

# Berliner Kommentar zum Energierecht

5., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2021

Band 7:

KWKG – Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2020  
KWKAusV – KWK-Ausschreibungsverordnung

Herausgeber:

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker,  
Berlin

und

Dr. Thomas Tobias Hennig, LL.M.,  
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

Bearbeitet von:

Dr. Norman Fricke; Marc Goldberg; Dr. Thomas Tobias Hennig, LL.M.; Ulf Jacobshagen;  
Michael Hermann Küper; Gerhard Locher; Dr. Sebastian Lovens-Cronemeyer, LL.M.;  
Dr. Kristina Lührig; Peter Mussaeus; Constanze Isabelle Neumann; Dr. Julia Schlichting;  
Dr. Paul Steinbach; Matthias Stephan

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

## **§ 6 Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen**

(1) <sup>1</sup>Betreiber von neuen, modernisierten oder nachgerüsteten KWK-Anlagen haben 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 dieses Gesetzes sowie der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen, wenn

**1. die Anlagen**

- a) bis zum 31. Dezember 2026 in Dauerbetrieb genommen wurden,
- b) über einen in einem Zuschlagsverfahren nach § 11 der KWK-Ausschreibungsverordnung erteilten Zuschlag verfügen, der nicht nach § 16 der KWK-Ausschreibungsverordnung entwertet wurde, oder
- c) nach dem 31. Dezember 2026, aber vor dem 1. Januar 2030 in Dauerbetrieb genommen worden sind,

**2. die Anlagen Strom auf Basis von Abfall, Abwärme, Biomasse, gasförmigen oder flüssigen Brennstoffen gewinnen,**

**3. die Anlagen hocheffizient sind,**

**4. die Anlagen keine bestehende Fernwärmeversorgung aus KWK-Anlagen verdrängen,**

**5. die Anlagen die Anforderungen nach § 9 Absatz 1, 1a oder 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes erfüllen, und**

**6. eine Zulassung von dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle erteilt wurde.**

<sup>2</sup>Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a und c ist nicht für KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 50 Megawatt anzuwenden, soweit im Rahmen der Evaluierung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes im Jahre 2022 festgestellt werden sollte, dass von diesen Anlagen unter den geltenden Förderbedingungen kein die Förderung rechtfertigender Nutzen für die Erreichung der Ziele nach § 1 Absatz 1 für den Zeitraum nach dem 31. Dezember 2025 mehr ausgehen und der Bundestag insoweit mit Wirkung zum 1. Januar 2026 Änderungen an den Förderbedingungen für diese Anlagen beschließen sollte. <sup>3</sup>Die Bundesregierung wird dem Bundestag rechtzeitig einen Vorschlag unterbreiten, unter welchen Voraussetzungen eine Förderung dieser Anlagen für den Zeitraum nach dem 31. Dezember 2025 fortgeführt werden sollte.

(1a) <sup>1</sup>Ein Anspruch nach Absatz 1 besteht für KWK-Strom aus modernisierten Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen auch dann, wenn die Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen

**1. abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und § 1 Absatz 2 Nummer 2 teilweise auch KWK-Strom auf Basis von festen Brennstoffen gewinnen und**

**2. über Vorrichtungen zur Messung und Bilanzierung der erzeugten Dampfmen gen nach aktuellem Stand der Technik verfügen.**

<sup>2</sup>In den Fällen des Satzes 1 besteht der Anspruch auf Zahlung des Zuschlages ausschließlich für KWK-Strom, der auf Basis von Abfall, Abwärme, Biomasse, gasför-

**§ 6** Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen

migen und flüssigen Brennstoffen gewonnen wurde; die Abgrenzung dieses Stroms gegenüber anderem KWK-Strom, der in der Anlage erzeugt wird, hat gemäß den allgemeinen Regeln der Technik zu erfolgen.

(2) <sup>1</sup>Eine Verdrängung von Fernwärmeversorgung nach Absatz 1 Nummer 4 liegt nicht vor, wenn

1. der Umfang der Wärmeeinspeisung aus KWK-Anlagen nicht den Anforderungen nach § 18 Absatz 1 Nummer 2 oder Absatz 2 entspricht oder
2. eine bestehende KWK-Anlage vom selben Betreiber oder im Einvernehmen mit diesem durch eine oder mehrere neue KWK-Anlagen ersetzt wird, wobei die bestehende KWK-Anlage nicht stillgelegt werden muss.

<sup>2</sup>Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle kann den Betreiber der bestehenden KWK-Anlage zur Stellungnahme über das Einvernehmen nach Satz 1 Nummer 2 auffordern. <sup>3</sup>Geht dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle innerhalb von einem Monat nach Zugang der Aufforderung keine Stellungnahme zu, gilt das Einvernehmen als erteilt. <sup>4</sup>Eine Anlage, für die ein Vorbescheid nach § 12 erteilt wurde, steht einer bestehenden Fernwärmeversorgung nicht gleich.

(3) <sup>1</sup>Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags für KWK-Strom, der nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird, besteht nur bei KWK-Anlagen im Sinn des § 5 Absatz 1 Nummer 1,

1. die über eine elektrische KWK-Leistung von bis zu 100 Kilowatt verfügen,
2. die KWK-Strom an Letztverbraucher in einer Kundenanlage oder in einem geschlossenen Verteilernetz liefern, soweit für diesen KWK-Strom die volle EEG-Umlage entrichtet wird,
3. die in stromkostenintensiven Unternehmen eingesetzt werden und deren KWK-Strom von diesen Unternehmen selbst verbraucht wird oder
4. deren Betreiber ein Unternehmen ist, das einer Branche nach Anlage 4 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zuzuordnen ist, sobald eine Verordnung nach § 33 Absatz 2 Nummer 1 erlassen wurde.

<sup>2</sup>Für den Einsatz der KWK-Anlagen in stromkostenintensiven Unternehmen nach Satz 1 Nummer 3 ist maßgeblich, dass die KWK-Anlage zu einer Abnahmestelle gehört, an der das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle die EEG-Umlage für Strom, der selbst verbraucht wird, begrenzt hat. <sup>3</sup>Stromkostenintensive Unternehmen im Sinn des Satzes 1 Nummer 3 sind auch solche Unternehmen, für die das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle abnahmestellenbezogen die EEG-Umlage für Strom, der selbst verbraucht wird, nach § 63 Nummer 1 in Verbindung mit § 103 Absatz 3 oder Absatz 4 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes für das jeweilige Kalenderjahr begrenzt hat.

(4) <sup>1</sup>Mit dem Zuschlag zahlt der Netzbetreiber zusätzlich das Entgelt für die dezentrale Einspeisung nach § 18 der Stromnetzentgeltverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2225), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 4 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2498) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung an den Betreiber der KWK-Anlage. <sup>2</sup>Dies ist nicht für KWK-Anlagen nach § 5 Absatz 1 Nummer 2 und innovative KWK-Systeme nach § 5 Absatz 2 anzuwenden.

## I. Überblick, Normzweck und Entstehungsgeschichte § 6

**Schrifttum:** *Brahms*, Die Novelle des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes 2016, ER 2015, 223; *Büdenbender*, Das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2016, REE 2016, 1.

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Überblick, Normzweck und Entstehungsgeschichte. . . . .	1	f) Evaluierung. . . . .	59
II. Anlagenbezogene Voraussetzungen der Förderung von KWK-Anlagen (Abs. 1) . . . . .	12	7. Technische Voraussetzungen für das Einspeisemanagement (Abs. 1 S. 1 Nr. 5) . . . . .	60
1. Neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlage (Abs. 1 S. 1). . . . .	13	8. Zulassung durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Prüfungsumfang und Verantwortlichkeiten (Abs. 1 S. 1 Nr. 6). . . . .	65
2. Unmittelbarer oder mittelbarer Netzanschluss (Abs. 1 S. 1) . . . . .	18	III. Strombezogene Voraussetzungen der Förderung von KWK-Anlagen (Abs. 1, 1a, 3) . . . . .	74
3. Zeitpunkt der Aufnahme des Dauerbetriebs (Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 1 S. 2 und 3) . . . . .	19	1. Strombezogene Voraussetzungen der Förderung von KWK-Anlagen bei Einspeisung in ein Netz der allgemeinen Versorgung (Abs. 1 S. 1 i.V.m. §§ 7 bis 11, Abs. 1a) . . . . .	74
4. Förderfähiger Primärenergieträger (Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 1a) . . . . .	26	a) Förderfähige Primärenergieträger . . . . .	26
a) Förderfähige Primärenergieträger . . . . .	26	b) Ausnahme für Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen (Abs. 1a) . . . . .	30
b) Ausnahme für Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen (Abs. 1a) . . . . .	30	5. Hocheffizienz (Abs. 1 S. 1 Nr. 3) . . . . .	35
5. Hocheffizienz (Abs. 1 S. 1 Nr. 3) . . . . .	35	6. Keine Verdrängung bestehender Fernwärme (Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 2) . . . . .	36
6. Keine Verdrängung bestehender Fernwärme (Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 2) . . . . .	36	a) Gesetzeshistorie . . . . .	37
a) Gesetzeshistorie . . . . .	37	b) Sinn und Zweck. . . . .	38
b) Sinn und Zweck. . . . .	38	c) Bestehende Fernwärmeversorgung. . . . .	41
c) Bestehende Fernwärmeversorgung. . . . .	41	d) Verdrängung . . . . .	48
d) Verdrängung . . . . .	48	e) Ausnahmen vom Fernwärmeverdrängungsverbot (Abs. 2 S. 1). . . . .	49
e) Ausnahmen vom Fernwärmeverdrängungsverbot (Abs. 2 S. 1). . . . .	49	aa) Umfang der Wärmeeinspeisung entspricht nicht § 18 (Abs. 2 S. 1 Nr. 1) . . . . .	50
aa) Umfang der Wärmeeinspeisung entspricht nicht § 18 (Abs. 2 S. 1 Nr. 1) . . . . .	50	bb) „Ersetzung“ durch den Betreiber (Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1) . . . . .	53
bb) „Ersetzung“ durch den Betreiber (Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1) . . . . .	53	cc) „Ersetzung“ im Einvernehmen mit dem Betreiber (Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 S. 2, 3). . . . .	54
cc) „Ersetzung“ im Einvernehmen mit dem Betreiber (Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 S. 2, 3). . . . .	54	dd) Keine weiteren Ausnahmen vom Fernwärmeverdrängungsverbot . . . . .	57
dd) Keine weiteren Ausnahmen vom Fernwärmeverdrängungsverbot . . . . .	57	IV. Auszahlung vermiedener Netzentgelte (Abs. 4) . . . . .	91

## I. Überblick, Normzweck und Entstehungsgeschichte

§ 6 regelt in den Abs. 1 bis 3 die Anspruchsvoraussetzungen für den Zuschlag für KWK-Strom von neuen, modernisierten oder nachgerüsteten KWK-Anlagen. In Abs. 4 wird da-

## § 6 Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen

rüber hinaus ein Anspruch auf das Entgelt für dezentrale Einspeisung nach § 18 Strom-NEV begründet.

- 2 Während Abs. 1 die allgemeinen anlagenbezogenen Anspruchsvoraussetzungen festlegt, die KWK-Anlagen für eine Zuschlagszahlung erfüllen müssen, werden in den Abs. 1a bis 3 verschiedene Ausnahmen von diesen Anforderungen sowie weitergehende strombezogene Anforderungen für Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen (Abs. 1a), für das Fernwärmeverdrängungsverbot (Abs. 2) und für KWK-Anlagen, die den von ihnen erzeugten KWK-Strom teilweise oder vollständig nicht in ein Netz der allgemeinen Versorgung einspeisen (Abs. 3), statuiert.
- 3 § 6 verfolgt das übergeordnete **Ziel**, nur solche KWK-Anlagen durch eine Belastung der Umlageschuldner zu fördern, von denen ein volkswirtschaftlicher Nutzen ausgeht und die sich in das energiepolitische Gesamtkonzept der zunehmenden Dekarbonisierung und Flexibilisierung der Energieerzeugung einfügen.
- 4 Bereits das **KWK-Vorschaltgesetz**<sup>1</sup> enthielt in dessen § 2 einzelne, rudimentär normierte Anforderungen für die Vergütung von KWK-Anlagen, insbesondere im Hinblick auf die förderfähigen Primärenergieträger und die erforderliche KWK-Leistung. Mit dem **KWKG 2002**<sup>2</sup> wurde sodann in dessen § 5 unter der Überschrift „*Kategorien der zuschlagsberechtigten KWK-Anlagen*“ ein Vorläufer des heutigen § 6 eingeführt, der für neue KWK-Anlagen schon ein Fernwärmeverdrängungsverbot (zur Gesetzeshistorie des Fernwärmeverdrängungsverbots s. a. unter → Rn. 37) vorsah und für modernisierte, sogenannte neue Bestandsanlagen bereits ein Inbetriebnahmedatum formulierte, bis zu dem eine Förderung erfolgen sollte. Eine zentrale Norm, die die anlagenbezogenen Voraussetzungen normierte, gab es nicht. So ergaben sich etwa die förderfähigen Primärenergieträger aus § 2 KWKG 2002.
- 5 Mit dem **KWKG 2009**<sup>3</sup> wurde sodann erstmals die Anforderung der Hocheffizienz für neue und bestehende KWK-Anlagen und mit § 5 Abs. 2 S. 3 KWKG 2009 der Vorläufer der heutigen Ausnahme vom Fernwärmeverdrängungsverbot in Abs. 2 S. 1 Nr. 2 normiert. In § 2 KWKG 2009 wurden zudem die förderfähigen Primärenergieträger um die Abwärme ergänzt.
- 6 Mit dem **KWKG 2012**<sup>4</sup> wurde § 5 neu gefasst und erstmals ein Datum formuliert, bis zu dem KWK-Anlagen für eine Zuschlagszahlung den Dauerbetrieb aufgenommen haben müssen (zuvor gab es eine solche Beschränkung nur für modernisierte Bestandsanlagen, vgl. § 5 KWKG 2009). Zudem wurde das Fernwärmeverdrängungsverbot um eine weitere Ausnahme, den Vorläufer der heutigen Regelung in Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ergänzt.
- 7 Mit dem **KWKG 2016**<sup>5</sup> wurde die bisherige Regelung des § 5 KWKG 2012 in § 6 neugefasst und erhielt im Wesentlichen ihre heutige Struktur. Dabei wurden Braun- und Steinkohle als förderfähige Primärenergieträger ausgeschlossen, der Nachweis über das Erfüllen der Anforderungen zur Steuerbarkeit nach § 9 EEG ergänzt und das Fernwärmeverdrängungsverbot um das heutige Konsultationsverfahren nach Abs. 2 S. 2 und 3 sowie die

1 BGBl. I 2000, S. 703.

2 BGBl. I 2002, S. 1092.

3 BGBl. I 2008, S. 2101.

4 BGBl. I 2012, S. 1494.

5 BGBl. I 2015, S. 2498.

## II. Anlagenbezogene Voraussetzungen der Förderung von KWK-Anlagen (Abs. 1) § 6

Vorbescheidsregelung nach Abs. 2 S. 4 ergänzt. Zudem wurden die heute in Abs. 3 normierten Ausnahmen von dem Erfordernis der Einspeisung in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingeführt.

Durch das Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung (**KWKG 2017**)<sup>6</sup> erfolgten lediglich redaktionelle Anpassungen. So wurde die bislang benannte „zuständige Stelle“ durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle ersetzt, da durch die Einführung der Ausschreibungen neben dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle seither auch die Bundesnetzagentur über Zuständigkeiten im KWKG verfügt. Zudem wurde in Abs. 3 ergänzend klargestellt, dass die Regelungen des Abs. 3 nur KWK-Anlagen im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 betreffen. 8

Mit dem **Energiesammelgesetz**<sup>7</sup> wurde die Frist, bis zu der für eine Förderung nach dem KWKG die Aufnahme des Dauerbetriebs erfolgen muss, auf den 31.12.2025 verlängert. Da die Verlängerung unter beihilferechtlichen Vorbehalt gestellt werden musste, erfolgte, wie auch derzeit in Abs. 1 S. 1 Nr. 1, eine differenzierte Inbetriebnahmeregelung. Gleichzeitig wurde aufgrund der Änderung des Begriffs der KWK-Anlage zugunsten eines weiten Anlagenbegriffs durch das KWKG 2017 die Ausnahme von den förderfähigen Brennstoffen für Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen in Abs. 1a eingeführt. 9

Mit dem **Kohleausstiegsgesetz**<sup>8</sup> wurde die Frist, bis zu der für eine Förderung nach dem KWKG die Aufnahme des Dauerbetriebs erfolgen muss, auf den 31.12.2029 verlängert und zugleich die Regelung in Abs. 1 S. 2 eingefügt, wonach die verlängerte Frist für die Aufnahme des Dauerbetriebs von KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 50 Megawatt über das Jahr 2025 hinaus nur gilt, soweit im Rahmen der Evaluierung im Jahr 2022 festgestellt werden sollte, dass von diesen Anlagen weiterhin ein die Förderung rechtfertigender Nutzen ausgeht. 10

Mit dem **EEG 2021**<sup>9</sup> wurde schließlich in Abs. 1 S. 1 Nr. 5 die Schwelle zum Nachweis über das Erfüllen der Anforderungen zur Steuerbarkeit nach § 9 EEG von bislang 100 auf 1 Kilowatt abgesenkt und die Frist, bis zu der für eine Förderung nach dem KWKG die Aufnahme des Dauerbetriebs erfolgen muss, erneut differenziert ausgestaltet. Zudem wurde der untere Schwellenwert in § 5 Abs. 1 Nr. 1 von 1 MW auf 500 kW der elektrischen Leistung abgesenkt. Aufgrund des Verweises in § 6 Abs. 1 und Abs. 3 auf § 5 Abs. 1 Nr. 1 wirkt sich die Absenkung des unteren Schwellenwertes auch unmittelbar im Anwendungsbereich des § 6 aus. 11

## II. Anlagenbezogene Voraussetzungen der Förderung von KWK-Anlagen (Abs. 1)

Nach § 6 Abs. 1 haben Betreiber von neuen, modernisierten oder nachgerüsteten KWK-Anlagen einen Anspruch auf Zuschlagszahlung für KWK-Strom nach Maßgabe dieses Gesetzes, wenn die Anlagen bis zu einem bestimmten Datum den Dauerbetrieb aufgenommen haben (Abs. 1 S. 1 Nr. 1), Strom auf Basis bestimmter Primärenergieträger gewinnen 12

6 BGBl. I 2016, S. 3106.

7 BGBl. I 2018, S. 2549.

8 BGBl. I 2020, S. 1818.

9 BGBl. I 2020, S. 3138.

## § 6 Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen

(Abs. 1 S. 1 Nr. 2), hocheffizient sind (Abs. 1 S. 1 Nr. 3), keine bestehende Fernwärmeversorgung verdrängen (Abs. 1 S. 1 Nr. 4), die Anforderungen an die Steuerbarkeit nach § 9 EEG 2021 erfüllen (Abs. 1 S. 1 Nr. 5) und eine Zulassung erteilt wurde (Abs. 1 S. 1 Nr. 6).

### 1. Neue, modernisierte oder nachgerüstet KWK-Anlage (Abs. 1 S. 1)

- 13 Voraussetzungen für einen Anspruch auf Zuschlagszahlung ist zunächst, dass es sich um eine **neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlage** handelt.
- 14 Der **Begriff der KWK-Anlage** wird in § 2 Nr. 14, der **Begriff der neuen KWK-Anlage** in § 2 Nr. 25, der **Begriff der modernisierten KWK-Anlage** in § 2 Nr. 18 und der **Begriff der nachgerüsteten KWK-Anlage** in § 2 Nr. 19 legaldefiniert. Auf die entsprechende Kommentierung wird an dieser Stelle verwiesen. Für einen Anspruch auf Zuschlagszahlung müssen die jeweiligen Voraussetzungen dieser Begriffsbestimmungen neben den weitergehenden Voraussetzungen des § 6 erfüllt sein.
- 15 Anders als die Vorgängerfassung sieht § 6 Abs. 1 S. 1 seit der Neufassung durch das Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht nicht mehr vor, dass es sich um eine KWK-Anlage im Sinn des § 5 Abs. 1 Nr. 1, und damit um KWK-Anlagen außerhalb des Ausschreibungssegments mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 500 Kilowatt oder mehr als 50 Megawatt handeln muss.
- 16 In der Sache ist damit indes keine Rechtsänderung verbunden, denn bereits nach früherer Rechtslage galt § 6 durch entsprechende Verweise in § 8a Abs. 2 Nr. 3, § 8b Abs. 3 i. V. m. § 8a Abs. 2 Nr. 3 und § 24 Abs. 1 lit. c KWKAusV auch für den Anspruch auf Zuschlagszahlungen von KWK-Anlagen und KWK-Anlagen in innovativen KWK-Systemen in der Ausschreibung und damit neuen oder modernisierten KWK-Anlagen im Sinn des § 5 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 mit einer elektrischen Leistung von mehr als 500 Kilowatt bis einschließlich 50 Megawatt.
- 17 Keine Anwendung finden die anlagenbezogenen Zulassungsvoraussetzungen des § 6 demgegenüber auf **bestehende KWK-Anlagen** nach § 13 KWKG. § 13 normiert in seinem Abs. 1 eigene anlagenbezogene Anspruchsvoraussetzungen, die die allgemeinen anlagenbezogenen Anspruchsvoraussetzungen in § 6 als *lex specialis* verdrängen.

### 2. Unmittelbarer oder mittelbarer Netzanschluss (Abs. 1 S. 1)

- 18 Nach § 6 Abs. 1 S. 1 muss die KWK-Anlage zudem unmittelbar oder mittelbar an ein Netz angeschlossen sein.<sup>10</sup> Der **Begriff des Netzes** wird anders als der Begriff des Netzes der allgemeinen Versorgung (vgl. § 2 Nr. 22) im KWKG nicht definiert. Legaldefiniert wird in § 2 Nr. 21 indes der Begriff des Netzbetreibers als der Betreiber von Stromnetzen aller Spannungsebenen für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität oder geschlossenen Verteilernetzen nach § 110 EnWG. Da ein **mittelbarer Netzanschluss** genügt, braucht die KWK-Anlage selbst weder an ein Netz der allgemeinen Versorgung noch an ein geschlossenes Verteilernetz nach § 110 EnWG angeschlossen zu sein. Ausreichend ist, wenn die KWK-Anlagen über eine **Kundenanlage** mittelbar mit einem solchen Netz verbunden ist.

<sup>10</sup> Assmann/Peiffer/Peiffer, § 6 KWKG Rn. 10; Brahms, ER 2015, 223, 225; LG Oldenburg, Urt. v. 12.9.2014, 4 O 2536/13, Rn. 15 (zitiert nach Juris).

## II. Anlagenbezogene Voraussetzungen der Förderung von KWK-Anlagen (Abs. 1) § 6

Reine **Inselanlagen** erfüllen die Anforderung indes nicht.<sup>11</sup> Die Anforderung des Netzan schlusses als anlagenbezogene Anspruchsvoraussetzung ist zu trennen von der Frage, ob und in welches Netz der von der KWK-Anlage erzeugte Strom für eine Förderung nach dem KWKG eingespeist werden muss (strombezogene Anspruchsvoraussetzungen, vgl. Abs. 3 sowie § 7).

### 3. Zeitpunkt der Aufnahme des Dauerbetriebs (Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 1 S. 2 und 3)

Nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ist Voraussetzung für einen Anspruch auf Zuschlagszahlung, dass die Anlagen entweder bis zum 31.12.2026 den Dauerbetrieb aufgenommen haben (lit. a), über einen in einem Zuschlagsverfahren nach § 11 der KWK-Ausschreibungsverordnung erteilten Zuschlag verfügen, der nicht nach § 16 KWKAusV entwertet wurde (lit. b), oder nach dem 31.12.2026, aber vor dem 1.1.2030 den Dauerbetrieb aufgenommen haben (lit. c). 19

Der **Begriff der Aufnahme des Dauerbetriebs** wird im KWKG nicht definiert. Nach der Gesetzesbegründung zum KWKG 2002 ist in der Regel von der Aufnahme des Dauerbetriebs auszugehen, wenn der Probebetrieb abgeschlossen und die Anlage vollständig abgenommen ist.<sup>12</sup> Der Probebetrieb ist grundsätzlich dann abgeschlossen, wenn die Anlage kommerziell zur Strom- und/oder Wärmeerzeugung genutzt wird. 20

Die Aufnahme des Dauerbetriebs muss grundsätzlich bis zum 31.12.2026 erfolgen (lit. a). Zwar ist nach Buchstabe c grundsätzlich auch eine spätere Aufnahme des Dauerbetriebs (bis zum 31.12.2029) möglich. Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. c steht nach § 35 Abs. 19 indes unter **beihilferechtlichem Genehmigungsvorbehalt**. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Europäische Kommission das KWKG auch für den Zeitraum nach dem 31.12.2026 genehmigen wird. Zum jetzigen Zeitpunkt kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass für diese Genehmigung erneut Anpassungen am KWKG von der Europäischen Kommission gefordert werden. 21

Irrelevant ist der Zeitpunkt der Aufnahme des Dauerbetriebs demgegenüber nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b für solche KWK-Anlagen bzw. KWK-Anlagen in innovativen KWK-Systemen, die über einen **Zuschlag aus einem Zuschlagsverfahren aus den Ausschreibungen für KWK-Anlagen oder den Ausschreibungen für innovative KWK-Systeme** nach § 11 KWKAusV verfügen, solange dieser Zuschlag nicht nach § 16 KWKAusV entwertet worden ist. Mittelbar ergibt sich für derartige Anlagen ein verbindliches maximales Inbetriebnahmedatum aus den Realisierungsfristen des § 18 KWKAusV, bei deren Überschreiten der Zuschlag erlischt und sodann nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 KWKAusV entwertet wird. 22

Nach Abs. 1 S. 2 ist Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a und c nicht für **KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 50 Megawatt** anzuwenden, soweit im Rahmen der Evaluierung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes im Jahr 2022 festgestellt werden sollte, dass von diesen Anlagen unter den geltenden Förderbedingungen kein die Förderung rechtfertigender Nutzen für die Erreichung der Ziele nach § 1 Abs. 1 für den Zeitraum nach dem 31.12.2025 mehr ausgehen sollte und der Bundestag insoweit mit Wirkung zum 1.1.2026 Änderungen an den Förderbedingungen für diese Anlagen beschließen sollte. Nach Abs. 1 S. 3 hat die Bundesregierung dem Bundestag hierzu rechtzeitig einen Vor- 23

<sup>11</sup> Assmann/Peiffer/Peiffer, § 6 KWKG Rn. 10.

<sup>12</sup> BT-Drs. 14/7024, S. 12.



## § 6 Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen

schlag zu unterbreiten, unter welchen Voraussetzungen eine Förderung dieser Anlagen für den Zeitraum nach dem 31.12.2025 fortgeführt werden sollte.

- 24 Daraus scheint zunächst auf den ersten Blick zu folgen, dass für KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 50 Megawatt derzeit eine Förderung nur bei einer Aufnahme oder Wiederaufnahme des Dauerbetriebs bis zum 31.12.2025 gewährleistet wird. Da die Nichtanwendbarkeit des Abs. 1 S. 2 sich indes lediglich auf Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a und c und gerade nicht auf lit. b erstreckt, sind hiervon **Anlagen im Ausschreibungssegment** ausgeschlossen. Im Ergebnis gilt der Vorbehalt in Abs. 1 S. 2 daher nur für Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 500 Kilowatt, vgl. § 5 Abs. 1. Bei der Nichter Streckung des Anwendungsvorbehalts des Abs. 1 S. 2 auf Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b handelt es sich auch nicht um ein Redaktionsversehen. Wie aus dem ursprünglichen Referentenentwurf,<sup>13</sup> aber auch der später mit dem Kohleausstiegsgesetz verabschiedeten Fassung<sup>14</sup> deutlich wird, die noch keinerlei zeitliche Differenzierung zwischen dem Zeitraum vor dem 1.1.2027 und dem Zeitraum nach dem 31.12.2026 vorsah, ging es dem Gesetzgeber gerade darum, die Förderung von Anlagen außerhalb des Ausschreibungssegments ab dem Jahr 2026 unter einen „Vorbehalt“ zu stellen.
- 25 Auf den zweiten Blick fällt zudem auf, dass eine Förderung derartiger Anlagen bei einer Aufnahme oder Wiederaufnahme des Dauerbetriebs über den 31.12.2025 hinaus zweierlei voraussetzt und diese Voraussetzungen negativ formuliert sind: Erstens muss im Rahmen der Evaluierung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes im Jahr 2022 festgestellt werden, dass von diesen Anlagen unter den geltenden Förderbedingungen **kein die Förderung rechtfertigender Nutzen** für die Erreichung der Ziele nach § 1 Abs. 1 für den Zeitraum nach dem 31.12.2025 mehr ausgeht und zweitens muss der Bundestag mit Wirkung zum 1.1.2026 Änderungen an den Förderbedingungen für diese Anlagen beschließen. Damit wird letztlich statuiert, was eigentlich selbstverständlich sein sollte: Eine Förderung derartiger Anlagen nach 2025 kommt nur dann in Betracht, wenn sie weiterhin vom Gesetz vorgesehen ist. Wird der Gesetzgeber aber nicht tätig, verbleibt es bei der derzeitigen Rechtslage und derartige Anlagen werden auch dann gefördert, wenn die Aufnahme oder Wiederaufnahme des Dauerbetriebs nach dem 31.12.2025 erfolgt. Der praktische Regelungsgehalt des Abs. 1 S. 2 dürfte sich insoweit darauf beschränken, bereits zum jetzigen Zeitpunkt explizit darauf hinzuweisen, dass ab 2026 gegebenenfalls mit verschärften Anforderungen bei den Förderbedingungen gerechnet werden muss und insoweit keinerlei Vertrauensschutzargumente für eine Fortführung der bis dato geltenden Rechtslage im politischen Prozess zugelassen werden sollen. Hintergrund dürften dabei insbesondere die Feststellungen der Gutachter der Bundesregierung anlässlich der Evaluierung des KWKG im Jahre 2019 in Bezug auf den Methanschlupf sein. In dem Bericht hatten die Gutachter empfohlen, die Förderung von motorbetriebenen KWK-Anlagen zukünftig daran zu koppeln, dass auch unter Einbeziehung der Klimawirkung des Methanschlupfs eine signifikante Einsparung von Treibhausgasemissionen erzielt wird.<sup>15</sup>

13 Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 65.

14 BGBl. I 2020, S. 1818.

15 Vgl. Prognos AG/Fraunhofer IFAM/Öko-Institut e. V./BHKW-Consult/Stiftung Umweltenergie-recht, Evaluierung der Kraft-Wärme-Kopplung – Analysen zur Entwicklung der Kraft-Wärme-Kopplung in einem Energiesystem mit hohem Anteil erneuerbarer Energien v. 25.4.2019, S. 213, [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/evaluierung-der-kraft-waerme-kopplung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/evaluierung-der-kraft-waerme-kopplung.pdf?__blob=publicationFile&v=4), zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

#### 4. Förderfähiger Primärenergieträger (Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 1a)

##### a) Förderfähige Primärenergieträger

Nach Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ist weiterhin Voraussetzung, dass die Anlagen Strom auf Basis von Abfall, Abwärme, Biomasse, gasförmigen oder flüssigen Brennstoffen gewinnen. Keiner dieser Begriffe wird im KWKG definiert. Aus dem Umkehrschluss zur Aufzählung der Primärenergieträger in § 1 Abs. 2 Nr. 1 sowie dem Umstand, dass unter dem KWKG 2012 noch Stein- und Braunkohle als förderfähige Primärenergieträger anerkannt waren, folgt zunächst, dass jedenfalls **Stein- und Braunkohle** keine förderfähigen Primärenergieträger (mehr) sind. Eine Förderung von Anlagen, die Strom auf Basis dieser Primärenergieträger gewinnen, kommt daher allenfalls unter Anwendung der Übergangsregelung des § 35 in Betracht. Eine Subsumtion dieser Primärenergieträger unter die anderen Begriffe, etwa Biomasse, verbietet sich. 26

Fraglich ist, ob für die Bestimmung der **Begriffe der förderfähigen Primärenergieträger** auf andere Regelwerke zurückgegriffen werden kann. So wird etwa der Begriff des Abfalls in § 3 Abs. 1 KrWG, der Begriff der Biomasse in § 2 BiomasseV legaldefiniert. Während der Rückgriff auf die Legaldefinition von Abfall in § 3 Abs. 1 KrWG dabei wenig Aufschluss bietet, dürfte sich der Rückgriff auf die BiomasseV verbieten. Denn diese bestimmt nach § 42 EEG 2021 nur für einen eng definierten Anwendungsbereich („Biomasse im Sinn der BiomasseV“), was als anerkannte und damit nach dem EEG förderfähige Biomasse gilt und was nicht, und gilt insoweit nicht einmal für das gesamte EEG 2021. 27

Zielführender dürfte insoweit sein, sich den Begriffen der förderfähigen Primärenergieträger in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 im Wege eines Ausschlussverfahrens zu nähern. Keine förderfähigen Primärenergieträger sind insoweit – wie bereits festgestellt – Braun- und Steinkohle. Aus den Gesetzgebungsmaterialien zum KWKG 2002 lässt sich zudem entnehmen, dass auch **Kernbrennstoffe** von der Förderung ausgeschlossen sein sollen.<sup>16</sup> Im Übrigen gilt das **Prinzip der Brennstoffneutralität** (vgl. hierzu sowie zu den Begriffen der förderfähigen Primärenergieträger im Übrigen die Kommentierung zu → § 1 Rn. 23 ff.). 28

Unklar ist, ob Abs. 1 S. 1 Nr. 2 erfordert, dass die KWK-Anlage ausschließlich Strom auf Basis der genannten förderfähigen Primärenergieträger erzeugt. Ein solches **Ausschließlichkeitserfordernis** wird, anders als etwa in § 19 Abs. 1 EEG 2021, im KWKG nicht explizit formuliert. Aufgrund der nahezu vollständigen Auflistung von förderfähigen Primärenergieträgern in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und dem dahinter stehenden Prinzip der Brennstoffneutralität dürfte die Frage vor allem für die mit dem KWKG 2016 grundsätzlich ausgeschlossenen festen Brennstoffe der Steinkohle und der Braunkohle relevant sein. Für diese Brennstoffe ergibt sich indes aus dem Umkehrschluss des Abs. 1a, dass eine teilweise Stromgewinnung auf Basis dieser Brennstoffe grundsätzlich einem Anspruch auf Zuschlagzahlung entgegensteht. Denn dort wird die teilweise Stromgewinnung auf Basis fester Brennstoffe nur ausnahmsweise unter weitergehenden Bedingungen zugelassen. 29

##### b) Ausnahme für Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen (Abs. 1a)

Von dem grundsätzlichen Ausschluss der Förderung von KWK-Anlagen, die Strom (jedenfalls auch) auf Basis von Stein- oder Braunkohle gewinnen, macht Abs. 1a eine **Rückaus-** 30

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. 14/7024, S. 10.

## § 6 Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen

**nahme.** Danach besteht ein Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags für KWK-Strom auch dann, wenn in einer Dampfsammelschienen-KWK-Anlage teilweise auch Strom auf Basis von festen Brennstoffen gewonnen wird und diese über Vorrichtungen zur Messung und Bilanzierung der erzeugten Dampfmengen nach aktuellem Stand der Technik verfügt.

- 31 Die Ausnahme des Abs. 1a gilt ausschließlich für Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen. Der **Begriff der Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen** wird in § 2 Nr. 6c legaldefiniert als KWK-Anlagen, die über Dampfsammelschienen verfügen. Der Begriff der Dampfsammelschienen wird seinerseits in § 2 Nr. 6b legaldefiniert. Auf die entsprechende Kommentierung wird verwiesen. Für die Inanspruchnahme der Ausnahme des Abs. 1a ist erforderlich, dass die in diesen Begriffsbestimmungen normierten Voraussetzungen erfüllt werden.
- 32 Ferner erfordert die Ausnahme des Abs. 1a, dass in der Dampfsammelschienen-KWK-Anlage **teilweise** auch Strom auf Basis von festen Brennstoffen gewonnen wird. Dies setzt voraus, dass in der Dampfsammelschienen-KWK-Anlagen neben festen Brennstoffen wie Stein- oder Braunkohle wenigstens auch die in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 normierten förderfähigen Primärenergieträger zur Stromerzeugung eingesetzt werden.
- 33 Schließlich muss die Dampfsammelschienen-KWK-Anlage nach Abs. 1a S. 1 Nr. 2 über **Vorrichtungen zur Messung und Bilanzierung der erzeugten Dampfmengen** nach aktuellem Stand der Technik verfügen. Sinn und Zweck dieser Anforderung ergibt sich unmittelbar aus Abs. 1a S. 2. Danach besteht der Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags ausschließlich für KWK-Strom, der auf Basis von Abfall, Abwärme, Biomasse, gasförmigen oder flüssigen Brennstoffen gewonnen wurde. Soweit folglich in einer Dampfsammelschienen-KWK-Anlage sowohl Strom auf Basis von festen Brennstoffen als auch auf Basis der in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 genannten Primärenergieträger gewonnen wird, ist nur der KWK-Strom zuschlagsberechtigt, der auf Basis der in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 genannten Primärenergieträger gewonnen wurde. In der Praxis dürften insoweit die in den unterschiedlichen Kesseln erzeugten Dampfmengen ins Verhältnis zu der KWK-Stromerzeugung zu setzen sein. Dies erfordert, dass die Dampfmengen der jeweiligen Kessel gemessen und bilanziert werden. Das Vorhandensein derartiger Systeme muss gegenüber dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle im Rahmen des Zulassungsverfahrens nachgewiesen werden.
- 34 Nach Abs. 1a S. 2, 2. Hs. hat die Abgrenzung der Strommengen gemäß den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu erfolgen.

### 5. Hocheffizienz (Abs. 1 S. 1 Nr. 3)

- 35 Nach Abs. 1 S. 1 Nr.3 ist zudem Voraussetzung für einen Anspruch auf Zuschlagzahlung, dass die KWK-Anlage hocheffizient ist. Der **Begriff der hocheffizienten KWK-Anlage** wird in § 2 Nr. 8a legaldefiniert. Danach ist eine KWK-Anlage hocheffizient, wenn sie die Vorgaben der europäischen Energieeffizienzrichtlinie<sup>17</sup> in der jeweils geltenden Fassung erfüllt. Ob eine KWK-Anlage hocheffizient ist, richtet sich bei Anlagen größer 1 MW grundsätzlich danach, ob Primärenergieeinsparungen von mindestens 10% im Vergleich zu den Referenzwerten für die getrennte Strom- und Wärmeerzeugung erzielt werden. Wie die Primärenergieeinsparungen zu berechnen sind, ist in Anhang II lit. b und c der Energie-

<sup>17</sup> Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABl. L 315 vom 14.11.2012, S. 1.

## II. Anlagenbezogene Voraussetzungen der Förderung von KWK-Anlagen (Abs. 1) § 6

effizienzrichtlinie vorgegeben. Für KWK-Anlagen bis 1 MW (KWK-Klein- und -Kleinstanlagen) wird die Hocheffizienz vermutet, vgl. Anhang II lit. a, zweiter Spiegelstrich der Energieeffizienzrichtlinie.

### 6. Keine Verdrängung bestehender Fernwärme (Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 2)

Nach Abs. 1 S. 1 Nr. 4 setzt der Anspruch auf Zuschlagszahlung zudem voraus, dass die Anlage keine bestehende Fernwärmeversorgung aus KWK-Anlagen verdrängt. Wann eine solche Fernwärmeverdrängung vorliegt, wird vom Gesetz ebenso wie der Begriff der Fernwärme oder der Begriff der Verdrängung nicht weiter definiert. In Abs. 2 werden vielmehr nur Fallgestaltungen genannt, in denen nicht von einer Fernwärmeverdrängung im Sinn des Abs. 1 S. 1 Nr. 4 auszugehen ist. Aus diesen Fallgestaltungen kann daher allenfalls im Umkehrschluss ermittelt werden, wann von einer Fernwärmeverdrängung auszugehen ist. 36

#### a) Gesetzeshistorie

Das Fernwärmeverdrängungsverbot wurde bereits durch das KWKG 2002 eingeführt, als sich der Gesetzgeber entschloss, neben einer Bestandssicherung auch Neuanlagen bis zu einer Leistung von 2 Megawatt zu fördern. Begründet wurde das Fernwärmeverdrängungsverbot mit der Erwägung, dass die Förderung von neuen KWK-Anlagen, die Wärmesenken bedienen, die bereits durch eine bestehende Fernwärmeversorgung bedient werden, die wirtschaftliche Situation dieser bestehenden KWK-Anlage verschlechtern würde und unter anderem auch deshalb der energie-, umwelt- und klimapolitische Effekt einer Förderung von neuen KWK-Anlagen zweifelhaft sei.<sup>18</sup> Als die Förderung von neuen KWK-Anlagen mit dem KWKG 2009 auf Anlagen über 2 Megawatt erweitert wurde, wurde auch das Fernwärmeverdrängungsverbot entsprechend erweitert und gleichzeitig klargestellt, dass eine Verdrängung von Fernwärmeversorgung nicht vorliege, wenn eine bestehende KWK-Anlage stillgelegt und vom selben Betreiber durch eine oder mehrere neue KWK-Anlagen ersetzt wird, um eine zu starke Einschränkung identischer Betreiber zu vermeiden (entspricht weitgehend der heutigen Regelung in Abs. 2 S. 1 Nr. 2).<sup>19</sup> Mit dem KWKG 2012 wurde sodann vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus der Verwaltungspraxis des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle klargestellt, dass in Fällen der Ersetzung durch denselben Betreiber es einer Stilllegung der bestehenden KWK-Anlage nicht bedürfe,<sup>20</sup> sowie eine weitere Ausnahme vom Fernwärmeverdrängungsverbot geschaffen, die auf den Mindestanteil der Wärmeeinspeisung aus KWK-Anlagen in das betreffende Wärmenetz abstellte und klarstellte, dass eine Fernwärmeverdrängung nicht vorliege, wenn dieser Mindestanteil noch nicht erreicht sei (entspricht weitgehend der heutigen Regelung in Abs. 2 S. 1 Nr. 1).<sup>21</sup> Durch das KWKG 2016/2017 erfolgten sodann nur noch geringfügige Änderungen bei der heutigen Regelung des Abs. 2. So wurden insbesondere das Konsultationsverfahren in Abs. 2 S. 2 und 3 und die Vorbescheidsregelung in Abs. 2 S. 4 eingeführt, um zu verhindern, dass Wärmesenken durch bloße Planung von KWK-Anlagen, die einen Vorbescheid nach § 12 erhalten haben, für andere KWK-Projekte „blockiert“ werden.<sup>22</sup> 37

18 BT-Drs. 14/7024, S. 12.

19 BT-Drs. 12/08, S. 26.

20 BT-Drs. 854/11, S. 30.

21 Vgl. BT-Drs. 17/9617, S. 16.

22 Vgl. BT-Drs. 441/15, S. 52.

## § 6 Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen

### b) Sinn und Zweck

- 38 Sinn und Zweck des Fernwärmeverdrängungsverbotes ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers einerseits die **Absicherung der wirtschaftlichen Situation bestehender KWK-Anlagen**, deren Verdrängung nach Ansicht des Gesetzgebers energiepolitisch, umweltpolitisch und klimapolitisch zweifelhaft sei.<sup>23</sup> Dem dürfte die Erwägung zugrunde liegen, dass die Zulassung einer geförderten Fernwärmeverdrängung die bestehende Fernwärmeversorgung zu einer ineffizienten Fahrweise (Teilauslastung) zwingt. Zudem würde die uneingeschränkte Zulassung einer geförderten Fernwärmeverdrängung dazu führen, dass es keiner Erschließung neuer Wärmesenken für einen Zubau von KWK-Anlagen (mehr) bedarf.
- 39 Darüber hinaus dient das Fernwärmeverdrängungsverbot nach der Vorstellung des Gesetzgebers aber auch dem **Verbraucherschutz**. Denn würde man eine Fernwärmeverdrängung uneingeschränkt fördern, würden letztlich KWK-Anlagen über die KWKG-Umlage gefördert, die untereinander im Wettbewerb stehen.
- 40 Das Fernwärmeverdrängungsverbot verbietet indes nicht die Lieferung in bereits bestehende Lieferbeziehungen. Es soll lediglich sicherstellen, dass eine solche Fernwärmeverdrängung nicht durch das KWKG gefördert wird.

### c) Bestehende Fernwärmeversorgung

- 41 Das Fernwärmeverdrängungsverbot setzt voraus, dass keine bestehende Fernwärmeversorgung verdrängt wird. Der **Begriff der bestehenden Fernwärmeversorgung** wird im KWKG nicht legaldefiniert. Unklar ist, ob eine „**Versorgung**“ ein Zweipersonenverhältnis zwischen einem Lieferanten und einem Belieferten voraussetzt oder ob eine bestehende Fernwärmeversorgung auch eine bestehende „Eigen-Versorgung“ umfasst. Richtigerweise dürfte im Rahmen des Fernwärmeverdrängungsverbotes eine Personenverschiedenheit zwischen Versorger und Versorgtem zu fordern sein.<sup>24</sup> Denn die Verdrängung einer bestehenden Eigenversorgung dürfte zwar theoretisch möglich, ist der Praxis aber wohl ausgeschlossen sein. Jedenfalls dürfte aber in derartigen Fällen kein die Anwendung des Fernwärmeverdrängungsverbot rechtfertigendes Schutzbedürfnis des Eigenversorgers bestehen.
- 42 Unklar ist ferner, ob eine Fernwärmeversorgung die **Belieferung eines Letztverbrauchers** voraussetzt oder ob auch die Belieferung eines Fernwärmeversorgers durch einen Vorlieferanten mit Fernwärme vom Anwendungsbereich des Fernwärmeverdrängungsverbotes umfasst ist. Dem Wortlaut sind insoweit keinerlei Einschränkungen zu entnehmen. Auch der Sinn und Zweck deutet darauf hin, dass eine bestehende Fernwärmeversorgung nicht zwingend eine Lieferbeziehung zwischen einem Fernwärmeversorger und einem Letztverbraucher erfordert. Denn Sinn und Zweck der Absicherung der wirtschaftlichen Situation bestehender KWK-Anlagen sowie die Vermeidung einer Belastung der Verbraucher mit einer Förderung von zwei Seiten eines Wettbewerbsverhältnisses gilt auch, wenn eine durch das KWKG geförderte bestehende Fernwärmeversorgung seitens eines Vorlieferanten verdrängt werden sollte.
- 43 Ebenfalls unklar ist, wann von einer *Fernwärme*-Versorgung ausgegangen werden kann. Auch der **Begriff der Fernwärme** wird vom KWKG nicht legaldefiniert. Unter Fernwär-

23 BT-Drs. 14/7024, S. 12.

24 Ebenso Assmann/Peiffer/Peiffer, § 6 KWKG Rn. 18.

me wird gemeinhin der überörtliche Transport von thermischer Energie (Warmwasser/Dampf) in wärmegeprägten Leitungssystemen (Wärmenetzen) verstanden. Abzugrenzen ist der Begriff der Fernwärme von dem Begriff der Nahwärme, unter dem der örtliche Transport von thermischer Energie in wärmegeprägten Leitungssystemen zur Medienversorgung einzelner Letztverbraucher zu verstehen ist. Unklar ist, ob auch derartige Nahwärmeversorgungen von dem Fernwärmeverdrängungsverbot geschützt werden. Dass das Gesetz den Begriff der Fernwärme verwendet, dürfte vor allem historischen Gründen geschuldet sein. Zum Zeitpunkt der Einführung des Fernwärmeverdrängungsverbotes ging es gerade darum, bestehende Fernwärmeversorger zu schützen. Die Nahwärme spielte zum damaligen Zeitpunkt noch keine so große Rolle. Für eine Einbeziehung der Nahwärme spricht demgegenüber nicht nur die Intention des Fernwärmeverdrängungsverbotes, eine Förderung von zwei Seiten eines Wettbewerbs zu Lasten des Umlagenzahlers zu vermeiden, sondern auch der Umstand, dass sich eine Grenze zwischen Nah- und Fernwärme oft nicht trennscharf ausmachen lässt.

Für den Begriff der Fernwärmeversorgung unerheblich ist grundsätzlich, wie die Fernwärme erzeugt wurde. Dem Wortlaut lässt sich keine Beschränkung auf in KWK-Anlagen erzeugte Fernwärme entnehmen. Im Gegenteil. Aus der Ausnahme vom Fernwärmeverdrängungsverbot in Abs. 2 S. 1 Nr. 1 folgt vielmehr, dass das Gesetz an sich – wenn auch nicht im konkreten Fall aufgrund von Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – davon auszugehen scheint, dass eine Fernwärmeverdrängung auch dann vorliegt, wenn die **bestehende Fernwärmeversorgung nur zu einem Teil aus KWK-Anlagen** erfolgt. Vom Sinn und Zweck des Fernwärmeverdrängungsverbotes und auch aus der Rückausnahme in Abs. 2 S. 1 Nr. 1 folgt indes, dass die bestehende Fernwärmeversorgung jedenfalls teilweise auch aus KWK-Anlagen erfolgen muss. 44

Es muss sich zudem um eine **bestehende Fernwärmeversorgung** handeln. Ab welchem Zeitpunkt eine Fernwärmeversorgung besteht, ist unklar. Der Wortlaut legt zunächst nahe, dass eine Fernwärmeversorgung, also eine Belieferung mit Fernwärme bereits erfolgen muss. Demgegenüber wird teilweise vertreten, dass eine bestehende Fernwärmeversorgung schon dann anzunehmen sei, wenn allein die technische Möglichkeit einer Belieferung des fraglichen Wärmekunden und damit ein Netzanschluss an das Wärmenetz bestehe. Ob bereits ein Fernwärmelieferungsvertrag abgeschlossen ist oder im fraglichen Zeitpunkt noch fortbesteht, sei unerheblich.<sup>25</sup> Denn anderenfalls wäre die Investition in die bestehende KWK-Anlage und die Versorgung der betreffenden Wärmesenke nicht hinreichend geschützt, da – soweit kein Anschluss- und Benutzungszwang besteht – der Fernwärmeversorgungsvertrag jederzeit beendet und sodann eine neue KWK-Anlage errichtet werden könnte, die nach dem KWKG zu fördern wäre.<sup>26</sup> Vom Sinn und Zweck her sprechen tatsächlich gute Gründe für ein solches Verständnis. Denn wäre das Eingreifen des Fernwärmeverdrängungsverbotes tatsächlich von dem Abschluss eines Vertrages abhängig, würde das Fernwärmeverdrängungsverbot in sämtlichen Fällen, in denen kein Anschluss- und Benutzungszwang besteht, leerlaufen. Andererseits findet dieses Verständnis im Wortlaut des Fernwärmeverdrängungsverbotes und seiner Ausnahmen keine Stütze, wodurch im Ergebnis der Wortlaut in einer Weise strapaziert wird, die kaum noch mit herkömmlicher Auslegung zu rechtfertigen ist. Denn im Ergebnis wird die bloße Möglichkeit einer Versorgung mit einer bestehenden Versorgung gleichgesetzt. 45

25 Bührenbender/Rosin/Elspas, § 5 KWK-AusbauG Rn. 61; ebenso Theobald/Kühling/Jacobshagen/Kachel, 66. EL Mai 2010, § 5 KWKG Rn. 36.

26 Theobald/Kühling/Jacobshagen/Kachel, 66. EL Mai 2010, § 5 KWKG Rn. 36.

## § 6 Zuschlagberechtigte neue, modernisierte oder nachgerüstete KWK-Anlagen

- 46 Nicht ausreichend für eine bestehende Fernwärmeversorgung ist nach Abs. 2 S. 4, dass für die KWK-Anlage ein **Vorbescheid nach § 12** erteilt wurde. Angesichts des Erfordernisses einer *bestehenden* Fernwärmeversorgung handelt es sich hier an sich um eine Selbstverständlichkeit. Warum sich der Gesetzgeber gleichwohl veranlasst sah, diesen Fall explizit zu normieren, ist unklar. Nach der Gesetzesbegründung erfolgte die Klarstellung, um zu verhindern, dass Wärmesenken durch die bloße Planung von KWK-Anlagen, die einen Vorbescheid nach § 12 erhalten haben, für andere Projekte „blockiert“ werden.<sup>27</sup> Auch die Formulierung selbst erscheint missglückt. Denn Abs. 2 S. 4 beschränkt sich nicht auf „*in Planung oder im Bau befindliche KWK-Anlagen*“, sondern spricht ganz allgemein von KWK-Anlagen, für die ein Vorbescheid erteilt wurde. Dies könnte den im Ergebnis vollkommen widersinnigen Schluss nahelegen, dass eine an sich bestehende Fernwärmeversorgung selbst dann keine solche ist und damit nicht dem Schutz des Fernwärmeverdrängungsverbot unterliegt, wenn für die bereits in Dauerbetrieb genommene Anlage einst ein Vorbescheid erteilt worden ist.
- 47 Fraglich ist auch, ob eine bestehende Fernwärmeversorgung im Sinne des Abs. 1 S. 1 Nr. 4 eine zumindest einmal erfolgte oder sogar noch **andauernde Förderung der bestehenden KWK-Anlage** nach dem KWKG voraussetzt. Dagegen spricht, dass auch insoweit dem Wortlaut keinerlei Anhaltspunkte entnommen werden können. Zudem wäre auch im Falle der geförderten Verdrängung einer ungeforderten KWK-Anlage der energie- und klimapolitische Nutzen fraglich. Denn die Wärmesenke ist bereits erschlossen und eine erneute Förderung durch die Verbraucher jedenfalls unter diesem Aspekt nicht zu rechtfertigen. Auf der anderen Seite wird im KWKG die Modernisierung einer bestehenden KWK-Anlage bei einer Investitionstiefe von 50 % nach Ablauf von 10 Jahren in gleicher Höhe gefördert wie die Neuerrichtung, vgl. § 8 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3.

### d) Verdrängung

- 48 Voraussetzung ist zudem, dass die bestehende Fernwärmeversorgung verdrängt wird. Vom Wortsinn her ist unter dem **Begriff der Verdrängung** ein „Beiseiteschieben bei gleichzeitigem Ersetzen“ zu verstehen.<sup>28</sup> Tatsächlich wird ein solches Beiseiteschieben bzw. Ersetzen vom Gesetz nicht explizit gefordert. Im Gegenteil. Aus der Rückausnahme in Abs. 2 S. 1 Nr. 2 sowie dem Konsultationsverfahren in Abs. 2 S. 2 und 3 scheint vielmehr im Umkehrschluss zu folgen, dass eine Fernwärmeverdrängung auch dann vorliegen kann, wenn eine bestehende KWK-Anlage gerade nicht ersetzt wird. Vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks des Fernwärmeverdrängungsverbotes dürfte vielmehr zu folgern sein, dass eine Verdrängung immer schon dann gegeben ist, wenn bereits eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der bestehenden KWK-Anlage zu besorgen ist.<sup>29</sup>

### e) Ausnahmen vom Fernwärmeverdrängungsverbot (Abs. 2 S. 1)

- 49 Abs. 2 normiert Ausnahmen vom Fernwärmeverdrängungsverbot für Konstellationen, in denen nach der Vorstellung des Gesetzgebers offenbar eine Fernwärmeverdrängung ohne eine entsprechende Ausnahmeregelung angenommen werden müsste.

<sup>27</sup> BT-Drs. 441/15, S. 52.

<sup>28</sup> Theobald/Kühling/*Jacobshagen/Kachel*, 66. EL Mai 2010, § 5 KWKG Rn. 29.

<sup>29</sup> Vgl. BT-Drs. 14/7024, S. 12.