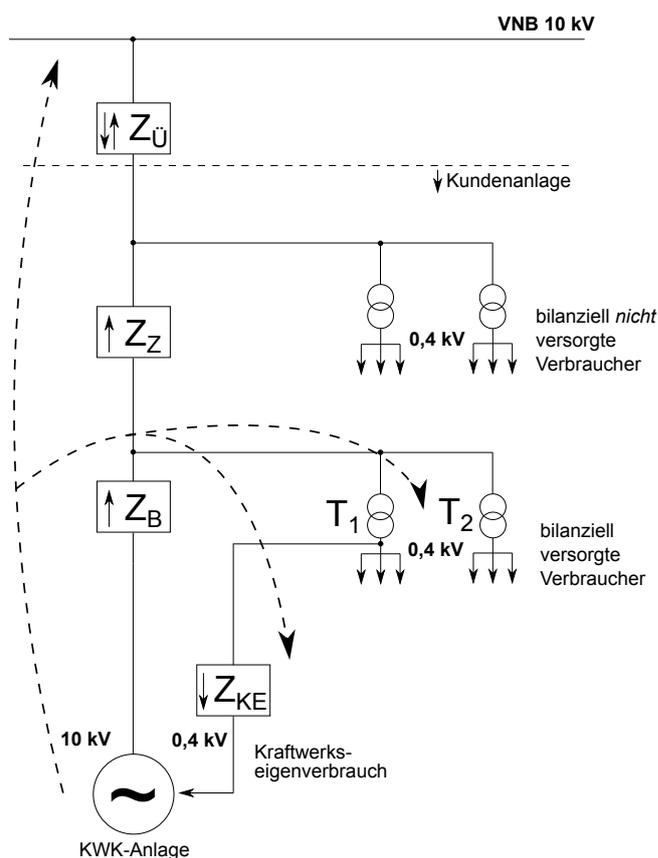
KWK-Zuschlag:

$$A_{\text{ein}} = \uparrow Z_{\text{B}} - \downarrow Z_{\text{KE}} \text{ wenn } \uparrow Z_{\text{B}} > 0^*$$

(ohne Berücksichtigung von Verlusten durch T_1 (anteilig für $\downarrow Z_{\text{KE}}$) oder die Leitung)

* Der Kraftwerkeigenbedarf ist nur in denjenigen Zeiten berücksichtigungsfähig, in denen die KWK-Anlage Strom erzeugt ($\uparrow Z_{\text{B}} > 0$), da ansonsten der Kraftwerkeigenbedarf aus dem Netz gedeckt wird. Dies erfordert bei $\uparrow Z_{\text{B}}$ und $\downarrow Z_{\text{KE}}$ jeweils eine RLM. Wenn zeitgleich $\uparrow Z_{\text{B}} > 0$ und $\uparrow Z_{\text{B}} - \downarrow Z_{\text{KE}} < 0$, dann $A_{\text{ein}} = 0$.

Messkonzept 3.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Mittelspannungsanschluss (häufiger Fall)



KWK-Zuschlag bei KWK-Anlagen über 100 kW:

$$A_{ein} = \uparrow Z_Z$$

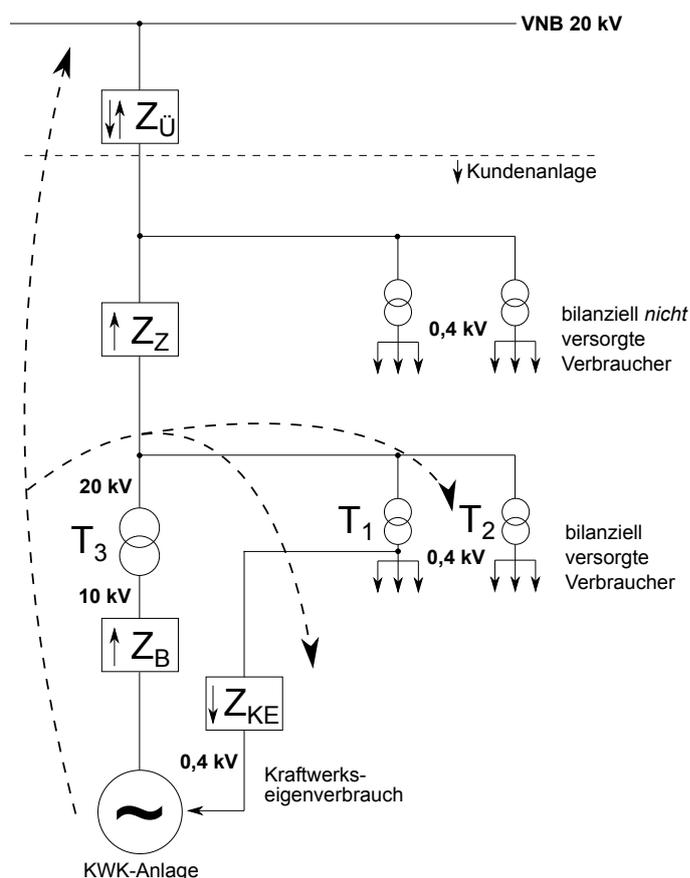
$$A_{kd} = \uparrow Z_B - \uparrow Z_Z - \downarrow Z_{KE}^{**} \text{ wenn } \uparrow Z_B > 0^{**}$$

(ohne Berücksichtigung von Verlusten durch T_1 , T_2 oder die Leitung)

* Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016, soweit für versorgte Verbraucher die volle EEG-Umlage anfällt, sonst $A_{kd} = 0$. Nimmt einer der bilanziell versorgten Verbraucher eine EEG-Umlageprivilegierung in Anspruch, die übrigen bilanziell versorgten Verbraucher aber nicht, ist entweder die gesamte an diese Letztverbraucher gelieferte KWK-Strommenge vollständig EEG-umlagepflichtig (§ 62b Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017) und dann auch vollständig mit dem Zuschlag für den nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten KWK-Strom vergütungsfähig; oder es müssen die an diese Letztverbraucher gelieferten KWK-Strommengen messtechnisch entsprechend getrennt werden oder eine Schätzungsbefugnis nach § 62b i.V. mit § 104 Abs. 10 EEG 2017 bestehen, damit für den an die sonstigen bilanziell versorgten Verbraucher gelieferten KWK-Strommengen dieser Zuschlag ausgezahlt werden kann.

** Der Kraftwerkseigenbedarf ist nur in denjenigen Zeiten berücksichtigungsfähig, in denen die KWK-Anlage Strom erzeugt ($\uparrow Z_B > 0$), da ansonsten der Kraftwerkseigenbedarf aus dem Netz gedeckt wird. Dies erfordert bei $\uparrow Z_B$ und $\downarrow Z_{KE}$ jeweils eine RLM. Wenn zeitgleich $\uparrow Z_B > 0$ und $\uparrow Z_B - \downarrow Z_{KE} < 0$, dann $A_{ein} = 0$.

Messkonzept 4.2: Kaufmännisch-bilanzielle Überschusseinspeisung Mittelspannungsanschluss (komplexer Fall)



KWK-Zuschlag bei KWK-Anlagen über 100 kW:

$$A_{\text{ein}} = \uparrow Z_Z$$

$$A_{\text{kd}} = \uparrow Z_B - \uparrow Z_Z - \downarrow Z_{\text{KE}} \text{ * wenn } \uparrow Z_B > 0 \text{ **}$$

(ohne Berücksichtigung von Verlusten durch T_1 , T_2 , T_3 oder die Leitung)

* Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016, soweit für versorgte Verbraucher die volle EEG-Umlage anfällt, sonst $A_{\text{kd}} = 0$. Nimmt einer der bilanziell versorgten Verbraucher eine EEG-Umlageprivilegierung in Anspruch, die übrigen bilanziell versorgten Verbraucher aber nicht, ist entweder die gesamte an diese Letztverbraucher gelieferte KWK-Strommenge vollständig EEG-umlagepflichtig (§ 62b Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017) und dann auch vollständig mit dem Zuschlag für den nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten KWK-Strom vergütungsfähig; oder es müssen die an diese Letztverbraucher gelieferten KWK-Strommengen messtechnisch entsprechend getrennt werden oder eine Schätzungsbefugnis nach § 62b i.V. mit § 104 Abs. 10 EEG 2017 bestehen, damit für den an die sonstigen bilanziell versorgten Verbraucher gelieferten KWK-Strommengen dieser Zuschlag ausgezahlt werden kann.

** Der Kraftwerkseigenbedarf ist nur in denjenigen Zeiten berücksichtigungsfähig, in denen die KWK-Anlage Strom erzeugt ($\uparrow Z_B > 0$), da ansonsten der Kraftwerkseigenbedarf aus dem Netz gedeckt wird. Dies erfordert bei $\uparrow Z_B$ und $\downarrow Z_{\text{KE}}$ jeweils eine RLM. Wenn zeitgleich $\uparrow Z_B > 0$ und $\uparrow Z_B - \downarrow Z_{\text{KE}} < 0$, dann $A_{\text{ein}} = 0$.

Beschluss

Die Empfehlung wurde hinsichtlich

- Ziffer 2 der Empfehlung sowie der Randnummern 50–59, 61–70, 72–74, 77–107, 123 und 125 bei einer Gegenstimme mehrheitlich sowie
- im Übrigen einstimmig

angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dibbern

Teichmann

Dr. Winkler

Brosziewski

Weißborn