

Rechtsanwältin *Dr. Manuela Herms* und Rechtsanwalt *Dr. Christoph Richter*, Leipzig*

Die Übergangsbestimmungen im KWKG-Gesetz 2016: Wann gilt das alte Recht noch?

I. Einführung

Nach einigen Verzögerungen und einem für das Energierecht doch eher langwierigen Gesetzgebungsprozess¹ trat zum 1. 1. 2016 das neue Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG 2016)² in Kraft. Im Vergleich zum bisher geltenden KWKG 2012 sieht das Gesetz einige gravierende Neuregelungen vor.³ Dies wirkt insbesondere für Bestandsanlagen, aber auch für neue KWK-Anlagen, die innerhalb bestimmter Übergangsfristen in Betrieb genommen werden, die Frage auf, welche Regelungen unter welchen Voraussetzungen für sie gelten. § 35 KWKG enthält hierzu eine Reihe von Übergangsbestimmungen, die das Verhältnis von KWKG 2012 und KWKG 2016 abschließend regeln sollen. Wie so oft steckt der Teufel jedoch im Detail. Nachfolgend werden – nach einem kurzen Überblick über die wichtigsten Neuregelungen – ausgewählte Übergangsvorschriften erläutert und praktische Anwendungsprobleme dargestellt.

II. Überblick über die wesentlichen Neuregelungen

Wenngleich der Gesetzgeber die Normenstruktur völlig neu geordnet und damit auch zu einer besseren Verständlichkeit des Gesetzes beigetragen hat, finden sich die wesentlichen Grundzüge der bisherigen Förderung von KWK-Anlagen – wie etwa die Anschluss- und Abnahmepflicht (§ 3 Abs. 1 KWKG 2016), die Kategorisierung zuschlagsberechtigter Anlagen (§ 6 KWKG 2016) sowie Regelungen zu Zuschlagshöhe und -dauer (§§ 7 ff. KWKG 2016) – auch im KWKG 2016 wieder. Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung weicht jedoch zum Teil erheblich von den Vorgängergesetzen ab.

1. Direktvermarktungspflicht

Einer der wichtigsten Punkte dürfte dabei die Direktvermarktungspflicht sein: Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 kW sind gemäß § 4 Abs. 1 KWKG 2016 verpflichtet, den erzeugten Strom entweder selbst zu verbrauchen oder direkt zu vermarkten. Eine Direktvermarktung liegt danach vor bei Lieferungen an einen Dritten, der auch Letztverbraucher sein kann. Hiervon sind sowohl Direktvermarktungsunternehmen erfasst, die den Strom an der Börse veräußern, als auch etwa Abnehmer im unmittelbaren Umfeld der KWK-Anlage. Spiegelbildlich erstreckt sich die Abnahmepflicht des

Netzbetreibers nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 KWKG 2016 nur noch auf die physikalische, nicht dagegen – wie bisher – auch auf die kaufmännische Abnahme des Stroms. Anlagen mit einer installierten Leistung von bis zu 100 kW verbleibt ein Wahlrecht zwischen der Direktvermarktung und der kaufmännischen Lieferung des Stroms an den Netzbetreiber.

2. Förderung für eingespeisten Strom

Hinsichtlich Zuschlagsberechtigung und Zuschlagshöhe differenziert das Gesetz erstmalig danach, ob der Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist oder außerhalb des Netzes für die allgemeine Versorgung durch den Anlagenbetreiber oder Dritte verbraucht wurde. Für den eingespeisten Strom sieht § 7 Abs. 1 KWKG 2016 nunmehr insgesamt fünf leistungsabhängige Vergütungsklassen mit Zuschlagssätzen zwischen 8 Cent/kWh und 3,1 Cent/kWh vor. Zum Vergleich: Nach dem KWKG 2012 waren es noch drei Leistungsklassen, in denen ein Zuschlag zwischen 5,41 Cent/kWh und 2,1 Cent/kWh gezahlt wurde. Die Zuschlagsdauer legt § 8 Abs. 1 und 2 KWKG 2016 einheitlich auf 60.000 Vollbenutzungsstunden für Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 50 kW und auf 30.000 Vollbenutzungsstunden für Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von mehr als 50 kW fest, wobei nicht geförderte KWK-Strommengen (z. B. ein Eigenverbrauch aus Anlagen mit mehr als 100 kW) aufgrund der Neufassung des Begriffs der Vollbenutzungsstunden in § 2 Nr. 3 KWKG 2016 nicht in die Ermittlung der Vollbenutzungsstunden

* Die Verfasser sind Rechtsanwälte bei der auf Energierecht spezialisierten MASLATON Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Leipzig.

1 Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hatte bereits am 1. 10. 2014 den Zwischenbericht zur Evaluierung des KWKG 2012 vorgelegt, vgl. Prognos (u. a.), Potential- und Kosten-/Nutzenanalyse zu den Einsatzmöglichkeiten von Kraft-Wärme-Kopplung (Umsetzung der EU-Energieeffizienzrichtlinie) sowie Evaluierung des KWKG im Jahr 2014.

2 Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes vom 21. 12. 2015, BGBl. 2015 I, 2498.

3 Detaillierter Überblick zu den Neuregelungen bei Büdenbender, REE 2016, 1 ff.; Kachel, EnWZ 2016, 51 ff.

den einfließen.⁴ Gerade im unteren Leistungsbereich wurde die Fördersumme damit spürbar erhöht und die Wirtschaftlichkeit von neuen KWK-Anlagen verbessert.

3. Förderung von Strom außerhalb des öffentlichen Netzes

Demgegenüber wurde die Förderung von Strom, der außerhalb des öffentlichen Netzes verbraucht wird, im Vergleich zum KWKG 2012 gekürzt und ein Stück weit auf den vor 2012 geltenden Grundsatz zurückgeführt, ausschließlich die Netzeinspeisung zu fördern. Gemäß § 6 Abs. 4 KWKG 2016 besteht ein Zuschlagsanspruch für außerhalb des öffentlichen Netzes verbrauchten Strom nur noch in drei Fällen:

- (1) Die stromerzeugende KWK-Anlage hat eine KWK-Leistung von bis zu 100 kW.
- (2) Der Strom wird an Letztverbraucher innerhalb einer Kundenanlage oder eines geschlossenen Verteilnetzes geliefert und insoweit die volle EEG-Umlage entrichtet.
- (3) Die KWK-Anlage wird in einem stromkostenintensiven Unternehmen eingesetzt, das den KWK-Strom auch selbst verbraucht und für die betreffende Abnahmestelle über eine EEG-Umlagebegrenzung verfügt.

Darüber hinaus eröffnet § 6 Abs. 4 Nr. 4 in Verbindung mit § 33 Abs. 2 Nr. 1 KWKG 2016 die Möglichkeit, durch Verordnung auch Betreiber von Unternehmen, die einer der Branchen nach Anlage 4 des EEG 2014 angehören, an der Zuschlagszahlung partizipieren zu lassen; auf das Vorliegen einer EEG-Umlagebegrenzung käme es insoweit nicht an. Bislang hat die Bundesregierung von der Verordnungsermächtigung indes noch keinen Gebrauch gemacht.

Neben der Beschränkung des förderfähigen Stromverbrauchs außerhalb des öffentlichen Netzes auf eng begrenzte Fallgruppen wurden schließlich auch die Fördersätze im Vergleich zur Netzeinspeisung unattraktiver ausgestaltet. Während in stromintensiven Unternehmen selbst verbrauchter Strom nach § 7 Abs. 3 Nr. 3 KWKG 2016 noch mit Zuschlägen zwischen 5,41 und 1,8 Cent/kWh – und damit in vergleichbarer Höhe wie nach dem KWKG 2012 – gefördert wird, kann für Strom aus Anlagen mit bis zu 100 kW bzw. in Contracting-Modellen nur noch eine leistungsabhängige Förderung zwischen 4 und 3 Cent/kWh (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016) bzw. zwischen 4 und 1 Cent/kWh (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016) aufgerufen werden.

III. Übergangsbestimmungen

Vereinfacht dargestellt hat das KWKG 2016 zu verbesserten Förderbedingungen bei der Netzeinspeisung und zu einer Verschlechterung beim Stromverbrauch außerhalb des öffentlichen Netzes geführt. Für Bestandsanlagen mit Aufnahme des Dauerbetriebs vor Inkrafttreten des Gesetzes, also bis 31. 12. 2015, stellt sich daher die Frage, ob und unter welchen Vorausset-

zungen diese ggf. bei Netzeinspeisung von den Konditionen des KWKG 2016 profitieren können. Umgekehrt besteht für Neuanlagen mit Inbetriebnahme ab dem 1. 1. 2016 und einem Stromverbrauch außerhalb des öffentlichen Netzes ein Interesse daran, nach Maßgabe des KWKG 2012 gefördert zu werden.

1. Grundsatz

Zunächst ist festzuhalten, dass ausweislich des Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes vom 21. 12. 2015⁵ das KWKG 2012⁶ mit Wirkung zum 1. 1. 2016 außer Kraft getreten ist. Ganz im Sinne des sog. „Lex-Posterior-Grundsatzes“⁷ gilt damit das KWKG 2016 vollumfänglich auch für Bestandsanlagen, die vor dem 1. 1. 2016 den Dauerbetrieb aufgenommen haben. § 35 KWKG 2016 sieht hiervon jedoch eine Reihe von Ausnahmen vor. Für Bestandsanlagen relevant ist in erster Linie § 35 Abs. 2 KWKG 2016: Soweit es um den Anspruch der KWK-Anlagenbetreiber auf Zahlung eines Zuschlags geht, finden die §§ 4, 5 und 7 KWKG 2012 Anwendung, wenn die Anlage bis zum 31. 12. 2015 in Dauerbetrieb genommen wurde. Neben dem Anschluss- und Abnahmeanspruch sind dort in erster Linie die Kategorien der zuschlagsberechtigten Anlagen sowie die konkrete Förderhöhe und -dauer geregelt. Hinsichtlich Zuschlagshöhe und Zuschlagsdauer können Bestandsanlagen damit nicht von den verbesserten Konditionen des KWKG 2016 profitieren,⁸ sondern unterliegen weiterhin dem Förderregime, das im Zeitpunkt der Aufnahme des Dauerbetriebes galt.

2. Direktvermarktungspflicht im Bestand

Davon zu unterscheiden ist indes die Frage, inwieweit Bestandsanlagen der durch § 4 Abs. 1 KWKG 2016 neu eingeführten Direktvermarktungspflicht unterliegen oder den Strom weiterhin nach Maßgabe des § 4 KWKG 2012 – insbesondere durch kaufmännische Lieferung an den Netzbetreiber gegen Zahlung des üblichen Preises sowie vermiedener Netznutzungsentgelte – vermarkten können. Auf den ersten Blick mag der Eindruck entstehen, auch dieser Sachverhalt wäre durch § 35 Abs. 2 KWKG 2016 geregelt, der immerhin den § 4 KWKG 2012 ausdrücklich in Bezug nimmt. Dies verkennt jedoch, dass § 35 Abs. 2 KWKG sich nach dem Wortlaut der Norm ausschließlich auf den Zuschlagsanspruch erstreckt und nicht auf Fragen der Vermarktung bzw. damit einhergehender weiterer

4 Vgl. BT-Drs. 18/6419, S. 39; Kachel, EnWZ 2016, 51 [54].

5 BGBl. 2015 I, 2498 [2516].

6 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 19. 3. 2002 (BGBl. 2002 I, 1092), zuletzt geändert durch Art. 331 der Verordnung vom 31. 8. 2015 (BGBl. 2015 I, 1474).

7 Siehe hierzu Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, S. 272 m. w. N.

8 Vgl. auch BT-Drs. 18/6419, S. 52.

Vergütungsbestandteile.⁹ Vielmehr hält § 35 Abs. 1 KWKG 2016 hierfür eine gesonderte Übergangsbestimmung vor, die nach dem Zeitpunkt der Aufnahme des Dauerbetriebs differenziert: Für KWK-Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 250 kW soll hinsichtlich der Ansprüche auf Vermarktung des KWK-Stroms § 4 KWKG 2012 Anwendung finden, wenn die Anlagen bis zum 30. 6. 2016 in Dauerbetrieb genommen wurden (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 KWKG 2016). Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 kW sollen dagegen noch bei Aufnahme des Dauerbetriebes bis 31. 12. 2016 Vermarktungsansprüche aus § 4 KWKG 2012 herleiten können (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 KWKG 2016). Der letztgenannten Norm kommt indes angesichts des Umstandes, dass Anlagen mit einer elektrischen KWK-Leistung von bis zu 100 kW auch nach der Neuregelung in § 4 Abs. 1 KWKG 2016 von der Direktvermarktungspflicht befreit bleiben, kein eigenständiger Regelungsgehalt zu; sie ist schlicht überflüssig.¹⁰

a) Regelungsgehalt in Bezug auf Bestandsanlagen

Bei näherer Betrachtung des § 35 Abs. 1 Nr. 1 KWKG 2016 fällt auf, dass damit sämtliche Anlagen mit Aufnahme des Dauerbetriebs vor dem 30. 6. 2016 in Bezug genommen werden – und damit streng dem Wortlaut nach auch solche, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes betrieben wurden. Im Umkehrschluss könnte daraus gefolgert werden, dass für sämtliche Bestandsanlagen oberhalb der Leistungsgrenze von 250 kW keine Übergangsvorschrift im Hinblick auf die Vermarktung des Stroms existiert und diese daher bereits seit 1. 1. 2016 in vollem Umfang der Direktvermarktungspflicht unterliegen.¹¹ Dies erscheint zunächst konsequent: Das bisherige KWKG 2012 ist einerseits zum 1. 1. 2016 außer Kraft getreten, andererseits finden sich in den Übergangsbestimmungen keine Sonderregelungen, die für Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 250 kW – unabhängig vom Zeitpunkt der Aufnahme des Dauerbetriebs – eine Ausnahme von der Direktvermarktungspflicht statuieren. Auch einer abweichenden Auslegung dürfte der insoweit klare Wortlaut kaum zugänglich sein.

b) Regelungslücke

Gleichwohl dürfen die Umstände des Zustandekommens der Regelung nicht gänzlich außer Betracht bleiben. Der Gesetzesbegründung lassen sich insoweit keine ausdrücklichen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass auch Bestandsanlagen der Direktvermarktungspflicht unterworfen werden sollten. Dort wird nur darauf verwiesen, dass es sich um eine nach Leistung gestaffelte Übergangsregelung im Hinblick auf die neu eingeführte Pflicht zur Direktvermarktung handele.¹² Eine solche Staffelung gerade im Hinblick auf die Einführung einer Direktvermarktungspflicht ist dem Energierecht indes nicht fremd: So findet sich § 37 Abs. 2 EEG 2014 ebenfalls eine schrittweise Einführung der Direktvermarktungspflicht, die an die installierte Leistung sowie den Inbetriebnahmezeitpunkt der EEG-Anlage gekoppelt ist. Die Struktur der Norm ähnelt der des

§ 35 Abs. 1 KWKG 2016 auffallend. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass in den Übergangsvorschriften¹³ die Anwendung des § 37 Abs. 2 EEG 2014 auf Bestandsanlagen mit Inbetriebnahme vor Inkrafttreten des Gesetzes ausdrücklich ausgeschlossen und somit klargestellt wird, dass eine Direktvermarktungspflicht für solche Anlagen gerade nicht besteht. Eine solche Klarstellung fehlt unzweifelhaft im Gesetzeswortlaut des KWKG 2016. Allerdings findet sich an verschiedenen Stellen in der Gesetzesbegründung ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Einführung der Direktvermarktungspflicht „[...] entsprechend dem Vorgehen bei der EEG-Novelle [...]“ erfolge.¹⁴ Dies könnte dafür sprechen, dass der Gesetzgeber im KWK-Bereich mit den Bestandsanlagen genauso verfahren wollte wie mit den EEG-Anlagen, zumal kein rechtfertigender Grund ersichtlich ist, den EEG-Anlagenbetreibern einen weiterreichenden Bestandsschutz zuzubilligen als den KWK-Anlagenbetreibern. Ein solches gesetzgeberisches Versehen bei der Formulierung des § 35 Abs. 1 KWKG 2016 dürfte auch vor dem Hintergrund nicht auszuschließen sein, dass zum einen – wie oben ausgeführt – schon dem § 35 Abs. 1 Nr. 2 KWKG 2016 kein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt und zum anderen auch die Gesetzesbegründung in keiner Weise zum Gesetzeswortlaut passt.¹⁵

c) Vergleichbarer Sachverhalt

Geht man insoweit von einer planwidrigen Regelungslücke aus, lässt sich auch ohne weiteres die Vergleichbarkeit der Sachverhalte feststellen: Schon Neuanlagen mit einer installierten Leistung bis 250 kW billigt der Gesetzgeber eine gewisse Schutzbedürftigkeit zu, wenn sie in den ersten sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes den Dauerbetrieb aufnehmen. Bei Bestandsanlagen mit Inbetriebnahme vor dem 1. 1. 2016 – unabhängig von ihrer installierten Leistung – besteht diese Schutzbedürftigkeit aber in erhöhtem Maße. Denn diese Anlagen waren vor Inkrafttreten des KWKG 2016 in keiner Weise mit Fragen der Direktvermarktung konfrontiert und mussten die damit verbundenen finanziellen Risiken auch nicht in ihrer Wirtschaftlichkeitsberechnung berücksichtigen. Vielmehr durften die Anlagenbetreiber darauf vertrauen, für die ihnen gesetzlich

9 Ebenso Kachel, EnWZ 2016, 51 [53].

10 Ebenso Kachel, EnWZ 2016, 51 [53].

11 So auch Büdenbender, REE 2016, 1 [11]; Kachel, EnWZ 2016, 51 [53].

12 Vgl. BT-Drs. 18/6419, S. 52.

13 Vgl. § 100 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2014.

14 Vgl. BT-Drs. 18/6419, S. 55, ähnlich auch Seite 41.

15 Vgl. BT-Drs. 18/6419, S. 52: „[...] Diese neue Pflicht trifft demnach Betreiber von Anlagen mit einer Leistung [...] bis zu 250 Kilowatt, die nach dem 30. 6. 2016 in Betrieb genommen wurden. [...]“. Nach dem Gesetzeswortlaut sollen Anlagen mit einer Leistung von bis zu 250 kW mit Inbetriebnahme vor dem Stichtag gerade nicht der Direktvermarktungspflicht unterfallen.

zustehende, in der Regel an die Zahl der Vollbenutzungsstunden gekoppelte Förderdauer den Strom an den Netzbetreiber gegen Zahlung des Zuschlags sowie des üblichen Preises liefern zu können. Dieses Vertrauens würden sie ohne rechtfertigten Grund beraubt, würde man § 35 Abs. 1 KWKG 2016 ohne Korrektiv anwenden, was nicht zuletzt erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.

Dies zeigt sich zudem besonders eindrücklich am zeitlichen Ablauf: Das KWKG 2016 wurde erst am 30.12.2015 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und trat nur zwei Tage später in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt war für die Betreiber von Bestandsanlagen für mindestens einen Monat auch kein Wechsel in die Direktvermarktung mehr möglich, so dass sie bei wortwörtlicher Anwendung des § 35 Abs. 1 KWKG 2016 kraft Gesetzes Förderansprüche verloren hätten, ohne etwas dagegen tun zu können. Dies ist weder mit dem Willen des Gesetzgebers noch mit dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in Einklang zu bringen.

Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, § 35 Abs. 1 Nr. 1 KWKG 2016 analog anzuwenden auf sämtliche Bestandsanlagen mit Aufnahme des Dauerbetriebs vor dem 1.1.2016, sie im Ergebnis also unabhängig von der installierten Leistung von der Direktvermarktungspflicht auszunehmen. Dem steht es nicht entgegen, dass bei einer analogen Anwendung der Norm kein eigener Regelungsgehalt des § 35 Abs. 1 Nr. 1 KWKG 2016 mehr verbliebe, wie teilweise vorgebracht.¹⁶ Auch wenn Bestandsanlagen mit einer Leistung von mehr als 250 kW vollständig aus der Direktvermarktungspflicht ausgenommen werden, verbleibt ein eigenständiger Anwendungsbereich für Anlagen mit Aufnahme des Dauerbetriebs zwischen 1.1.2016 und 30.6.2016.

3. Übergangsanlagen

Eine weitere bedeutsame Übergangsvorschrift für Anlagen, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, aber vor dem 31.12.2016 den Dauerbetrieb aufnehmen (im Folgenden als „Übergangsanlagen“ bezeichnet), enthält § 35 Abs. 3 KWKG. Derartige Übergangsanlagen können noch Zuschlagszahlungen nach den §§ 4, 5 und 7 KWKG 2012 in Anspruch nehmen, wenn entweder für das Vorhaben bis zum 31.12.2012 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz vorgelegen hat (§ 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016) oder bis zum 31.12.2015 eine verbindliche Bestellung der KWKG-Anlage erfolgt ist (§ 35 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016). Praktische Relevanz hat dies vor allem für Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 kW, deren erzeugter Strom ganz oder teilweise außerhalb des öffentlichen Netzes durch den Anlagenbetreiber selbst verbraucht wird: Während nach Maßgabe des § 6 Abs. 4 KWKG 2016 für den selbstverbrauchten Strom kein Zuschlagsanspruch mehr bestünde, gewährt § 4 Abs. 3a KWKG 2012 hierfür einen Anspruch auf Zuschlagszahlung, dessen Höhe in Abhängigkeit von der installierten Leistung zwischen 5,41 Cent/kWh und 1,8 Cent/kWh

beträgt. Die Regelung dient damit dem Vertrauensschutz bei bereits fortgeschrittenen Vorhaben im Hinblick auf die gekürzte Eigenverbrauchsvergütung.¹⁷

§ 35 Abs. 3 KWKG 2016 hat seine heutige Fassung erst kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens erhalten. Im ursprünglichen Entwurf¹⁸ war als Frist für die Aufnahme des Dauerbetriebs noch der 30.6.2016 vorgesehen; zudem genügte eine verbindliche Bestellung nur für Anlagen, die keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht unterlagen. Auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses¹⁹ hin wurde schließlich der Übergangszeitraum um ein halbes Jahr verlängert und die verbindliche Bestellung vollumfänglich der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gleichgestellt. Ziel war es, das Kriterium der verbindlichen Bestellung auch auf immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen zu übertragen, die ebenfalls in der Planung weit fortgeschritten waren, eine Genehmigung aber vor dem Jahreswechsel 2015/2016 nicht mehr erlangen konnten.²⁰ Der Anwendungsbereich der Übergangsregelung wurde damit sowohl zeitlich als auch personell deutlich erweitert.

In der Praxis ist die Norm für KWK-Anlagen, die sich während des Gesetzgebungsprozesses noch in der Planung befanden und die im laufenden Kalenderjahr in Betrieb genommen werden bzw. wurden, von erheblicher Bedeutung. Gleichzeitig wirft sie aber auch eine Reihe ungeklärter Anwendungsfragen auf, angefangen bei der Definition einer „verbindlichen Bestellung“ bis hin zu der Problematik, welche Anforderungen eigentlich an das Vorliegen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu stellen sind.

a) Verbindliche Bestellung

Nach § 35 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016 kommt eine Anwendung der Fördersätze des KWKG 2012 insbesondere dann in Betracht, wenn bis zum 31.12.2015 eine „verbindliche Bestellung“ der KWK-Anlage erfolgt ist. Damit steht freilich die Frage im Raum, was hierunter eigentlich zu verstehen sein soll; dies umso mehr, als der Terminus im deutschen Recht, insbesondere im Umwelt- und Energierecht,²¹ bislang unbekannt ist. Auch das Gesetz selbst oder die Gesetzesmaterialien geben an dieser Stelle keinen weiteren Aufschluss, so dass Inhalt und Reichweite der Begrifflichkeit im Wege der Auslegung zu ermitteln sind.

16 Bündenbender, REE 2016, 1 [11], der dies als unhaltbaren Zustand bezeichnet.

17 Vgl. BT-Drs. 18/6419, S. 52.

18 Vgl. BT-Drs. 18/6419, S. 30.

19 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) vom 2.12.2015, BT-Drs. 18/6910.

20 Vgl. BT-Drs. 18/6910, S. 66.

21 Zum Begriff siehe Richter [o. Fußn. 7], S. 6 m. w. N.

aa) Begriff

Einen ersten Zugang zu einer Norm bietet dabei stets ihr Wortlaut und damit das allgemeinsprachliche Verständnis eines Begriffs.²² Demnach bedeutet „bestellen“ zunächst anfordern bzw. in Auftrag geben.²³ Verbindlich ist eine Bestellung dann, wenn das in Auftrag Gegebene bzw. Angeforderte auch verpflichtend abgenommen werden muss.²⁴ In die Rechtssprache übertragen spricht damit viel dafür, dass eine „verbindliche Bestellung“ zuvorderst den Abschluss eines Vertrages über die Lieferung einer KWK-Anlage voraussetzt. Rechtsverbindlichkeit erlangt die Bestellung nämlich erst dann, wenn sie Ausdruck zweier inhaltlich aufeinander bezogener Willenserklärungen – Angebot und Annahme – ist.²⁵ Aus einem solchen vertraglichen Verhältnis heraus kann jede Seite (Verkäufer und Käufer) von der anderen Seite die Herbeiführung des vereinbarten Erfolges (Zahlung des Kaufpreises bzw. Lieferung der Anlage) verlangen, womit der verpflichtende Charakter der Bestellung gegeben sein dürfte. Für eine solche Auslegung sprechen vor allem auch Sinn und Zweck des § 35 KWKG 2016, denn Aufgabe von Übergangsvorschriften ist es in der Regel, das Vertrauen der Marktakteure in den Fortbestand einer bestimmten Rechtslage zu schützen.²⁶ Eines solchen Schutzes bedarf es nach der gesetzgeberischen Wertung dabei im KWKG stets und bereits dann, wenn potenzielle Anlagenbetreiber noch im zeitlichen Geltungsbereich des KWKG 2012 finanzielle Verpflichtungen eingegangen sind, die sich über die Förderbedingungen des alten Gesetzes amortisieren sollten, ihnen dann aber eine Gesetzesänderung gleichsam in die Quere gekommen ist. Dies vor Augen wird auch deutlich, dass bloße einseitige Erklärungen oder Absichtsbekundungen ohne rechtlich bindenden Charakter für eine „verbindliche Bestellung“ im Sinne des Gesetzes nicht ausreichen können. Denn wo schon keine rechtliche Verpflichtung eingegangen wird, besteht auch kein (verfassungsrechtliches) Bedürfnis dafür, auf die Anwendung des alten Rechts zu bestehen. Insbesondere werden keine wirtschaftlichen Güter gefährdet, die eines besonderen Schutzes bedürften.

bb) Vertragstyp

Fraglich ist, ob ein bestimmter Vertragstyp, etwa ein Kaufvertrag, zu verlangen ist oder ob auch ein Pachtvertrag oder gar nur ein Vorvertrag ausreichend sind. Da der Gesetzgeber aber nicht auf eine aus dem BGB bekannte Vertragsart abstellt und stattdessen den rechtlich gerade nicht vorgegebenen Begriff der Bestellung gewählt hat, ist zunächst zu konstatieren, dass rein vom Wortlaut der Norm her betrachtet auch andere Vertragstypen als ein Kaufvertrag in Betracht kommen, denn auch diese binden grundsätzlich die Parteien im vorstehend beschriebenen Sinne. Es ist aber auch zu beachten, dass es sich bei den Regelungen in § 35 KWKG um Übergangsvorschriften handelt, die idealtypisch gesehen zuvorderst auf den verfassungsrechtlich vorgegebenen Eigentumsschutz abzielen.²⁷ Dies zum Maßstab genommen dürften jedenfalls Vorverträge, die lediglich auf den Abschluss eines Kaufvertrages gerichtet sind,

noch nicht in den Anwendungsbereich der hier betrachteten Übergangsregelung gehören, weil sie den Parteien zunächst nur einen Anspruch auf Abschluss eines weiteren Vertrages gewähren. Einen unmittelbaren Vermögensgegenstand, den es zu schützen gilt, begründen solche Verträge noch nicht. Diese Auslegung korrespondiert dabei durchaus mit dem kaufmännischen Verständnis des Begriffs Bestellung, das im Hinblick auf die erwartete Gegenleistung primär auf die Lieferung einer Ware zielt²⁸, was im Fall eines Vorvertrages nicht gegeben ist. Anders kann dies hingegen bei Pacht- oder Mietverträgen aussehen. Zwar sind solche Verträge im Regelfall lediglich auf begrenzte Zeit geschlossen und wirtschaftlich deshalb nicht ohne weiteres mit dem Eigentum gleichzusetzen. Doch sind zahlreiche Pachtverträge in der Praxis darauf zugeschnitten, dass sich die Investition in die KWK-Anlage für den Eigentümer und Verpächter über die Laufzeit und den Pachtzins amortisiert, so dass zumindest im Fall des Abschlusses langfristiger Pachtverträge das Vorliegen einer verbindlichen Bestellung in Betracht kommt.

cc) Person des Bestellenden

Gerade die vorstehenden teleologischen Ausführungen führen geradezu zwangsläufig zu der Frage nach der Person des verbindlich Bestellenden. Vielfach werden Anlagen in der Praxis nämlich – wie soeben ausgeführt – gerade nicht durch die zivilrechtlichen Eigentümer, sondern durch Pächter oder in ähnlicher Weise Berechtigte betrieben. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschließen, dass die „verbindliche Bestellung“ durch eine andere Person erfolgte, als denjenigen, der die Anlage letztendlich in Betrieb nimmt und betreibt. Zu denken wäre hier etwa an eine Art Zwischenerwerb, in dem zwar die Anlage ursprünglich noch vor dem 1. 1. 2016 vom Hersteller gekauft, dann aber nach diesem Datum weiter veräußert wurde. Der hier angesprochene Fall ist im Gesetz freilich nicht ausdrücklich geregelt, so dass abermals eine eingehendere Auslegung angezeigt ist.

22 Vgl. hierzu Richter [o. Fußn. 7], S. 278 m. w. N.

23 Vgl. www.duden.de/rechtschreibung/bestellen [zuletzt abgerufen am 4. 7. 2016].

24 Vgl. www.duden.de/rechtschreibung/verbindlich [zuletzt abgerufen am 4. 7. 2016].

25 Vgl. Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. (2016), Vor § 145 BGB, Rdnr. 2.

26 Vgl. etwa für das EEG BT-Drs. 16/8148, S. 76, sowie Schomerus/Ohms, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Kommentar zum EEG, 2. Aufl. (2011), § 66 EEG, Rdnr. 2.

27 Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. (2014), Art. 14 GG, Rdnr. 47.

28 Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, abrufbar im Internet unter <http://dwds.de/?qu=bestellen> [zuletzt abgerufen am 6. 7. 2016].

Ausgehend vom Wortlaut der Norm wird man zunächst festzustellen haben, dass dieser gerade nicht auf eine bestimmte Person, insbesondere nicht auf die des späteren Anlagenbetreibers abstellt. Zu bedenken ist aber, dass Übergangsvorschriften generell Ausnahmecharakter besitzen und deshalb eng auszulegen sind.²⁹ Dies berücksichtigend dürften erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob solche Personen, die eine KWK-Anlage erst nach dem 31. 12. 2015 – etwa von einem Zwischenhändler – erwerben oder die eine zwar vor dem 1. 1. 2016 vom Hersteller erworbene, aber erst nach diesem Zeitpunkt an sie verpachtete Anlage im zeitlichen Geltungsbereich des KWKG 2016 in Betrieb nehmen, tatsächlich die Anwendung des § 35 Abs. 3 KWKG 2016 beanspruchen können, denn diese Personen haben vor Inkrafttreten des KWKG 2016 keine Investitionen getätigt, die nun geschützt werden müssten. Zudem dürfte es in einem solchen Fall schon tatbestandlich an der zum Stichtag erforderlichen Verbindlichkeit fehlen. Im Ergebnis spricht nach diesseitigem Dafürhalten einiges dafür, dass die Inanspruchnahme der Übergangsregelung eine Personenidentität erfordert, so dass sich auf eine Förderung des Stroms aus der KWK-Anlage nach den Vorgaben des KWKG 2012 zunächst nur derjenige berufen kann, der die Anlage vor dem 1. 1. 2016 auch verbindlich bestellt hat.

Das vorstehend Gesagte muss jedoch nicht zwangsläufig bedeuten, dass in anders gelagerten Sachverhalten eine Förderung der KWK-Anlage nach den unter Umständen günstigeren Vorgaben des KWKG 2012 generell ausscheidet. Der verfassungsrechtlich gebotene Vertrauensschutz, dem die Übergangsvorschriften letztlich geschuldet sind und der seinerseits Artikel 14 GG (Eigentumsschutz) entlehnt ist, schützt nämlich generell das bereits Erworbene,³⁰ also insbesondere die Möglichkeit, ein unter bestimmten rechtlichen Rahmenbedingungen erworbenes Gut auch wirtschaftlich adäquat nutzen zu können. Insbesondere wird dem Grundrechtsträger das Recht gewährt, mit seinen grundrechtlich geschützten Positionen nach Belieben zu verfahren. Demnach dürfte es nicht zu beanstanden sein, wenn eine noch vor Inkrafttreten des KWKG 2016 verbindlich bestellte und im Rahmen des § 35 Abs. 3 KWKG 2016 durch den Besteller in Betrieb genommene Anlage nach der Inbetriebnahme an eine andere Person weiterverkauft oder verpachtet wird. Ihren Status als Übergangsanlage dürfte sie gleichwohl behalten. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch dringend zu einem Prozedere in der Reihenfolge: „verbindliche Bestellung – Inbetriebnahme/Förderantrag beim BAFA – Weiterveräußerung“ zu raten.

dd) Gestaltungsrechte

Fraglich ist überdies, ob es im Hinblick auf die Verbindlichkeit schädlich sein könnte, wenn die diesseits für erforderlich gehaltenen Kaufverträge Gestaltungsrechte, wie etwa ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht, vorsehen. Sicher wird man an dieser Stelle zuzugestehen haben, dass ein solches Gestaltungsrecht den sicheren Bestand des Vertrages in Frage stellt, weshalb auch die Verbindlichkeit der Bestellung in Zweifel

gezogen werden könnte. Relevanz kommt dem aber ohnehin nur dann zu, wenn sich etwa der Käufer tatsächlich dazu entscheiden sollte, von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen. Dann aber wird er die bestellte KWK-Anlage nicht mehr errichten und betreiben wollen und können, weshalb das KWKG und seine Fördervorschriften nicht zum Tragen kommen. Da es aber nicht Aufgabe des KWKG sein kann, Sachverhalte zu regeln, die seinem Anwendungsbereich im Ergebnis gar nicht unterfallen, genügt nach hiesigem Dafürhalten für die Verbindlichkeit einer Bestellung jeder den §§ 145 ff. BGB entsprechende Kaufvertrag. Die Vereinbarung vertraglicher Gestaltungsrechte, die es dem Käufer ermöglichen, sich vom Vertrag zu lösen, ist nicht schädlich.

ee) Form der verbindlichen Bestellung

Zu klären bleibt damit abschließend die Frage, ob an einen solchen Vertrag bestimmte formale Anforderungen zu stellen sind; ob etwa Schriftform gefordert werden muss. Verträge können indes stets auch formfrei gültig geschlossen werden.³¹ Sofern die Wirksamkeit eines Vertrages von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängen soll, muss dies ausdrücklich gesetzlich geregelt sein, vgl. § 125 Satz 1 BGB. An einer bestimmten gesetzlichen Formvorgabe fehlt es in § 35 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016 jedoch, so dass der Kaufvertrag über die maßgebliche KWK-Anlage keiner besonderen Form, insbesondere nicht der Schriftform bedarf. Dies leuchtet mit Blick auf Sinn und Zweck von Formvorschriften auch ein, denn diese sollen die Vertragspartner im Regelfall und zuvorderst vor bestimmten Risiken eines Vertragsabschlusses warnen.³² Freilich kann eine bestimmte gesetzlich verlangte Form auch Beweis Zwecken dienen.³³ Nachdem der Gesetzgeber an dieser Stelle aber gerade keine spezielle Form verlangt, dürfte es sich für den Betreiber einer KWK-Anlage diesbezüglich lediglich um eine Frage der Sachdienlichkeit im Hinblick darauf handeln, wie er dem BAFA als nach dem KWKG zuständige Behörde die „verbindliche Bestellung“ der Anlage noch vor dem Stichtag nachweist. Für den rechtlich verpflichtenden Charakter des hier geforderten Kaufvertrages hat ein über dessen Abschluss angefertigtes Schriftstück indes keine Bedeutung. Dem Grunde nach dürfte deshalb auch eine einseitige Bestätigung des Anlagenverkäufers darüber ausreichend sein, dass der Anlagenbetreiber die Anlage auch bei ihm zu dem maßgeblichen Stichtag käuflich erworben hat.

29 Einhellige Meinung, vgl. beispielhaft VG Trier, Urt. v. 24. 5. 2006 – 1 K 954/06 [nicht veröffentlicht].

30 BVerfG, Beschl. v. 16. 3. 1971 – 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, BVerfGE 30, 292 [335].

31 Vgl. Ellenberger, in: Palandt [o. Fußn. 25], § 125 BGB, Rdnr. 1.

32 Vgl. Ellenberger, in: Palandt [o. Fußn. 25], § 125 BGB, Rdnr. 2.

33 Vgl. Ellenberger, in: Palandt [o. Fußn. 25], § 125 BGB, Rdnr. 3.

b) Immissionsschutzrechtliche Genehmigung

Vom Gesetzgeber ausdrücklich der verbindlichen Bestellung gleichgestellt³⁴ ist der Fall, dass für die nach dem 31. 12. 2015 in Betrieb genommene KWK-Anlage zu eben diesem Stichtag eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz vorgelegen hat, vgl. § 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016. Diese Regelung, die ganz offensichtlich an die bereits aus dem EEG bekannten Normen der §§ 100 Abs. 3 und 102 EEG 2014 angelehnt ist, soll nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem solche Vorhaben erfassen, die im Zeitpunkt der Gesetzesänderung bereits fortgeschritten waren.³⁵ Insbesondere der Umstand, dass in diesem Zeitpunkt eine Genehmigung bereits vorgelegen hat, macht die besondere Schutzwürdigkeit des Anlagenbetreibers deutlich, denn gerade in den Fällen der sehr zeitaufwändigen BImSchG-Genehmigungsverfahren haben die Anlagenbetreiber regelmäßig hohe Vorlauf- und Planungskosten sowie viel Zeit investiert, die ohne die Übergangsvorschrift in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise gleichsam vernichtet würden, obwohl der Anlagenbetreiber seinerseits über bereits eine rechtlich verfestigte Position verfügte.

aa) Vorliegen einer Genehmigung

Mit Blick auf den Wortlaut der Norm, der lediglich verlangt, dass eine Genehmigung vorgelegen hat, wird man dabei allein auf die stichtagsgenaue Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Erlaubnis durch die zuständige Behörde abstellen dürfen. Nicht maßgeblich ist hingegen, dass die Genehmigung auch bestandskräftig gewesen ist. Dies erscheint auch folgerichtig, weil es der Anlagenbetreiber vielfach – besonders im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG – überhaupt nicht in der Hand hat, ob etwa noch Jahre nach Erteilung der Genehmigung Widersprüche hiergegen erhoben werden.

Sofern in der Norm, freilich ohne eine bestimmte Person oder einen bestimmten Ort zu nennen, davon die Rede ist, dass die „Genehmigung [...] vorgelegen hat“, wird man annehmen können, dass der rechtzeitige Erlass der Genehmigung durch die zuständige Behörde ausreicht. Dass die Genehmigung dem Anlagenbetreiber in verkörperter Form auch zugegangen sein muss, wird von Gesetzes wegen hingegen nicht verlangt; andernfalls wäre zu erwarten gewesen, dass sich der Gesetzgeber der aus dem Verwaltungs- bzw. Verwaltungsverfahren bekannten Diktion bedient und auf die Bekanntgabe an den Anlagenbetreiber abgestellt hätte. Sicher ließe sich einwenden, dass ein von § 35 KWKG 2016 zu schützendes Vertrauen überhaupt nur dann gegeben sein kann, wenn der Anlagenbetreiber von der Erteilung der maßgeblichen Genehmigung Kenntnis hatte, was insbesondere bei einer ordnungsgemäßen Bekanntgabe der Genehmigung noch vor dem 1. 1. 2016 der Fall sein dürfte. Es ist aber kein Grund ersichtlich, ihm den Rückgriff auf § 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016 allein deshalb zu versagen, weil ihm – obschon er von ihrem Erlass wusste – die Genehmigung nicht rechtzeitig in verkörperter Form zugestellt worden ist.

bb) Altgenehmigungen

In der Praxis anzutreffen ist zudem vielfach der Fall, dass KWK-Anlagen im Jahr 2016 auf Grundlage alter, also vor 2016 erteilter Genehmigungen errichtet werden; sei es dadurch, dass eine bislang noch nicht ausgenutzte (unter Umständen sehr alte) Genehmigung im Rahmen ihrer Gültigkeitsdauer³⁶ nunmehr beansprucht wird, sei es durch den nicht genehmigungsbedürftigen Austausch einer nach dem BImSchG genehmigten und bereits betriebenen KWK-Anlage. In beiden Varianten steht die Frage im Raum, ob erst im Jahr 2016 errichtete KWK-Anlagen noch nach den Vorgaben des KWKG 2012 gefördert werden können. Blickt man lediglich auf den bloßen Wortlaut der Norm, so wird man nicht umhinkommen festzustellen, dass auch solche Altgenehmigungen von § 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016 erfasst sind, die lange vor dem 1. 1. 2016, im Zweifel sogar noch vor dem 1. 1. 2015, erteilt wurden.

Fraglich ist aber, ob dies noch der Intention des Gesetzgebers entspricht. Wie bereits ausgeführt, sollten mit der Norm vor allem das Vertrauen der Anlagenbetreiber in den Fortbestand der alten Rechtslage sowie die hierauf hin getätigten Investitionen geschützt werden, wenn und soweit die betroffenen Projekte im Zeitpunkt des Inkrafttretens des KWKG 2016 bereits weit fortgeschritten waren.³⁷ Angesprochen sind damit offenbar in erster Linie solche Vorhaben, in denen hauptsächlich aufgrund von nicht von den Anlagenbetreibern zu vertretenen Lieferengpässen (§ 35 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016) oder wegen der von ihnen letztlich ebenfalls nicht beeinflussbaren Verfahrensdauer im Genehmigungsverfahren (§ 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016) die KWK-Anlage nicht mehr rechtzeitig vor dem 1. 1. 2016 den Dauerbetrieb aufnehmen konnte. Nicht ohne weiteres von Sinn und Zweck des § 35 KWKG 2016 umfasst sind damit aber Fälle, in denen der Anlagenbetreiber unmittelbar vor Inkrafttreten des KWKG 2016 dem Grunde nach überhaupt keine Anlage (mehr) plante und nun lediglich aus der sprachlich wohl zu weit geratenen Formulierung des Gesetzes Vorteile ziehen will, indem er auf eine „Uraltgenehmigung“ zurückgreift. Dafür spricht unter anderem, dass § 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016 auf eine nach dem BImSchG „in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. 5. 2013, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. 11. 2014 geändert worden ist“ erteilte Genehmigung abstellt. Damit sollen also offenbar nicht alle BImSchG-Genehmigungen, sondern nur solche, die auf Grundlage einer ganz bestimmten Gesetzesfassung erteilt wurden, in den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016 gehören. Anderenfalls hätte es – ähnlich wie im EEG 2014³⁸ – genügt, lediglich auf den Zitiernamen des Gesetzes zu

34 BT-Drs. 18/6910, S. 66.

35 BT-Drs. 18/6419, S. 52.

36 Vgl. hierzu § 18 Abs. 1 BImSchG.

37 BT-Drs. 18/9419, S. 52.

38 Vgl. § 100 Abs. 3 EEG 2014.

verweisen; dies umso mehr, als es sich beim BImSchG ohnehin um eine dynamische Materie handelt.³⁹ Die vom Gesetzgeber in Bezug genommene Gesetzesfassung galt aber erst ab dem 1. 1. 2015⁴⁰ und begrenzt damit von vornherein die in Frage kommenden Genehmigungen auf solche, die im Kalenderjahr 2015 erteilt wurden. Genehmigungen, die bereits vor 2015 erteilt wurden, hätten – jedenfalls idealtypisch gesehen – im Laufe des Jahres 2015 ohne weiteres ausgenutzt werden können, so dass es an dieser Stelle eines besonderen Vertrauensschutzes nicht bedarf. Dieses restriktive gesetzgeberische Vorgehen wird dabei durchaus dem grundsätzlichen Ausnahmecharakter von Übergangsvorschriften und der deshalb erforderlichen engen Auslegung⁴¹ gerecht.

Aus diesem Grund ist der überschießende Wortlaut des § 35 Abs. 3 Nr. 1 KWKG 2016 nach hiesiger Auffassung teleologisch dahin zu reduzieren, dass nur Genehmigungen, die im Jahr 2015 erteilt wurden, zur Inanspruchnahme der Übergangsvorschrift berechtigen. Realisiert der Anlagenbetreiber eine „Uralt-Genehmigung“, die bis 31. 12. 2014 erteilt wurde, unterfällt er demzufolge vollumfänglich dem zeitlichen Geltungsbereich des KWKG 2016.

c) Wahlrecht

Als letztem Aspekt zu den in § 35 Abs. 3 KWKG geregelten Ausnahmen soll hier der Frage nachgegangen werden, ob Anlagenbetreiber bei Vorliegen der Voraussetzungen der Nr. 1 oder Nr. 2 frei wählen können, ob die KWK-Anlage nun nach dem KWKG 2012 oder nach dem KWKG 2016 gefördert werden soll. Eine Antwort auf diese Frage kann durchaus erhebliche wirtschaftliche Folgen nach sich ziehen, denn das KWKG 2016 hat – wie oben bereits dargelegt – nicht nur nachteilige, sondern im Fall der beabsichtigten Netzeinspeisung für die Anlagenbetreiber im Hinblick auf die potenziell beanspruchbaren Zuschläge auch sehr positive Folgen, so dass es trotz Bestellung oder Genehmigungserteilung noch im Jahr 2015 finanziell durchaus lohnend sein kann, die Anlage nach dem KWKG 2016 fördern zu lassen. Fraglich ist aber, ob das überhaupt möglich ist.

Für ein Wahlrecht des Anlagenbetreibers streitet nach diesseitigem Dafürhalten der Wortlaut der Norm, in dem es ausdrücklich heißt: „Abweichend von Absatz 2 können Betreiber von KWK-Anlagen [...] Ansprüche geltend machen“. Nicht nur dass an dieser Stelle durch die Verwendung des Verbs „können“ eine Entscheidungsbefugnis der Anlagenbetreiber impliziert wird, die Regelung wird zudem klar zu Absatz 2 abgegrenzt („abweichend von“), der seinerseits – wie oben ausgeführt – als Vorschrift mit zwingender Rechtsfolge ausgestaltet ist. Letztlich wird aber auch an dieser Stelle der Ausnahmecharakter von Übergangsvorschriften zu berücksichtigen sein. Ziel von Gesetzesnovellen ist es dem Grunde nach nämlich stets, das neue Recht für möglichst alle zu regelnden Sachverhalte gelten zu lassen. Von diesem Grundsatz wird mit § 35 KWKG 2016 allein aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Ver-

trauensschutzes abgewichen. Beansprucht der Anlagenbetreiber diesen Schutz jedoch überhaupt nicht, so ist auch nicht ersichtlich, weshalb im zeitlichen Geltungsbereich des KWKG 2016 in Betrieb genommene KWK-Anlagen unnötig nach dem an sich abgeschafften Recht gefördert werden sollten. Nach Auffassung der Autoren kann sich der Anlagenbetreiber deshalb frei entscheiden, nach welchem Recht seine Anlage gefördert werden soll und ob er den von der Übergangsregelung angebotenen Vertrauensschutz beanspruchen will.

IV. Zusammenfassung

Mit dem Inkrafttreten des KWKG 2016 haben sich die rechtlichen Grundlagen der Förderung von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung zum Teil erheblich geändert. Dabei gilt – im Sinne des sog. „Lex-Posterior-Grundsatzes“ – das aktuelle Gesetz zunächst grundsätzlich für alle KWK-Anlagen. Dieser Grundsatz beansprucht aber nicht uneingeschränkt Geltung, sondern – wie im sehr dynamischen und gleichsam einem ununterbrochenen Novellierungsprozess unterliegenden Umwelt- und Energierecht mittlerweile üblich – nur im Rahmen der Übergangsvorschriften. Deren konkrete Ausgestaltung wiederum hat – das zeigt insbesondere ein Blick auf die Gesetzesfassung 2012 – erheblich an Komplexität zugenommen.

Mag das gesetzgeberische Vorgehen an dieser Stelle auch verfassungsrechtlich geboten und gerade in den Fällen der Fortgeltung des alten Rechts aus Sicht der Anlagenbetreiber auch zu begrüßen sein, Gesetzesauslegung und -anwendung werden damit eher unübersichtlicher, was zu einem beklagenswerten Mehr an Rechtsunsicherheit führt. Dies vor allem dann, wenn der Gesetzgeber – wie im Fall der Direktvermarktungspflicht für Altanlagen – gesetzestechnisch nur sehr unsauber arbeitet oder wenn er sich – wie im Fall der „verbindlichen Bestellung“ – bisher nicht bekannter Begrifflichkeiten bedient, ohne diese auch nur ansatzweise inhaltlich zu erläutern. Dabei konnte im Rahmen des hiesigen Beitrags nur ein erster Überblick über die noch viel zahlreicheren Anwendungsprobleme der Übergangsvorschriften des KWKG 2016 gegeben werden. Sicher sind Übergangsvorschriften immer auch Ausdruck politischen Konsensstrebens und bestimmt wird die Instanzrechtsprechung viele der hier aufgeworfenen Fragen in der nächsten Zukunft klären. Für die ohnehin gebeutelte KWK-Branche wäre jedoch eine größere Gewissenhaftigkeit bei der Schaffung des Gesetzes wünschenswert gewesen.

39 Vgl. Jarass, Kommentar zum BImSchG, 11. Aufl. (2015), § 5 BImSchG, Rdnr. 2 m. w. N.

40 Vgl. Zwölftes Gesetz zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (12. BImSchGÄndG), dort Art. 4.

41 Vgl. beispielhaft VG Trier, Urt. v. 24. 5. 2006 – 1 K 954/06 [nicht veröffentlicht].