

## Stellungnahme

# zum Empfehlungsverfahren 2019/8 der Clearingstelle EEG/KWK

Kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe beim  
KWK-Gesetz

Berlin, 22. Mai 2019

**Verfahrensfragen:**

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?

**Stellungnahme:**

Der BDEW bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesem Empfehlungsverfahren mit erheblichem Praxisbezug. In diesem Zusammenhang bedauert der BDEW, dass der Gesetzgeber die fortwährenden Anregungen des BDEW innerhalb der Novellen des KWKG-Gesetzes der vergangenen Jahre nicht aufgegriffen hat, die uneingeschränkte Befugnis der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe ausdrücklich normativ zu eröffnen. Dies gilt insbesondere für die Fälle der verpflichtenden Direktvermarktung nach § 4 Abs. 1 KWKG 2016 und der Ausschreibungspflicht nach §§ 5 und 8a KWKG 2016, bei denen jeweils eine ausdrückliche, normativ verankerte Befugnis hierzu fehlt.

Dementsprechend birgt das vorliegende Verfahren der Clearingstelle EEG/KWKG das Risiko, dass die Rechtsprechung selbst bei einem positiven Ausgang des Verfahrens eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe ohne entsprechende normative Grundlage nicht zulässt.

**Zusammenfassendes Ergebnis:**

Nach Ansicht des BDEW darf nach dem **KWKG 2012** jedenfalls im Falle von § 4 Abs. 3b KWKG 2012/2009 i.V. mit § 20 Abs. 1d EnWG (auch aktuelle Fassung) eine Verrechnung von Erzeugungsmesswerten bzw. sonstigen Messwerten von dem Netz nachgelagerten Messstellen erfolgen, da dies nach dem Gesetzeswortlaut zugelassen ist. In allen anderen Fällen geht der BDEW davon aus, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von virtuell eingespeistem, physikalisch aber außerhalb des Netzes verbrauchtem KWK-Strom aus KWK-Anlagen nicht auf Basis des KWKG 2012 zulässig ist.

Im Falle des **KWKG 2016** darf nach Ansicht des BDEW jedenfalls in folgenden Fällen eine Verrechnung von Erzeugungsmesswerten bzw. sonstigen Messwerten von dem Netz nach-

gelagerten Messstellen erfolgen, da dies entweder nach dem Gesetzeswortlaut oder der Gesetzesbegründung zugelassen ist:

- im Falle einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nach § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016,
- im Falle von § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (erste und zweite Fassung) bzw. § 20 Abs. 1d EnWG (aktuelle Fassung),
- im Falle einer Einspeisung einer KWK-Anlage, die nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V. mit § 8a KWKG 2016 einen Ausschreibungszuschlag erhalten hat.

In allen anderen Fällen sprechen nach Ansicht des BDEW bessere Gründe dafür, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von virtuell eingespeistem, physikalisch aber außerhalb des Netzes verbrauchtem KWK-Strom aus KWK-Anlagen nicht auf Basis des KWKG 2016 zulässig ist.

In jedem Falle besteht die Befugnis zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe und der Zuschlagszahlungsanspruch nur für KWK-Strommengen. Der Zuschlagszahlungsanspruch besteht bei Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr außerdem nur für die KWK-Nettostromerzeugung, unabhängig davon, ob eine virtuelle oder physikalische Volleinspeisung vorliegt.

Nachfolgend wird unter A die anzuwendende Gesetzeslage

- nach dem EEG 2017 (unter Nr. I),
- nach dem KWKG 2012 (unter Nr. II) und
- nach dem KWKG 2016 (unter Nr. III)

und unter B die Bewertung

- nach dem KWKG 2012 (unter Nr. I) und
- nach dem KWKG 2016 (unter Nr. II)

dargestellt.

## **A. Gesetzeslage**

Bei der Gesetzeslage muss zwischen dem EEG 2017, dem KWKG 2012 und dem KWKG 2016 unterschieden werden:

### **I. EEG 2017**

§ 11 Abs. 1 EEG 2017 (Abnahme, Übertragung und Verteilung) bestimmt, dass Netzbetreiber vorbehaltlich des § 14 EEG 2017 den gesamten Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas, der in einer Veräußerungsform nach § 21b Abs. 1 veräußert wird, unverzüglich vorrangig physikalisch abnehmen, übertragen und verteilen müssen. Macht der Anlagenbetreiber den Anspruch nach § 19 EEG 2017 in Verbindung mit § 21 EEG 2017 geltend, umfasst die Pflicht aus Satz 1 der Regelung auch die kaufmännische Abnahme. Die Pflichten

nach den Sätzen 1 und 2 der Regelung sowie die Pflichten nach § 3 Abs. 1 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes sind gleichrangig.

Absatz 2 der Bestimmung legt fest, dass § 11 Abs. 1 EEG 2017 entsprechend anzuwenden ist, und der Strom für die Zwecke dieses Gesetzes so zu behandeln ist, als wäre er in das Netz eingespeist worden, 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.

## **II. KWKG 2012**

Gemäß § 35 Abs. 1 bis 5 KWKG 2016 sind vor allem die Vermarktungsformen nach § 4 KWKG 2012 für die von der Übergangsregelung erfassten Bestandsanlagen weiterhin anwendbar.

§ 4 Abs. 1 KWKG 2012 legt insoweit fest, dass Netzbetreiber verpflichtet sind, hocheffiziente KWK-Anlagen im Sinne dieses Gesetzes an ihr Netz unverzüglich vorrangig anzuschließen und den in diesen Anlagen erzeugten KWK-Strom unverzüglich vorrangig abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen. § 8 des EEG in der jeweils geltenden Fassung ist auf den vorrangigen Netzanschluss und die §§ 9, 12 Abs. 4 sowie die §§ 14 und 15 des EEG in der jeweils geltenden Fassung sind auf den vorrangigen Netzzugang entsprechend anzuwenden. Die Verpflichtung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 KWKG 2012 und die Verpflichtung nach dem EEG zur Abnahme von Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas sind außerdem gleichrangig.

Netzbetreiber waren und sind nach § 4 Abs. 2 KWKG 2012 befugt, den aufgenommenen KWK-Strom zu verkaufen oder zur Deckung ihres eigenen Strombedarfs zu verwenden.

Darüber hinaus waren und sind Netzbetreiber verpflichtet, auf Wunsch des Anlagenbetreibers nach einer eigenen Vermarktung den eingespeisten Strom direkt dem Bilanzkreis des Anlagenbetreibers oder dem eines Dritten zuzuordnen (§ 4 Abs. 2a KWKG 2012). Für den vom Anlagenbetreiber nach Satz 1 der Regelung vermarkteten Strom entfällt die Ankaufs- und die Vergütungspflicht des Netzbetreibers hinsichtlich des eingespeisten Stroms, jedoch nicht die Pflicht zur Zahlung der Zuschläge gemäß § 7 KWKG 2012. Verzichtet der Anlagenbetreiber auf eine solche Bilanzkreiszuordnung nach diesem Satz 1, ist der Netzbetreiber verpflichtet, den eingespeisten Strom in einen eigenen Bilanzkreis aufzunehmen.

Nach § 4 Abs. 2b KWKG 2012 müssen die Netzbetreiber für den Bilanzkreiswechsel von Anlagen im Sinne von § 4 Abs. 2a KWKG 2012 ab dem 1. Januar 2013 bundesweit einheitliche Verfahren zur Verfügung stellen, die den Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes genügen. Einheitliche Verfahren hiernach beinhalten auch Verfahren für die vollständig automatisierte elektronische Übermittlung der für den Bilanzkreiswechsel erforderlichen Daten und deren Nutzung für die Durchführung des Bilanzkreiswechsels. Die Netzbetreiber sind befugt, die für die Durchführung des Bilanzkreiswechsels erforderlichen Daten bei den Anlagenbetreibern zu erheben, zu speichern und hierfür zu nutzen. Für den elektronischen Datenaustausch ist dabei unter Beachtung von § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes und der Anlage zu

§ 9 Satz 1 des Bundesdatenschutzgesetzes ein einheitliches Datenformat vorzusehen. Die Verbände der Energiewirtschaft sind an der Entwicklung der Verfahren und Formate für den Datenaustausch angemessen zu beteiligen.

Gemäß § 4 Abs. 3 KWKG 2012 sind für den aufgenommenen KWK-Strom gemäß § 4 Abs. 2 KWKG 2012 der Preis, den der Betreiber der KWK-Anlage und der Netzbetreiber vereinbaren, und ein Zuschlag zu entrichten. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, gilt der übliche Preis als vereinbart, zuzüglich dem nach den maßgeblichen Rechtsvorschriften, ansonsten nach den anerkannten Regeln der Technik berechneten Teil der Netznutzungsentgelte, der durch die dezentrale Einspeisung durch diese KWK-Anlage vermieden wird. Als üblicher Preis gilt für KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von bis zu zwei Megawatt der durchschnittliche Preis für Grundlaststrom an der Strombörse EEX in Leipzig im jeweils vorangegangenen Quartal. Weist der Betreiber der KWK-Anlage dem Netzbetreiber einen Dritten nach, der bereit ist, den eingespeisten KWK-Strom zu kaufen, ist der Netzbetreiber verpflichtet, den KWK-Strom vom Betreiber der KWK-Anlage zu dem vom Dritten angebotenen Strompreis abzunehmen. Der Dritte ist verpflichtet, den KWK-Strom zum Preis seines Angebotes an den Betreiber der KWK-Anlage vom Netzbetreiber abzunehmen.

Darüber hinaus ist nach § 4 Abs. 3a KWKG 2012 ein Zuschlag auch für KWK-Strom zu entrichten, der nicht in ein Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird. Die Verpflichtung zur Zahlung des Zuschlags trifft den Betreiber eines Netzes für die allgemeine Versorgung, mit dessen Netz die genannte KWK-Anlage unmittelbar oder mittelbar verbunden ist.

Schließlich haben Anschlussnehmer im Sinne des § 1 Abs. 2 der Niederspannungsanschlussverordnung, in deren elektrische Anlage hinter der Hausanschlusssicherung Strom aus KWK-Anlagen eingespeist wird, 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 (§ 4 Abs. 3b KWKG 2012).

### **III. KWKG 2016**

Gemäß § 3 Abs. 1 KWKG 2016 müssen Netzbetreiber unabhängig von der Pflicht zur Zahlung von Zuschlägen nach den §§ 6 bis 13 KWKG 2016

1. hocheffiziente KWK-Anlagen an ihr Netz unverzüglich vorrangig anschließen und
2. den in diesen Anlagen erzeugten KWK-Strom unverzüglich vorrangig physikalisch abnehmen, übertragen und verteilen.

Nach § 4 Abs. 1 KWKG 2016 müssen Betreiber von KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von mehr als 100 Kilowatt den erzeugten KWK-Strom direkt vermarkten oder selbst verbrauchen. Satz 2 der Regelung stellt klar, dass eine Direktvermarktung vorliegt, wenn der Strom an einen Dritten geliefert wird. Dritter im Sinne von Satz 2 der Regelung kann hierbei auch ein Letztverbraucher sein.

Demgegenüber können Betreiber von KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 Kilowatt den erzeugten KWK-Strom nach § 4 Abs. 2 Satz 1 KWKG 2016 direkt

vermarkten, selbst verbrauchen oder vom Netzbetreiber die kaufmännische Abnahme ihres erzeugten KWK-Stroms verlangen. Die kaufmännische Abnahme kann nach Satz 2 der Regelung auch verlangt werden, wenn die Anlage an eine Kundenanlage angeschlossen ist und der Strom mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in ein Netz angeboten wird. Der Anspruch auf kaufmännische Abnahme des KWK-Stroms aus KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von mehr als 50 Kilowatt entfällt, wenn der Netzbetreiber nicht mehr zur Zuschlagszahlung nach den §§ 6 bis 13 KWKG 2016 verpflichtet ist (Satz 3). Netzbetreiber können den kaufmännisch abgenommenen KWK-Strom schließlich nach Satz 4 der Regelung verkaufen oder zur Deckung ihres eigenen Strombedarfs verwenden.

Absatz 3 der Bestimmung regelt, dass für den kaufmännisch abgenommenen KWK-Strom gemäß § 4 Abs. 2 KWKG 2016 zusätzlich zu Zuschlagszahlungen nach den §§ 6 bis 13 KWKG 2016 der übliche Preis zu entrichten ist. Der übliche Preis hiernach ist der durchschnittliche Preis für Grundlaststrom an der Strombörse European Energy Exchange (EEX) in Leipzig im jeweils vorangegangenen Quartal (Satz 2). Weist der Betreiber der KWK-Anlage dem Netzbetreiber einen Dritten nach, der bereit ist, den eingespeisten KWK-Strom zu kaufen, so ist der Netzbetreiber verpflichtet, den KWK-Strom vom Betreiber der KWK-Anlage zu dem vom Dritten angebotenen Strompreis abzunehmen (Satz 3). Der Dritte ist dann verpflichtet, den KWK-Strom zum Preis seines Angebotes an den Betreiber der KWK-Anlage vom Netzbetreiber abzunehmen (Satz 4).

Gemäß § 8a Abs. 2 KWKG 2016 besteht der Anspruch auf eine Zuschlagszahlung bei Anlagen, die der Ausschreibungspflicht unterliegen, nur, wenn

1. der Betreiber der KWK-Anlage in einer Ausschreibung nach Maßgabe einer KWK-Ausschreibungsverordnung einen Ausschreibungszuschlag erhalten hat,
2. 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, und
3. die entsprechend anzuwendenden Voraussetzungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 und Abs. 2 KWKG 2016 und die Voraussetzungen der KWK-Ausschreibungsverordnung nach § 33a Abs. 1 KWKG 2016 erfüllt sind.

§ 19 Abs. 3 KWKAusV regelt schließlich, dass der Anspruch auf Zuschlagszahlung für das jeweilige Kalenderjahr entfällt,

1. in dem nicht der gesamte in der KWK-Anlage oder dem innovativen KWK-System erzeugte Strom in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist worden ist,
2. in dem in der KWK-Anlage oder im innovativen KWK-System erzeugter Strom entgegen § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 selbst verbraucht worden ist oder
3. für das der Nachweis nach § 20 Abs. 2 KWKAusV nicht oder nicht rechtzeitig erbracht worden ist oder unzutreffend ist.

Wird der in der KWK-Anlage oder dem innovativen KWK-System erzeugte Strom entgegen § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 selbst verbraucht, ist § 8d Abs. 1 KWKG 2016 entsprechend anzuwenden. Abweichend von § 19 Abs. 3 Satz 1 Nummer 1 KWKAusV darf der in der KWK-Anlage oder dem innovativen KWK-System erzeugte Strom außerdem auch in ein geschlossenes Verteilernetz eingespeist werden. Im letzteren Fall ist der in der KWK-Anlage oder dem innovativen KWK-System erzeugte Strom so zu behandeln, als wäre er in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist worden.

## **B. Würdigung der Verfahrensfragen**

Die ausdrückliche Befugnis eines Betreibers einer EEG-Anlage zur „kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe“, damals noch aus „kaufmännisch-bilanzielle Durchleitung“, wurde erstmals in § 4 Abs. 5 EEG 2004 aufgenommen:

*„Die Verpflichtung zur vorrangigen Abnahme und Übertragung nach Absatz 1 Satz 1 besteht auch dann, wenn die Anlage an das Netz des Anlagenbetreibers oder eines Dritten, der nicht Netzbetreiber im Sinne von § 3 Abs. 7 ist, angeschlossen und der Strom mittels kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung durch dieses Netz in ein Netz nach § 3 Abs. 6 angeboten wird.“*

Beim KWK-Gesetz erfolgte eine erstmalige Aufnahme der Befugnis eines Betreibers einer KWK-Anlage zur „kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe“ im vorstehend unter A Nr. III genannten § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016.

Grundlegende Frage ist daher, ob ein Betreiber einer KWK-Anlage auch dann, wenn seine Anlage nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 fällt, eine „kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe“ von nicht in das Netz physikalisch eingespeistem Strom an den Netzbetreiber geltend machen kann, oder ob dies mangels ausdrücklicher gesetzlicher Einräumung dieser Befugnis nicht zulässig ist. Diese Frage hat insbesondere Auswirkungen auf Anlagen,

- auf die nach den Übergangsregelungen des KWKG 2016 die Vermarktungsformen des KWKG 2012 anzuwenden sind,
- die nach ihrer Leistung dem § 4 Abs. 1 KWKG 2016 unterfallen und
- für die die Ausschreibungspflicht nach § 5 Abs. 2 i.V. mit § 8a und § 8d KWKG 2016 besteht.

## **I. KWKG 2012**

### **1. Grundsatz der Ankaufspflicht nur für den physikalisch eingespeisten Strom**

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 KWKG 2012 ist der Netzbetreiber verpflichtet, den in hocheffizienten KWK-Anlagen im Sinne des Gesetzes erzeugten KWK-Strom unverzüglich vorrangig abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen, und für den aufgenommenen KWK-Strom den Preis, den der Betreiber der KWK-Anlage und der Netzbetreiber vereinbaren, und einen Zuschlag zu entrichten, mangels Einigung dann den „üblichen Preis“, zuzüglich dem nach den

maßgeblichen Rechtsvorschriften, ansonsten nach den anerkannten Regeln der Technik berechneten Teil der Netznutzungsentgelte, der durch die dezentrale Einspeisung durch diese KWK-Anlage vermieden wird.

Der Begriff des „aufgenommenen Stroms“ wird nicht näher gesetzlich definiert. Nach § 4 Abs. 2 KWKG 2012 sind die Netzbetreiber aber berechtigt, den aufgenommenen KWK-Strom zu verkaufen oder zur Deckung ihres eigenen Strombedarfs zu verwenden. Dies bedingt, dass sie auch eine Verfügungsgewalt über diesen Strom erlangt haben müssen.

Die Differenzierung zwischen in das Netz eingespeistem und nicht eingespeistem Strom, und damit die Tendenz zu einer physikalischen Betrachtungsweise, wird auch durch folgende parallele Regelungen gesetzessystematisch verdeutlicht:

- § 4 Abs. 3 Satz 2 KWKG 2012, der von „dezentrale *Einspeisung* durch diese KWK-Anlage vermieden“ spricht,
- § 3 Abs. 10 KWKG 2012, wonach „Betreiber von KWK-Anlagen im Sinne dieses Gesetzes (...) diejenigen (sind), die den Strom in eines der in Absatz 9 genannten Netze *einspeisen* oder für die Eigenversorgung bereitstellen“,
- § 4 Abs. 2a KWKG 2012, wonach der Netzbetreiber verpflichtet ist, „auf Wunsch des Anlagenbetreibers nach einer eigenen Vermarktung den *ingespeisten* Strom direkt dem Bilanzkreis des Anlagenbetreibers oder dem eines Dritten zuzuordnen“,
- § 4 Abs. 3 Satz 4 KWKG 2012, wonach der Netzbetreiber verpflichtet ist, den Strom an einen Dritten zu verkaufen, der sich bereit erklärt hat, den *ingespeisten* KWK-Strom vom Betreiber der KWK-Anlage zu kaufen,
- die Differenzierung zwischen in ein Netz *ingespeistem* und nicht in ein Netz für die allgemeine Versorgung *ingespeistem* Strom in § 4 Abs. 3a KWKG 2012 und
- die Nachweispflichten in § 8 Abs. 1 bis 3 KWKG 2012, die sich jeweils auf die in das Netz für die allgemeine Versorgung *ingespeiste* KWK-Strommenge beziehen.

Hiermit einher geht die Rechtsprechung des BGH zum EEG und KWKG,

- wonach der Anlagenbetreiber den Strom aufgrund der Ankaufspflicht des Netzbetreibers nach dem Stromeinspeisungsgesetz zum Übergabepunkt, nämlich dem Netz des Netzbetreibers, bringen muss,<sup>1</sup>
- wonach Umspannverluste aus einer kundeneigenen Trafostation vor dem Übergabepunkt zu Lasten des Anlagenbetreibers gehen<sup>2</sup> und
- wonach das EEG 2009 bei Vorliegen einer Überschusseinspeisung (also keiner – wenn auch kaufmännisch-bilanziellen – Volleinspeisung) für den in einer Biomasseanlage in Kraft-Wärme-Kopplung und auf der Basis nachwachsender Rohstoffe erzeugten, aber nicht in das Netz eingespeisten eigenverbrauchten Strom dem Anlagenbetreiber weder einen Anspruch auf einen Kraft-Wärme-Kopplungsbonus (KWK-Bonus) noch auf einen Bonus für nachwachsende Rohstoffe (Nawaro-Bonus) gewährt. „Die Vergütung des Stroms aus Erneuerbaren Energien setzt auch unter Geltung des EEG 2009 grundsätzlich voraus, dass nur derjenige Strom zu vergüten ist, der physikalisch

---

<sup>1</sup> Urteil vom 29. September 1993, Az. VIII ZR 107/93, RdE 1994, S. 70 ff.

<sup>2</sup> Urteil vom 28. März 2007, Az. VIII ZR 42/06.

(§ 8 Abs. 1, § 21 Abs. 1 EEG 2009) oder kaufmännisch-bilanziell über das Netz eines Dritten (§ 8 Abs. 2, § 21 Abs. 1 EEG 2009) eingespeist worden ist.“<sup>3</sup>

Dies alles belegt, dass der Gesetzgeber vom Grundsatz ausging, dass Strom nach dem EEG, dem Stromeinspeisungsgesetz und auch dem KWKG 2012, der nicht in das Netz des Netzbetreibers eingespeist worden ist, grundsätzlich keine Abnahme-, Ankaufs- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers auslöst.

Ausnahmen hiervon waren § 33 Abs. 2 EEG 2009/2012 (alt) mit einer verminderten Vergütung und § 4 Abs. 3a KWKG 2009/2012, wonach ein Zuschlag auch für KWK-Strom zu entrichten ist, der nicht in ein Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird; in letzterem Falle traf bzw. trifft die Verpflichtung zur Zahlung des Zuschlags den Betreiber eines Netzes für die allgemeine Versorgung, mit dessen Netz diese KWK-Anlage unmittelbar oder mittelbar verbunden ist. Hier spricht der Gesetzgeber aber ausdrücklich von Strom, der nicht in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist worden ist. Außerdem sind in diesem Falle für den Strom nur der entsprechende Zuschlag zu zahlen, nicht die Einspeisevergütung im engeren Sinne sowie die vermiedenen Netzentgelte.

## 2. Rechtsnatur der „kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe“

Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung zum EEG festgestellt, dass auf das Rechtsverhältnis zwischen dem EEG-Anlagenbetreiber und dem Netzbetreiber Kaufrecht zumindest analog anzuwenden ist.<sup>4</sup> Dies entspricht der vom BGH zum KWKG-Gesetz bestätigten Rechtslage.<sup>5</sup>

Darüber hinaus hat der BGH auch in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass der Ankaufs- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers nach dem EEG nur derjenige Strom unterliegt, der physikalisch oder kaufmännisch-bilanziell eingespeist worden ist.<sup>6</sup> Die Hauptleistungspflichten des Anlagenbetreibers (Einspeisung) und des Netzbetreibers (Vergütung) werden daher vom BGH als auf eine Gegenseitigkeit beruhend (Synallagma) angesehen.<sup>7</sup>

Die „kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe“ wurde erstmals im EEG 2004 als „kaufmännisch-bilanzielle Durchleitung“ im dortigen § 4 Abs. 5 EEG 2004 eingeführt. Diese Regelung wurde als § 4 Abs. 4 des Fraktionsentwurfs des Gesetzes wie folgt begründet<sup>8</sup>:

*„Der neu eingefügte Absatz 4 ergänzt die Verpflichtungen der Netzbetreiber für den Fall, dass die Anlage selbst nicht unmittelbar an ein Netz für die allgemeine Versorgung mit*

---

<sup>3</sup> Urteil vom 4. März 2015, Az. VIII ZR 110/14; allerdings spricht der Wortlaut des insoweit anzuwendenden § 8 Abs. 2 EEG 2009 von „(...) Netz der Anlagenbetreiberin, des Anlagenbetreibers oder einer dritten Person, die nicht Netzbetreiber im Sinne von § 3 Nr. 8 ist, angeschlossen ist und der Strom mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe durch dieses Netz in ein Netz nach § 3 Nr. 7 angeboten wird (...)“.

<sup>4</sup> Grundlegend: Urteil vom 29. September 1993, Az. VIII ZR 107/93, RdE 1994, S. 70 ff.; zuletzt: Urteil vom 4. November 2014, Az. [VIII ZR 79/14](#), Rdn. 46.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2010, Az. VIII ZR 15/10, Rdn. 16 und 23.

<sup>6</sup> Urteil vom 11. April 2018, Az. [VIII ZR 197/16](#), Rdn. 20; Urteil vom 4. März 2015, Az. [VIII ZR 110/14](#), Rdn. 34f.

<sup>7</sup> Vgl. Urteile vom 11. Juni 2003, Az. VIII ZR 160/02, S. 24, Az. VIII ZR 161/02, S. 28; Urteil vom 29. September 1993, Az. VIII ZR 107/93.

<sup>8</sup> BT-Drs. Drucksache 15/2327, S. 26.

*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 Abs. 1 des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes vom 31. März 2000 (BGBl. I S. 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.*

*Bei dem Anschluss der Anlage sind die anerkannten Regeln der Technik zu beachten. Für die Ermittlung des eingespeisten Stroms aus der Anlage ist in aller Regel – soweit nicht § 5 Abs. 1 Satz 2 eingreift – eine Messung der eingespeisten elektrischen Arbeit ausreichend. Die Messung der angebotenen Energiemenge kann vor oder an dem Verknüpfungspunkt der Anlage mit dem Netz des Anlagenbetreibers oder des Dritten erfolgen. Ist eine Leistungserfassung zwingend erforderlich, sollte die Abrechnung grundsätzlich auf der Basis von Schätzungen oder von Norm-Lieferprofilen erfolgen, um volkswirtschaftlich unnötigen Aufwand insbesondere bei kleineren Fotovoltaikanlagen zu begrenzen. Der Händler bzw. Lieferant des Arealnetzes muss unterrichtet werden, damit sowohl die Bezugs- als auch die Einspeisewerte rechnerisch ermittelt werden können.*

*Von dem Anschluss an ein Arealnetz tatbestandlich zu unterscheiden, aber in der Rechtsfolge vergleichbar ist die Nutzung eines gemeinsamen Umspannwerks z. B. für größere Windparks, das von einer Betreibergesellschaft betrieben wird. In diesem Fall ist ebenfalls der Netzbetreiber Verpflichteter im Sinne der §§ 4 und 5.“*

Der Deutsche Bundestag hat den Begriff der „Durchleitung“ im Entwurf des EEG 2004 nur auf „kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung“ hin ergänzt und dies damit begründet, dass keine physikalische Durchleitung erforderlich ist, sondern wie auch sonst eine bilanztechnische Erfassung ausreicht.<sup>9</sup>

Der BGH hatte mit Beschluss vom 12. Juli 2013<sup>10</sup> Folgendes festgestellt:

*„Der ursprüngliche Vertrag aus dem Jahr 2000 enthielt keine Unterscheidung zwischen tatsächlich physikalisch und bilanziell-kaufmännisch entnommenem Strom, weil die Möglichkeit einer kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung erst durch das EEG 2004 geschaffen worden ist.“*

Dies kann auch so verstanden werden, dass die normative Grundlage für eine entsprechende kaufmännisch-bilanzielle Durchleitung erst mit dem EEG 2004 geschaffen worden ist, und dass vorher praktizierte kaufmännisch-bilanzielle Durchleitungen entsprechend bilateral vereinbart werden mussten, um wirksam zu sein.

---

<sup>9</sup> BT-Drs. 15/2864, S. 7 und 15.

<sup>10</sup> [EnZR 73/12](#), Rdn. 4.

Dies ist insoweit verständlich, als die Übergabe des Stroms am Netzverknüpfungspunkt an den Netzbetreiber Grundlage der Zahlungspflicht für die EEG-Förderung ist. Strom, der nicht am Netzverknüpfungspunkt übergeben worden ist, unterliegt nach dem BGH grundsätzlich nicht der Zahlungspflicht der Einspeisevergütung.<sup>11</sup>

Bei der kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung oder Weitergabe wird ausweislich der vorstehenden Gesetzesbegründung Strom als am Netzverknüpfungspunkt übergeben fingiert, der dem durch dezentrale Erzeugung und dezentralen Verbrauch eingesparten Bezugsstrom entspricht.<sup>12</sup> Physikalische Lieferungen im Rahmen bestimmter Leistungsbeziehungen werden daher im Umfang der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe anderen Leistungsbeziehungen zugeordnet. Dies kann entweder im Rahmen einer entsprechenden trilateralen Vereinbarung oder auf Basis einer entsprechenden gesetzlichen Verrechnungsbefugnis erfolgen. Trifft keiner dieser Fälle zu, muss weiterhin auf den Grundsatz der Zuordnung des Bezugsstroms zum Lieferanten und des eingespeisten Überschussstroms zum Anlagenbetreiber zurückgegriffen werden. Eine Verrechnung der Strommengen untereinander ohne gesetzliche oder vertragliche Befugnis würde die vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisse und das hierin begründete Synallagma stören.

Hinzu kommt, dass der BGH ein virtuelles Zuordnungsrecht des Anlagenbetreibers von bestimmten Strommengen zur Eigenversorgung bzw. zur Netzeinspeisung mit Urteil vom 4. März 2015 ausgeschlossen hat<sup>13</sup>:

*„Zugunsten des Klägers wirkt sich auch nicht aus, dass er nur einen Teil des Stroms in Kraft-Wärme-Kopplung und aus nachwachsenden Rohstoffen erzeugt, der im Übrigen erzeugte und eingespeiste Strom aber nicht förderfähig ist. Die eingespeisten (förderfähigen und nicht förderfähigen) Strommengen lassen sich physikalisch nicht trennen. Ein von der Revision geltend gemachtes Wahl- oder Leistungsbestimmungsrecht des Klägers, (fiktiv) nur förderfähigen Strom aus Biomasse einzuspeisen, den nicht förderfähigen Strom hingegen dem Eigenverbrauch vorzubehalten, findet keine Stütze im Gesetz.“*

Auch dies begrenzt die Verfügungsbefugnis des Anlagenbetreibers über bestimmte Strommengen aus seiner Anlage.

### **3. Fälle der Abkehr von der Ankaufspflicht ausschließlich für den physikalisch eingespeisten Strom**

Das seit dem 19. Juli 2012 geltende KWKG 2012 enthielt zwar noch keine dem § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 entsprechende Regelung. Allerdings legte § 4 Abs. 3b KWKG 2009, der über den 19. Juni 2012 hinaus galt und insoweit auch nach § 35 KWKG 2016 weiter gilt, bereits fest, dass Anschlussnehmer im Sinne des § 1 Abs. 2 der Niederspannungsanschlussverordnung, in deren elektrische Anlage hinter der Hausanschlusssicherung Strom aus KWK-Anlagen eingespeist wird, Anspruch auf einen abrechnungsrelevanten Zählpunkt gegenüber

---

<sup>11</sup> Urteil vom 11. April 2018, Az. [VIII ZR 197/16](#), Rdn. 20; Urteil vom 4. März 2015, Az. [VIII ZR 110/14](#), Rdn. 34f.

<sup>12</sup> Vgl. auch die nachfolgend unter III. dargestellte BGH-Rechtsprechung.

<sup>13</sup> Az. [VIII ZR 110/14](#), in Rdn. 42.

dem Netzbetreiber haben, an dessen Netz ihre elektrische Anlage angeschlossen ist. Satz 2 der Regelung ordnete an, dass bei Belieferung der Letztverbraucher durch Dritte eine Verrechnung der Zählwerte über Unterzähler stattfindet.

Diese Regelung fand sich noch sinngleich in § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (erste und zweite Fassung) und wurde durch Art. 3 Nr. 3 a) des „Mieterstromgesetzes“<sup>14</sup> aufgehoben. Dies wurde im Fraktionsentwurf des Gesetzes damit begründet, dass § 14 Abs. 2 KWKG 2016 aufgrund der Neufassung des § 20 Abs. 1d EnWG gegenstandslos geworden war und daher aufzuheben war.<sup>15</sup>

§ 20 Abs. 1d EnWG in der aktuellen Fassung lautet wie folgt:

*„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. Bei nicht an ein Smart-Meter-Gateway angebundene Unterzählern ist eine Verrechnung von Leistungswerten, die durch standardisierte Lastprofile nach § 12 Absatz 1 der Stromnetzzugangsverordnung ermittelt werden, mit am Summenzähler erhobenen 15-minütigen Leistungswerten des Summenzählers aus einer registrierenden Lastgangmessung zulässig, soweit energiewirtschaftliche oder mess- und eichrechtliche Belange nicht entgegenstehen.“*

Dies besagt, dass bereits der Gesetzgeber des KWKG 2009 realisiert hatte, dass in bestimmten Fällen die Verrechnung von Zählwerten einer KWK-Erzeugungsmessung mit denen von Unterzählern innerhalb einer Kundenanlage und den Bezugs- und Einspeisemessungen derselben Kundenanlage notwendig ist, damit physikalische Stromflüsse mit der energiewirtschaftlichen bzw. vertraglichen Lage in Einklang gebracht werden. Insoweit fand bereits normativ eine Abkehr von einer streng physikalischen Trennung zwischen in das Netz eingespeisten und nicht in das Netz eingespeisten Strommengen statt.

Darüber hinaus hat der BGH mit Beschluss vom 14. April 2015<sup>16</sup> festgestellt, dass ein Anlagenbetreiber berechtigt ist, einen Zweirichtungs-Erzeugungszähler, der dezentral innerhalb einer Kundenanlage angebracht worden ist, dann als Einspeisezähler zu verwenden, wenn keinerlei Stromverbrauch zwischen diesem Messplatz und dem Übergabepunkt zum Netz stattfindet. Diese Entscheidung geht auf einen Vorgang aus 2010 zurück. Obwohl diese Messeinrichtung nicht an der Übergabestelle angebracht worden ist, sieht der BGH trotzdem die „eingespeisten“ Strommengen durch eine Erzeugungsmessung als hinreichend erfasst an.

---

<sup>14</sup> „Gesetz zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ vom 17. Juli 2017, BGBl. I S. 2532.

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/12355, S. 27.

<sup>16</sup> Az. [EnVR 45/13](#), „Zuhause-Kraftwerk“, Rdn. 34 ff., zurückgehend auf Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12. Juni 2013, Az. VI-3 Kart. 165/12 (V), RdE 2013, S. 478 ff.

Bei letzterer Entscheidung ist allerdings zu beachten, dass insoweit auch die physikalischen Einspeisungen den Strommengen entsprechen, die von der Erzeugungsmessung erfasst werden. Eine virtuelle Stromeinspeisung erfolgt gemäß der Prämisse des BGH, dass zwischen der Erzeugungsmessung und der Stromeinspeisung kein weiterer Stromverbrauch stattfinden darf, nicht.

#### 4. Ergebnis

Jedenfalls im Falle von § 4 Abs. 3b KWKG 2012/2009 i.V. mit § 20 Abs. 1d EnWG (auch aktuelle Fassung) darf nach dem KWKG 2012 eine Verrechnung von Erzeugungsmesswerten bzw. sonstigen Messwerten von dem Netz nachgelagerten Messstellen erfolgen, da dies nach dem Gesetzeswortlaut zugelassen ist.

In allen anderen Fällen geht der BDEW davon aus, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von virtuell eingespeistem, physikalisch aber außerhalb des Netzes verbrauchtem KWK-Strom aus KWK-Anlagen nicht auf Basis des KWKG 2012 zulässig ist. Dies resultiert letztlich vornehmlich daraus, dass der BGH die Vergütungspflicht des Netzbetreibers im Falle der Einspeisevergütung grundsätzlich an den physikalisch eingespeisten Strom bindet, und nur in Fällen der Zulässigkeit einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe oder Durchleitung auch den nur virtuell eingespeisten Strom dieser Vergütungspflicht unterwirft. In dieser Höhe besteht dann – vorbehaltlich der nachfolgenden Nr. 5 – auch der Zahlungsanspruch des Anlagenbetreibers aus §§ 4, 6 und 7 KWKG 2012.

Dies entspricht auch der ganz herrschenden Meinung im Rahmen des KWKG 2002/2009. Wurde der KWK-Strom aus der betreffenden KWK-Anlage nicht tatsächlich in das Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist, konnte der Anlagenbetreiber vom Netzbetreiber für diesen Strom auch nicht die Vergütung i.S.v. § 4 Abs. 3 i.V. mit § 7 KWKG 2002/2009 verlangen, da dieser Strom nicht eingespeist bzw. „aufgenommen“ i.S.v. § 4 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3, Abs. 6 und 7 KWKG 2002/2009 war.<sup>17</sup> KWK-Strom, der vom Anlagenbetreiber in seine Hausinstallation oder in ein Unterverteilungsnetz eingespeist worden ist, das kein Netz für die allgemeine Versorgung i.S.v. § 3 Abs. 9 KWKG 2002/2009 war, unterfiel hiernach nicht der Abnahme- und Vergütungsverpflichtung nach § 4 Abs. 1 und 3 KWKG 2002/2009, wenn dieser Strom nicht in der Folge eben in ein „vorgelagertes“ Netz für die allgemeine Versorgung gelangte.<sup>18</sup>

Hiervon unbenommen ist der Abschluss einer entsprechend bilateralen oder unter Einbindung des Stromlieferanten trilateralen Vereinbarung zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Netzbetreiber auf eine entsprechende kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von in der KWK-Anlage erzeugten KWK-Strommengen, die die Anforderungen einhält, die nachfolgend unter III. dargestellt sind.

---

<sup>17</sup> Topp, Euroheat & Power 2002, Heft 3, S. 34, 36 f.; Rosin/Elspas, RdE 2002, S. 174, 176; Stevens, et 2002, S. 355, 356; Schultz, in: Danner, Energiewirtschaftsrecht, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, § 4 Rdn. 4; Rosin, in: Büdenbender/Rosin, KWK-AusbauG, § 4 Rdn. 60 f.; Weißborn, in: Nill-Theobald/Weißborn, Neue Entwicklungen zur KWK-Förderung, 2. Auflage, S. 239.

<sup>18</sup> So schon zum EEG AG Oldenburg vom 20. Dezember 2001, Az. E7 C 7312/01 (X), S. 4; bestätigt durch Beschluss des LG Oldenburg vom 24. Mai 2002, Az. 13 S 52/02.

## 5. Umfang des Zuschlagsanspruchs für den kaufmännisch-bilanziell eingespeisten KWK-Strom

Der Zuschlagszahlungsanspruch nach §§ 4, 6 und 7 KWKG 2012 besteht bei KWK-Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, maximal in Höhe der KWK-Nettostromerzeugung. Bei sonstigen KWK-Anlagen besteht der Zuschlagszahlungsanspruch in Höhe des in das Netz eingespeisten KWK-Stroms im Sinne der gesetzlichen Definition.

Gemäß § 3 Abs. 4 KWKG 2012 wird der „KWK-Strom“ definiert als „das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage“. Satz 2 der Regelung legt fest, dass bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom ist. Die Nettostromerzeugung wiederum ist in § 3 Abs. 5 KWKG 2012 definiert als „die an den Generatorklemmen gemessene Stromerzeugung einer Anlage abzüglich des für ihren Betrieb erforderlichen Eigenverbrauchs“.

Der BGH hat nun mit seiner Entscheidung vom 11. April 2018<sup>19</sup> festgestellt, dass im Falle einer Stromerzeugungsanlage ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr die Förderung auf diese KWK-Nettostromerzeugung beschränkt ist. Insoweit macht es keinen Unterschied, dass das Urteil zum EEG 2009 ergangen ist, weil das EEG 2009 für die KWK-Stromberechnung auf § 3 Abs. 4 und 5 des KWKG-Gesetzes in der damaligen Fassung verwiesen hatte. Diese Regelung war gleichlautend zum § 3 Abs. 4 und 5 KWKG 2012.

Ein Abzug des für den Betrieb der KWK-Anlage erforderlichen Eigenverbrauchs hat somit bei KWK-Anlagen ohne Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr in jedem Falle zu erfolgen. Dies gilt unabhängig davon, ob die KWK-Anlage physikalisch oder kaufmännisch-bilanziell<sup>20</sup> die gesamte Brutto-KWK-Stromerzeugung in das Netz einspeist. Dies hat der BGH mit genanntem Urteil vom 11. April 2018 klargestellt („zur Vermeidung gesetzlich unerwünschter, zu Lasten der Letztverbraucher gehender Mitnahmeeffekte“).

Die Zuschlagszahlungspflicht nach §§ 4 und 7 KWKG 2012 ist zudem auf den KWK-Strom beschränkt. Strom, der in das Netz eingespeist wird, aber kein KWK-Strom ist, ist daher nicht zuschlagsfähig.

## II. KWKG 2016

Beim KWKG 2016 muss nach KWK-Anlagen unterschieden werden,

- die der verpflichtenden Direktvermarktung unterliegen, und
- die der verpflichtenden Direktvermarktung und der Ausschreibungspflicht unterliegen.

---

<sup>19</sup> Az. [VIII ZR 197/16](#).

<sup>20</sup> In dem vom BGH entschiedenen Fall handelte es sich um eine kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung der Bruttostromerzeugung der EEG-Anlage.

## **1. Anlagen in der verpflichtenden Direktvermarktung**

Das KWKG 2016 in der gegenwärtigen Fassung differenziert nach

- dem „Zuschlag für KWK-Strom, der in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“ (§ 7 Abs. 1 KWKG 2016) und
- dem „Zuschlag für KWK-Strom, der nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“ (§ 7 Abs. 3 i.V. mit § 6 Abs. 3 KWKG 2016).

Diese Differenzierung gilt gleichermaßen für KWK-Anlagen, die nach § 4 Abs. 1 KWKG 2016 der verpflichtenden Direktvermarktung unterliegen, als auch für solche, die den KWK-Strom nach § 4 Abs. 2 KWKG 2016 auch an den Netzbetreiber verkaufen dürfen.

Die ausdrückliche gesetzliche Befugnis zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von KWK-Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung ist nur in § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 enthalten. Aufgrund der Einleitung dieses Satzes mit „Die kaufmännische Abnahme kann auch verlangt werden, wenn (...)“ ist diese Regelung inhaltlich, aber auch gesetzessystematisch beschränkt auf Fälle, in denen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 KWKG 2016 der KWK-Anlagenbetreiber vom Netzbetreiber die kaufmännische Abnahme des Stroms verlangen darf. Fälle der ausschließlichen „physikalischen Abnahme“ nach § 3 KWKG 2016 sind von dieser Regelung dementsprechend nicht umfasst.

Der korrespondierende § 11 Abs. 2 EEG 2017 ist auch nicht über § 3 Abs. 1 und 2 KWKG 2016 in das KWK-Gesetz einbezogen. Nimmt man alleine § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 als Ausgangspunkt, besteht für KWK-Anlagen, die der verpflichtenden Direktvermarktung nach § 4 Abs. 1 KWKG 2016 unterliegen, keine ausdrückliche gesetzliche Befugnis zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von KWK-Strom an den Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung.

## **2. Anlagen in der verpflichtenden Direktvermarktung und der Ausschreibungspflicht**

§ 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V. mit § 8a KWKG 2016 stellt für die dort genannten Anlagen auch eine Teilnahmepflicht an Ausschreibungsverfahren auf. Ohne einen Zuschlag aus einem solchen Ausschreibungsverfahren besteht keine Fördermöglichkeit der Anlagen nach dem KWK-Gesetz (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 KWKG 2016).

Gemäß § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 muss eine KWK-Anlage für einen Anspruch auf Zuschlagszahlung u.a. gewährleisten, dass 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.

Hierbei ist zu beachten, dass für KWK-Anlagen, die nicht mehr die Förderung nach dem KWKG 2012 erhalten, sondern im Rahmen einer Neuerrichtung oder einer Modernisierung einen Ausschreibungszuschlag nach § 8a KWKG 2016 i.V. mit der KWK-Ausschreibungsverordnung erhalten haben, im Zweifel nicht mehr die bisher über § 35 Abs. 2 bis 5 KWKG 2016 geltenden Vermarktungsformen nach § 4 KWKG 2012 anwendbar sind. Wenn nicht

ausnahmsweise die Anlagen unter die Übergangsregelung des § 35 Abs. 1 KWKG 2016 fallen, müssen die Anlagen ab Geltendmachung der Förderung durch den Ausschreibungszuschlag die Vermarktungsformen nach § 4 Abs. 1 und 2 KWKG 2016 einhalten. § 4 Abs. 2 KWKG 2016 ist jedoch nicht anwendbar, weil die Regelung nur für Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 kW gilt. Demgegenüber unterliegen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 KWKG 2016 folgende KWK-Anlagen der Ausschreibungspflicht:

- neue KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von mehr als 1 bis einschließlich 50 Megawatt oder
- modernisierte KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung von mehr als 1 bis einschließlich 50 Megawatt, wenn die Kosten der Modernisierung mindestens 50 Prozent der Kosten betragen, welche die Neuerrichtung einer KWK-Anlage mit gleicher installierter KWK-Leistung nach aktuellem Stand der Technik gekostet hätte.

Für KWK-Anlagen mit einem Ausschreibungs-Zuschlag sind daher die Vermarktungsformen des § 4 Abs. 1 KWKG 2016 anzuwenden, wenn die Anlage nicht ausnahmsweise der Übergangsregelung von § 35 Abs. 1 KWKG 2016 und damit den Vermarktungsmöglichkeiten von § 4 KWKG 2012 unterfällt.

### **3. Argumente gegen eine erweiterte „kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe“**

Gemäß dem Gesetzeswortlaut von § 4 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 KWKG 2016 besteht für die Betreiber von KWK-Anlagen, die der verpflichtenden Direktvermarktung unterliegen, oder solchen, die zudem noch der Ausschreibungspflicht nach § 8a KWKG 2016 unterliegen, keine ausdrückliche gesetzliche Befugnis für eine kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung. Diese wird nach § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 den Anlagenbetreibern nur im Rahmen der Ankaufspflicht für Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 kW gewährt.

Speist nun eine KWK-Anlage, die über eine Ausschreibung der BNetzA einen Förderzuschlag erhalten hat, KWK-Strom mittelbar in ein Netz ein und wird ein Teil des in der Anlage erzeugten Stroms nicht physikalisch in das Netz eingespeist, sondern vor der Einspeisung entweder vom Anlagenbetreiber oder einem Dritten physikalisch bezogen und verbraucht, kann die Anlage die Vorgabe der Volleinspeisung nach § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 dem Gesetzeswortlaut nach nicht einhalten, wenn man § 4 Abs. 1 KWKG 2016 ausschließlich als Möglichkeit der physikalischen Einspeisung ohne Möglichkeit der kaufmännisch-bilanziellen Einspeisung versteht.

Diese sowie die vorstehend unter Nr. II 1 und 2 zum KWKG 2012 genannten Gründe sprechen dagegen, eine kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung oder Weitergabe von Strom in das Netz, der physikalisch aber außerhalb des Netzes verbraucht wird und dies nach § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 nicht darf, ohne eine entsprechende gesetzliche Anordnung zuzulassen. Insoweit müsste dann eine durch Ausschreibung bezuschlagte Anlage über eine separate Leitung mit dem Netz im Sinne des KWK-Gesetzes verbunden sein, um zu gewährleisten, dass sämtlicher erzeugter Strom im Sinne von § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2016 in das Netz eingespeist wird.

#### **4. Argumente für eine erweiterte „kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe“**

Zum einen ist denkbar, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe an den Netzbetreiber unabhängig von einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe zur „kaufmännischen Abnahme“ (Ankauf) durch den Netzbetreiber nach § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 möglich ist. So formuliert § 11 Abs. 2 EEG 2017 das „Angebot“ des Stroms via kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe als nicht personalisiertes Angebot, d.h. zum Verkauf gleichermaßen an den Netzbetreiber wie an einen Direktvermarkter. § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 hingegen ist dem Wortlaut nach nur anwendbar auf den Fall der kaufmännischen Abnahme durch den Netzbetreiber, d.h. den Fall nach Satz 1 der Regelung. Dann könnte man § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016 als Ausdruck einer Selbstverständlichkeit sehen, dass Strom aus einer KWK-Anlage via kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe an jedweden Ankäufer am Netzverknüpfungspunkt verkauft werden dürfe, unabhängig von der Person des Ankäufers.

In diesem Sinne kann die Nichtanwendbarkeit von § 4 Abs. 2 KWKG auf zur Direktvermarktung nach § 4 Abs. 1 KWKG 2016 verpflichtete KWK-Anlagen letztlich auch nur besagen, dass für die in diesen Anlagen erzeugten KWK-Strommengen keine kaufmännische Abnahme vom Netzbetreiber verlangt werden kann, sondern eine Direktvermarktung oder ein Selbstverbrauch stattfinden muss. Es kann also unter keinen Umständen eine Vergütung der Strommengen zum üblichen Preis (zusätzlich zum Zuschlag) verlangt werden, weder für tatsächlich eingespeiste Strommengen, noch für kaufmännisch bilanziell eingespeiste Strommengen. § 4 Abs. 1 KWKG könnte somit nicht die kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung der erzeugten KWK-Strommengen untersagen, sondern nur die – auch kaufmännisch-bilanzielle – Abnahme durch den Netzbetreiber.

Die Reduktion auf die Vermarktungsform gemäß § 4 Abs. 1 KWKG schliesse nicht aus, dass die gesamte erzeugte KWK-Strommenge direkt vermarktet wird. Nur eine kaufmännische Abnahme desselben Stroms kann dann eben nicht vom Netzbetreiber verlangt werden.

Für eine allgemeine Befugnis zur kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe kann auch sprechen, dass die gesetzliche Zuschlagszahlungspflicht nicht Gegenstand von § 4 KWKG ist, sondern in den §§ 5 ff. KWKG geregelt ist. Die Restriktionen im Rahmen der Zuschlagszahlungspflicht werden in § 6 KWKG und § 8a KWKG geregelt, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 4 KWKG bedarf. Ein KWK-Zuschlag wird gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 bis 4 KWKG auch auf erzeugte KWK-Strommengen von Anlagen > 100 kW gezahlt, die in der Kundenanlage verbleiben (obwohl für diese Anlagengröße nur die Vermarktungsmöglichkeiten des § 4 Abs. 1 KWKG eingeräumt sind). Dies kann dafür sprechen, dass auch die Zuschlagszahlung nach § 8a KWKG unabhängig von § 4 KWKG zu beurteilen ist. Nach dieser Ansicht wäre „KWK-Strom, der in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird,“ nach § 7 Abs. 1 KWKG 2016 auch als „kaufmännisch-bilanziell eingespeister Strom“ zu verstehen. Im Umkehrschluss umfasse „KWK-Strom, der nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“ nach § 6 Abs. 3 i.V. mit § 7 Abs. 3 KWKG 2016 einen nicht in das Netz eingespeisten KWK-Strom dann nicht, wenn dieser kaufmännisch-bilanziell eingespeist worden ist.

Außerdem kommt hinzu, dass § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (erste und zweite Fassung) – unter Rückgriff auf § 4 Abs. 3b KWKG 2009 – eine Verrechnung von Messwerten der KWK-Stromerzeugung, der physikalischen Stromeinspeisung und des physikalischen Strombezugs aus dem Netz sowie der einzelnen Strombezüge innerhalb einer Kundenanlage zuließ. Diese Regelung wurde durch Art. 3 Nr. 3 a) des „Mieterstromgesetzes“<sup>21</sup> wegen Neufassung des § 20 Abs. 1d EnWG aufgehoben (vgl. vorstehend unter B I.3).

Zum anderen ist der Wortlaut des § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2017 nicht eindeutig und beantwortet die Frage nicht, ob die Einspeisung in das Netz der allgemeinen Versorgung physikalisch erfolgen muss oder kaufmännisch-bilanziell erfolgen darf. Der Wortlaut ist daher auslegungsbedürftig.

Einen entscheidenden Hinweis zur Auslegung des § 8a KWKG hat der Gesetzgeber nach dieser Ansicht in der Begründung zu der im Rahmen des KWKG/EEG-Änderungsgesetzes 2016 neu aufgenommenen Verordnungsermächtigung in § 33a Abs. 1 Nr. 2 lit. b) bb) KWKG 2017 gegeben:

*„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“.*<sup>22</sup>

Neben dem gesetzgeberischen Willen wäre die Anerkennung der kaufmännisch-bilanziellen Einspeisung des KWK-Stroms in ein Netz der allgemeinen Versorgung darüber hinaus auch systemkonform und mit dem Sinn und Zweck der gesetzgeberischen Restriktion vereinbar. Deren Leitgedanke ist, dass nur solcher Strom gefördert werden soll, der nicht zum individuellen Vorteil einzelner Anlagenbetreiber bzw. Letztverbraucher durch ersparte Umlagen, Abgaben und Entgelte genutzt wird. Drohende Wettbewerbsverzerrungen, aufgrund derer Anlagen, die in ein Netz der allgemeinen Versorgung oder ein geschlossenes Verteilernetz einspeisen, bei den Ausschreibungen verdrängt werden könnten, sollen damit vermieden werden.<sup>23</sup>

Wird aber der Stromverbrauch innerhalb des geschlossenen Verteilernetzes oder einer Kundenanlage mit allen Abgaben, Umlagen und Entgelten belastet, die anfallen, wenn die KWK-Anlage in das Netz der öffentlichen Versorgung bilanziell einspeist und die von ihr versorgten Verbraucher die entsprechende Menge des Stroms aus dem öffentlichen Netz bilanziell be-

---

<sup>21</sup> „Gesetz zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ vom 17. Juli 2017, BGBl. I S. 2532.

<sup>22</sup> Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zum KWKG/EEG-Änderungsgesetz 2016, BT-Drs. 18/10668, S. 137, Hervorhebung nicht im Original.

<sup>23</sup> Beschlussempfehlung a.a.O., BT-Drs. 18/10668, S. 137.

zieht, dann ist dem gesetzgeberischen Zweck Genüge getan.<sup>24</sup> Im Ergebnis ist hiernach somit eine physische Einspeisung des Stroms in das Netz der allgemeinen Versorgung nicht erforderlich. Den Anforderungen des § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2017 entspricht damit auch die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe des KWK-Stroms in das Netz der allgemeinen Versorgung.

Ein weiteres Argument dafür, dass im Falle einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe der gesamte erzeugte Strom als in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist gilt, ergibt sich nach dieser Ansicht auch aus dem Geiste der Gesetzesbegründung zum EEG 2016<sup>25</sup>:

*„Buchstabe b fasst § 11 Absatz 2 EEG 2016 neu. Wie bisher gilt der Anspruch auf kaufmännische Abnahme nach § 11 Absatz 1 Satz 2 EEG 2016 entsprechend auch für Strom, der kaufmännisch-bilanziell weitergeleitet wird.*

*Darüber hinaus ist nun geregelt, dass dieser Strom dann auch als physikalisch eingespeist gilt, mit allen damit verbundenen Rechtsfolgen. Damit gilt unter anderem das Kumulierungsverbot nach § 19 Absatz 2 Nummer 2 EEG 2016 zwischen EEG-Zahlungsanspruch und Stromsteuerbefreiung auch in Fällen kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe.*

*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.“*

Denn auch in § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2017 wird nicht zweifelsfrei gefordert, dass der Strom unmittelbar in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden muss.

Eine Auslegung des § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2017 ausschließlich anhand des § 4 KWKG 2017 ist darüber hinaus nicht zwingend, da diese Bestimmung nur die kaufmännischen Vermarktungsmöglichkeiten und den Anspruch auf die Vergütung für den kaufmännisch abgenommenen Strom durch den Netzbetreiber regelt (§ 4 Abs. 3 KWKG 2017).

Bei § 8a KWKG 2017 geht es wie bei §§ 5, 6 KWKG 2017 losgelöst davon um den Anspruch auf die Zuschlagszahlung. Eine Auslegung des § 8a Abs. 2 Nr. 2 KWKG 2017 kann daher ggf. auch unter Heranziehung der Regelungen zur Zuschlagszahlung in §§ 5 und 6 KWKG 2017 vorgenommen werden. Auch dort stellt sich die Frage, ob Anlagen, die kaufmännisch-bilanziell in das Netz der allgemeinen Versorgung einspeisen, einen Anspruch auf die hohe Zuschlagszahlung für die nur kaufmännisch-bilanziell und nicht physikalisch in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeiste KWK-Strommenge haben.

§ 6 Abs. 1 KWKG 2017 regelt, dass Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber, mit dessen Netz ihre KWK-Anlage unmittelbar oder mittelbar verbunden ist, einen Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags für KWK-Strom nach Maßgabe der Absätze 1a bis 4 sowie der §§ 7 bis 11 KWKG haben, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Das Wort „mittelbar“ könnte auch so gelesen werden, dass das strenge Erfordernis der physikalischen Einspeisung – daher unmittelbare Einspeisung – aufgelockert und die für die Eigenversorgung erforderliche „kaufmännische Abnahme“ (§ 4 Abs. 2 und 3) ermöglicht werden soll. Das Tatbe-

---

<sup>24</sup> Vgl. auch insoweit Beschlussempfehlung a.a.O., BT-Drs. 18/10668, S. 137.

<sup>25</sup> BT/Drs. 18/8860 vom 21.06.2016, S. 190.

standsmerkmal „mittelbar“ muss deshalb keine eigenständige Bedeutung haben. Es kann dabei helfen, den zuständigen Netzbetreiber zu identifizieren; es ist derjenige, bei dem sonst unmittelbar eingespeist würde.<sup>26</sup>

Bei den kaufmännisch-bilanziell eingespeisten Strommengen kann es sich hiernach um nicht physikalisch, aber „mittelbar“ in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeiste Strommengen handeln.

Der Betreiber einer Anlage bis zu 100 kW kann sich hiernach also entscheiden, ob er 100 Prozent des erzeugten Stroms in das Netz der allgemeinen Versorgung einspeisen möchte (wobei ein Teil dieser Strommenge auch physikalisch selbst verbraucht oder an Dritte geliefert sein und per kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist sein kann), oder ob er nur den Zuschlag für nicht in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strom begehrt und dann von außen keinen Ersatzstrom beziehen muss.

Unklar bleibt nach dieser Ansicht, warum die kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von Strommengen in das Netz der allgemeinen Versorgung nur möglich sein soll für Anlagen bis zu 100 kW, nicht aber für Anlagen > 100 kW, die nur die Zuschlagszahlung für in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strom, nicht aber die kaufmännische Vergütung im Sinne des § 4 KWKG 2017 durch den Netzbetreiber begehren. Denn diese Anlagen müssten bei einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe der erzeugten Strommengen in das Netz der allgemeinen Versorgung trotz physikalischer Lieferung an Letztverbraucher in der Kundenanlage den dann fiktiv zu beziehenden Ersatzstrom in voller Höhe inklusive Netznutzungsentgelte und Umlagen zahlen.

Für eine allgemeine Anwendung des Prinzips der „kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe“ kann nach dieser Ansicht letztlich auch die Rechtsprechung des Kartellsenats des BGH herangezogen werden. Der Kartellsenat hat mit Beschluss vom 13. Dezember 2016<sup>27</sup> festgestellt, dass die Betrachtung nach der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe bei EEG-Einspeisungen nach § 17 StromNEV auch für § 19 Abs. 2 StromNEV im Falle von EEG-Anlagen (hier: Biomasseanlage) gelte. Dies hat der Kartellsenat mit Beschluss vom 15. Mai 2017 im Verfahren EnVR 40/15<sup>28</sup>, ebenfalls für eine Biomasseanlage wiederholt. Im Beschluss vom gleichen Tage hat der Kartellsenat im Verfahren EnVR 39/15<sup>29</sup> festgestellt, dass dies auch auf eine Einspeisung aus einer konventionellen Stromerzeugungsanlage („Heizkraftwerk“) übertragen werden könne. Auch hier könne zur Bemessung individueller Netzentgelte eine kaufmännisch-bilanzielle Volleinspeisung angenommen werden. Hieran hat sich dann die BNetzA mit Beschluss vom 29. November 2017<sup>30</sup> angeschlossen. Eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe sei auch im Rahmen von § 19 Abs. 2 StromNEV zulässig, wobei die BNetzA nicht nach bestimmten Stromerzeugungsanlagen differenziert.

---

<sup>26</sup> Vgl. Topp in Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 5, KWKG, 4. Auflage, 2017/2018, § 6 Rdn. 62.

<sup>27</sup> Az. EnVR 38/15, Rdn 11 ff.

<sup>28</sup> Rdn. 13 f.

<sup>29</sup> Rdn. 13.

<sup>30</sup> Az. [BK4-13-739A02](#).

## 5. Ergebnis

Nach Ansicht des BDEW darf jedenfalls in folgenden Fällen nach dem KWKG 2016 eine Verrechnung von Erzeugungsmesswerten bzw. sonstigen Messwerten von dem Netz nachgelagerten Messstellen erfolgen, da dies entweder nach dem Gesetzeswortlaut oder der Gesetzesbegründung zugelassen ist:

- im Falle einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nach § 4 Abs. 2 Satz 2 KWKG 2016,
- im Falle von § 14 Abs. 2 KWKG 2016 (erste und zweite Fassung) bzw. § 20 Abs. 1d EnWG (aktuelle Fassung),
- im Falle einer Einspeisung einer KWK-Anlage, die nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V. mit § 8a KWKG 2016 einen Ausschreibungszuschlag erhalten hat.

In allen anderen Fällen sprechen nach Ansicht des BDEW bessere Gründe dafür, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von virtuell eingespeistem, physikalisch aber außerhalb des Netzes verbrauchtem KWK-Strom aus KWK-Anlagen nicht auf Basis des KWKG 2016 zulässig ist. Hier kommt wie nach vorstehender Nr. I. 4 der Grundsatz zum Tragen, dass zumindest der 8. Zivilsenat des BGH die Vergütungspflicht des Netzbetreibers im Falle der Einspeisevergütung an den physikalisch eingespeisten Strom bindet, und nur in Fällen der Zulässigkeit einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe oder Durchleitung auch den nur virtuell eingespeisten Strom dieser Vergütungspflicht unterwirft. Auch im Falle der Direktvermarktung nach § 4 Abs. 1 KWKG 2016 differenziert die Zuschlagszahlungspflicht nach § 6 Abs. 1 und 3 i.V. mit § 7 Abs. 1 und 3 KWKG 2016 ausdrücklich zwischen in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeistem und nicht eingespeistem KWK-Strom.

Die Entscheidungen des Kartellsenats des BGH, wonach im Rahmen von § 19 Abs. 2 StromNEV auch kaufmännisch-bilanzielle Einspeisungen berücksichtigt werden könnten, sind nach Ansicht des BDEW zu § 19 Abs. 2 StromNEV ergangen und wegen abweichendem Gesetzeswortlaut nicht auf §§ 6 und 7 KWKG 2016 übertragbar. Der KWKG-Gesetzeswortlaut spricht von „KWK-Strom, der in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“, und „KWK-Strom, der nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird“. Dies nimmt nach Ansicht des BDEW Bezug auf die physikalische Einspeisung, was nicht zuletzt dadurch gestützt wird, dass die Zuschlagshöhen zwischen den beiden Strommengen aufgrund der entgelt- und umlagebedingten Vorteile von dezentralem Stromverbrauch differenzieren.<sup>31</sup> Insoweit ist zu beachten, dass sich der 8. Zivilsenat in seiner vorstehend genannten Rechtsprechung zu denjenigen Fällen, bei denen das EEG oder KWKG nach eingespeistem und nicht eingespeistem Strom differenziert, an einer physikalischen Einspeisung orientiert.

Die in der Begründung zur Verordnungsermächtigung nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 KWKG 2016 genannte Befugnis zur kaufmännisch-bilanziellen Einspeisung bei KWK-Anlagen nach § 8a KWKG 2016 ist zwar letztlich nicht in der Verordnung selber umgesetzt worden. Die Verordnung regelt nur die Gleichstellung der Einspeisung in ein geschlossenes Verteilnetz mit der Einspeisung in ein Netz der allgemeinen Versorgung.<sup>32</sup> Allerdings ist die Passage insoweit

---

<sup>31</sup> BT-Drs. 18/6419, S. 43.

<sup>32</sup> § 19 Abs. 3 Satz 3 und 4 KWKAusV.

feststellender Natur: „Dabei ist auch eine kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung möglich.“

Anders als die Gleichstellung von in ein geschlossenes Verteilnetz eingespeisten Strommengen mit denen, die in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden, musste diese Befugnis daher nicht zwingend in der Verordnung selber umgesetzt werden, sondern konnte auch eine Rechtsansicht des Gesetzgebers darstellen, die bereits innerhalb von § 8a KWKG 2016 unmittelbar anzuwenden ist. Dies rechtfertigt es dann, für KWK-Anlagen nach § 8a KWKG 2016 zur Abwendung der Rechtsfolgen nach § 8a Abs. 2 KWKG 2016 i.V. mit § 19 Abs. 3 KWKAusV die Befugnis einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe/Einspeisung einzuräumen.

Hiervon unbenommen ist der Abschluss einer entsprechend bilateralen oder unter Einbindung des Stromlieferanten trilateralen Vereinbarung zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Netzbetreiber auf kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von in der KWK-Anlage erzeugten KWK-Strommengen, die die Anforderungen einhält, die nachfolgend unter III. dargestellt sind.

## **6. Umfang des Zuschlagsanspruchs für den kaufmännisch-bilanziell eingespeisten KWK-Strom**

Der Zuschlagszahlungsanspruch ist wie vorstehend unter Nr. I. 5 dargestellt auch für das KWKG 2016 beschränkt auf die KWK-Nettostromerzeugung, wenn die KWK-Anlage nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügt.

§ 2 Nr. 16 KWKG 2016 definiert den „KWK-Strom“ als „das rechnerische Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage“. Der zweite Teilsatz der Regelung stellt klar, dass „bei Anlagen, die nicht über Vorrichtungen zur Abwärmeabfuhr verfügen, (...) die gesamte Nettostromerzeugung KWK-Strom“ ist. Die Rechtslage entspricht daher vollständig derjenigen nach § 3 Abs. 4 und 5 KWKG 2012.

Dementsprechend ist auch im Rahmen des KWK-Gesetzes 2016 das BGH-Urteil vom 11. April 2018<sup>33</sup> anzuwenden, wonach in diesem Falle die Förderung auf diese KWK-Nettostromerzeugung beschränkt ist. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen unter B I. 5 verwiesen.

Auch nach §§ 4, 6 bis 8 KWKG 2016 ist die Zuschlagszahlungspflicht auf den KWK-Strom beschränkt. Daher ist Strom, der in das Netz eingespeist wird, aber kein KWK-Strom ist, auch nach dem KWKG 2016 nicht zuschlagsfähig.

## **III. Folgen der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von erzeugten KWK-Strommengen in das Netz**

Unabhängig von der konkreten Gesetzesfassung hat eine kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von KWK-Strom an den Netzbetreiber bzw. an einen Direktvermarkter aber auch weitergehende Folgen:

---

<sup>33</sup> Az. [VIII ZR 197/16](#).

Gibt ein KWK-Anlagenbetreiber erzeugte KWK-Strommengen via kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe an einen Direktvermarkter oder an den Netzbetreiber weiter, muss er im gleichen Umfang wie diese virtuelle Einspeisung Strommengen virtuell aus dem Netz entnehmen. Dies ergibt sich zum einen aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 4 KWKG 2016:<sup>34</sup>

*„Dabei ist maßgeblich, dass der entsprechende Betreiber im gleichen Umfang Strom aus dem Netz erwirbt oder Strom aus anderen in der Kundenanlage befindlichen Stromerzeugungsanlagen tatsächlich in das Netz eingespeist wird und der Betreiber somit über einen geschlossenen Bilanzkreis verfügt.“*

Zum anderen entspricht dies auch der Rechtsprechung zur „kaufmännisch-bilanziellen Durchleitung“ bzw. „kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe“ im Rahmen des EEG. Dies bedeutet,

- dass für den kaufmännisch-bilanziell in das Netz eingespeisten Strom, der aber vor Einspeisung in das Netz physikalisch verbraucht wird, „Ersatzstrom“ aus dem Netz bezogen werden muss und dieser Ersatzstrom im Zweifel vom Anlagenbetreiber entsprechend eingekauft werden muss,<sup>35</sup>
- dass auf diesen Ersatzstrom diejenigen Steuern, Abgaben und Umlagen gezahlt werden müssen, wie für Strom, der nicht als Ersatzstrom aus dem Netz bezogen wird,<sup>36</sup> und
- dass auf die Erzeugungsmesswerte entsprechende Abschläge vorgenommen werden müssen, um den kaufmännisch-bilanziell in das Netz eingespeisten Strom abzubilden, wenn der Strom über eine Umspannung in das Netz eingespeist wird, die der Sphäre des Anlagenbetreibers zuzurechnen ist.<sup>37</sup>

### **Ansprechpartner:**

Christoph Weißenborn  
Abteilung Recht  
Telefon: +49 30 300199-1514  
[christoph.weissenborn@bdew.de](mailto:christoph.weissenborn@bdew.de)

---

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/6419, S. 41.

<sup>35</sup> So grundlegend zum EEG: BGH, Urteil vom 28. März 2007, Az. [VIII ZR 42/06](#).

<sup>36</sup> So grundlegend zum EEG: BGH, Beschluss vom 27. März 2012, Az. [EnVR 8/11](#); Beschluss vom 12. Juli 2013, Az. [EnZR 73/12](#), Rdn. 6 und 8; mittlerweile ist bei den nicht physikalisch bezogenen „Ersatzstrommengen“ auch die Stromsteuer nicht mehr ausgenommen, vgl. BMF-Erlass vom 6. Januar 2017, Az. III B 3 – V 4201/16/190001; der vorangegangene Erlass vom 19. Februar 2002, Az. III A 1-V 4201-1/02, gilt insoweit nicht mehr.

<sup>37</sup> So grundlegend zum EEG: BGH, Urteil vom 28. März 2007, Az. VIII ZR 42/06.