

2009/28

Entwurfsdatum: 16. Dezember 2009

## Hinweis (*Entwurf*)

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung der §§ 27 Abs. 5 und 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 – Emissionsminimierungsbonus: Beginn und Dauer des Anspruchs

1. Der Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung nach § 27 Abs. 5 oder § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 besteht – bei Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte – ab dem Zeitpunkt der ersten, die Einhaltung der Emissionswerte bestätigenden Messung bis zum Ende desjenigen Kalenderjahres, in dem letztmalig eine Folgebeseinigung nachgewiesen wurde.
2. Für den Fall eines aufgrund fehlender Folgebeseinigung zwischenzeitlich erloschenen Anspruchs auf Zahlung der erhöhten Vergütung gilt Ziff. 1 bei erneuter Messung und Nachweis einer die Einhaltung der Emissionswerte bestätigenden behördlichen Bescheinigung entsprechend.

### I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat am 7. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke, dieser vertreten durch den rechtswissenschaftlichen Koordinator Dr. Winkler, beschlossen, zu folgender Frage ein Hinweisverfahren einzuleiten:

Ab welchem Zeitpunkt und für welchen Zeitraum besteht der Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009?

- 2 Es handelt sich dabei um eine abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfrage, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.

- 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, anknüpfend an die im Hinweisverfahren 2009/7 zu begutachtenden Fragen<sup>1</sup> ein Hinweisverfahren zur zeitlichen Dauer des Anspruchs auf Zahlung der erhöhten Vergütung gemäß §§ 27 Abs. 5 und 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 (sog. Emissionsminimierungsbonus) einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit herrsche, ab welchem Zeitpunkt und wie lange der Anspruch besteht.
- 4 Unbestritten besteht der Anspruch gemäß § 27 Abs. 5 bzw. gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009,

(...) wenn die dem Emissionsminimierungsgebot der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – (...) entsprechenden Formaldehydgrenzwerte eingehalten werden und dies durch eine Bescheinigung der zuständigen Behörde nachgewiesen wird.<sup>2</sup>

- 5 Liegen diese Voraussetzungen vor, stellt sich auf der Rechtsfolgenreihe jedoch die Frage, ob der Anspruch
- ab dem Datum der erstmalig durch Messung belegbaren Einhaltung oder
  - ab dem Datum der Bescheinigung durch die zuständige Behörde

beansprucht werden kann.<sup>3</sup>

- 6 Weiter ist zu klären, wie lange der Anspruch aufgrund einer behördlichen Bescheinigung geltend gemacht werden kann.

<sup>1</sup>Siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 07.12.2009 – 2009/7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/HinwV/2009/7>.

<sup>2</sup>§ 27 Abs. 5 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 unterscheiden sich insoweit nur redaktionell, indem die erstgenannte Norm Datum und Fundstelle der TA Luft nennt.

<sup>3</sup>Zur Frage, ob der Anspruch nach § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung voraussetzt, siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 07.12.2009 – 2009/7, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/Hinwv/2009/7>.

## 2 Herleitung

### 2.1 Vorbemerkung zu den Messverfahren

- 7 Grundsätzlich kommen zur Messung der Formaldehydemissionen einer Biogasanlage wiederkehrende oder kontinuierliche Messungen in Betracht. Einzelheiten hierzu regelt für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen die TA Luft<sup>4</sup>, insbesondere deren Nr. 5.3. Danach sind wiederkehrende Messungen der Grundsatz, wohingegen kontinuierliche Messungen gemäß Nr. 5.3.3 TA Luft nur beim Überschreiten bestimmter Masseströme und Festlegung von Emissionsbegrenzungen in Betracht kommen; diese Voraussetzungen für kontinuierliche Messungen dürften bei Biogasanlagen im Hinblick auf die Formaldehydemissionen in der Regel nicht gegeben sein.<sup>5</sup> Dementsprechend heißt es im Beschluss der Bund/Länderarbeitsgruppe Immissionsschutz (LAI), 116. Sitzung vom 17./18. September 2008,<sup>6</sup> dass die „Einhaltung der Werte (...) *einmal jährlich* durch eine nach § 26 BImSchG bekannt gegebene Stelle zu überprüfen“ ist.<sup>7</sup>
- 8 Die Clearingstelle EEG weist darauf hin, dass die damit angesprochenen Fragen der Messung ausschließlich nach immissionsschutzrechtlichen Kriterien und daher nicht von der Clearingstelle EEG zu beurteilen sind. Ob auch kontinuierliche Messungen gefordert werden können, ist von der Clearingstelle EEG nicht zu klären. In Anbetracht des Beschlusses der LAI geht dieser Hinweis jedoch davon aus, dass in der Praxis die Messungen wiederkehrend und nicht kontinuierlich erfolgen. Der nachfolgenden Darstellung liegt daher das Konzept der Einzelmessungen zugrunde.

### 2.2 Erstmaliges Entstehen des Vergütungsanspruchs

- 9 Bescheinigt die zuständige Behörde aufgrund einer Messung die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte, so besteht der Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung ab dem Zeitpunkt dieser Messung.

<sup>4</sup>Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – vom 24.07.2002, GMBL. S. 511.

<sup>5</sup>Vgl. insbes. Nr. 5.3.3.2 TA Luft.

<sup>6</sup>Beschluss auf Anlage 1 zu TOP 9.2.1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/520>.

<sup>7</sup>Hervorhebung nicht im Original. – Zu beachten ist, dass damit von der LAI kürzere Messintervalle vorgesehen werden, als in Nr. 5.3.2.1 TA Luft: „Wiederkehrende Messungen sollen jeweils nach Ablauf von drei Jahren gefordert werden.“ Die Clearingstelle EEG weist auf diesen Umstand hin, ohne zu Fragen der Messhäufigkeit Stellung zu nehmen.

- 10 Die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte ist als anspruchsbegründende Voraussetzung von den Anlagenbetreiberinnen bzw. den Anlagenbetreiber durch die Bescheinigung der zuständigen Behörde nachzuweisen. Die Bescheinigung der zuständigen Behörde beruht wiederum auf der vom Anspruchsteller, hier der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber veranlassten Messung und begründet die unwiderlegliche Vermutung, dass die dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte seit dem Zeitpunkt der Messung eingehalten wurden.
- 11 Daraus folgt, dass rückwirkend über den Tag der Messung hinaus kein Anspruch besteht, weil für die Zeit vor der Messung weder die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte noch die dies feststellende Bescheinigung der zuständigen Behörde nachgewiesen werden können.
- 12 Indes besteht der Anspruch nicht erst ab dem Datum der Bescheinigung der zuständigen Behörde, sondern schon im Zeitraum zwischen Messung und behördlicher Bescheinigung. Dies folgt zum einen daraus, dass die Bescheinigung der Behörde und damit die Vermutung der Einhaltung des Emissionsgrenzwertes sich rückwirkend auf den Tag der Messung bezieht. Zum anderen ist die Bescheinigung als solche keine materielle Anspruchsvoraussetzung, sondern lediglich eine formale. §§ 27 Abs. 5 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 wollen mit der Zahlung der erhöhten Vergütung nicht die Vorlage einer behördlichen Bescheinigung anreizen. Weder die Gesetzesformulierung noch Sinn und Zweck des Emissionsminimierungsbonus geben Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber ein zeitliches Junktum zwischen behördlicher Bescheinigung und erstmaligem Entstehen des Anspruchs setzen will. Auch besteht hierfür zur Vermeidung von Missbrauch kein Bedürfnis, weil die Behörde bei ernstlichen Zweifeln an der fortbestehenden Einhaltung der Grenzwerte ggf. der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber eine erneute Messung aufgeben oder die Bescheinigung verweigern kann. Erteilt die Behörde jedoch aufgrund der vorgelegten Messergebnisse die Bescheinigung, so gilt damit die unwiderlegliche Vermutung, dass die materielle Anspruchsvoraussetzung – Einhaltung der Grenzwerte – ab dem Zeitpunkt der Messung besteht.
- 13 Die Clearingstelle EEG weist ergänzend darauf hin, dass Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber zur Anspruchsbegründung auch darlegen und ggf. beweisen müssen, welche Strommengen sie seit dem Zeitpunkt der die Grenzwerteinhaltung bestätigenden Messung erzeugt und eingespeist haben. Um spätere Nachweisprobleme

zu vermeiden, sollten sie daher in geeigneter Weise den Zählerstand des Einspeisezählers zum Zeitpunkt der Emissionsmessung dokumentieren, bspw. durch Protokollierung auf dem Emissionsmessbericht oder – im Falle der Fernauslesung der Einspeisemengen durch den Netzbetreiber – durch unverzügliche Anzeige gegenüber dem Netzbetreiber.

### 2.3 Dauer des Vergütungsanspruchs

- 14 Die Nachweiswirkung gilt bis zum Ende desjenigen Kalenderjahres<sup>8</sup> in dem letztmalig die Formaldehydemissionsgrenzwerte eingehalten wurden und eine die bestätigenden Folgebescheinigung nachgewiesen wurde. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
- 15 Nach dem Wortlaut der § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 besteht der Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung grundsätzlich nur, *wenn* die Formaldehydgrenzwerte eingehalten werden. Hieraus ließe sich schlussfolgern, dass der Anspruch sofort entfällt, wenn die Grenzwerte überschritten werden, so dass die Einhaltung der kontinuierlichen Überprüfung bedürfte. Ein solches Verständnis ist jedoch nicht zwingend, da „wenn“ einerseits temporal (d.h. im Sinne von Gleichzeitigkeit – mit der Folge des sofortigen Entfallens des Anspruchs bei Grenzwertüberschreitung), andererseits aber auch konditional (d.h. im Sinne einer rein tatsächlichen, temporal unbestimmten Bedingung) verstanden werden kann. Im Rahmen der somit eröffneten Gesetzesauslegung bietet sich in systematischer Hinsicht ein Vergleich mit dem Landschaftspflege-Bonus (Anlage 2 Nr. VI. 2 c) zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009<sup>9</sup> sowie eine Abgrenzung zum Gülle-Bonus (Anlage 2 Nr. VI. 2 b) zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009) an: Allen drei Zuschlägen ist gemein, dass die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber selbst Einfluss auf die Einhaltung der Anspruchsvoraussetzungen nehmen kann. Bei den letztgenannten Boni entscheiden die Betreiberin bzw. der Betreiber der Anlage darüber, welche Einsatzstoffe zu welchen Anteilen zur Stromerzeugung eingesetzt werden; beim Emissionsminimierungsbonus können die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber insbesondere durch die Anlagentechnik die Formaldehydemissionen und damit die Einhaltung der Grenzwerte be-

<sup>8</sup>Zu Begriff „Kalenderjahr“ im EEG 2009 siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 05.11.2009 – 2009/13, unter 3.2.1, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/HinwV/2009/13>.

<sup>9</sup>Siehe hierzu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/EmpfV/2008/48>

einflussen.<sup>10</sup> In Anlehnung an den zeitlichen Bezugsrahmen beim Landschaftspflege-Bonus und in Abgrenzung zum Gülle-Bonus ist auch beim Emissionsminimierungsbonus das Kalenderjahr der maßgebliche Bezugszeitraum; hätte der Gesetzgeber den Nachweis der permanenten Einhaltung der Grenzwerte verlangen wollen, so hätte er wie beim Gülle-Bonus dies mittels des Wortes „jederzeit“ zum Ausdruck bringen können.<sup>11</sup>

- 16 Für die auf das Jahr der Erstmessung folgenden Kalenderjahre<sup>12</sup> folgt hieraus, dass aufgrund der wiederkehrenden Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte und der dies bestätigenden Folgebescheinigungen der zuständigen Behörde auch die über das Kalenderjahr durchgängige und damit stetige Einhaltung der Grenzwerte für jedes konsequente Kalenderjahr, in dem eine „positive“ Folgebescheinigung erteilt wird, zu unterstellen ist („Stetigkeitsfiktion“).
- 17 Können jedoch in einem Folgejahr die Formaldehydgrenzwerte nicht mehr eingehalten werden oder kann die Einhaltung der Grenzwerte nicht mehr durch eine Folgebescheinigung nachgewiesen werden, so endet der Anspruch auf den Vergütungszuschlag mit dem Ablauf des Vorjahres. Dies ergibt sich als spiegelbildliche Folge aus der kalenderjährlichen Betrachtung. Mit der auf das jeweilige Kalenderjahr bezogenen Stetigkeitsfiktion wäre es nicht vereinbar, den Anspruch bis zu dem Zeitpunkt fortbestehen zu lassen, zu dem entweder durch eine Messung oder durch eine „negative“ behördliche Bescheinigung feststünde, dass die Grenzwerte nicht mehr ein-

<sup>10</sup>Emissionen können in Abhängigkeit von Anlagengröße, Bauart, Anlagen- und Wartungszustand, momentaner Betriebsweise sowie Quantität und Qualität der Substrate stark variieren; vgl. *Ebertsch/Fiedler/Aiblinger-Madersbacher/Beck/Karrasch/Zell*, in: Bayerisches Landesamt für Umwelt (Hrsg.), *Biogashandbuch Bayern – Materialienband*, Kap. 1.6, Stand März 2007, S. 3 und Kap. 2.2.2, Stand Juli 2007, S. 17, im Internet abrufbar unter <http://www.lfu.bayern.de/abfall/fachinformationen/biogashandbuch/doc/kap16.pdf> bzw. <http://www.lfu.bayern.de/abfall/fachinformationen/biogashandbuch/doc/kap222.pdf>. Da zur Zeit die innermotorischen Optimierungsmöglichkeiten noch nicht hinreichend untersucht sind, kommen technisch v. a. Abgasnachbehandlungssysteme in Frage, um den Formaldehydgrenzwert einzuhalten. Praxisreife Verfahren stellen zur Zeit die Abgasverbrennung, SCR (Selective catalytic Reduction) Katalysatoren und Oxidationskatalysatoren inklusive Gasaufbereitung dar, vgl. dazu auch *Lossie*, Mehr Geld ohne Formaldehyd, *joule* 3/2009, 52–54, sowie die Vortragsfolien des C.A.R.M.E.N. e. V., Fachgespräch „Formaldehyd – Minderungsstechnik, Ökologie, EEG und Wirtschaftlichkeit“ vom 24.06.2009, abrufbar unter <http://www.carmenev.de/dt/portrait/sonstiges/formaldehyd/formaldehyd09.html>, insbesondere <http://www.carmen-ev.de/dt/portrait/sonstiges/formaldehyd/Lorenz.pdf>; jeweils zuletzt besucht am 14.12.2009.

<sup>11</sup>Vgl. zur parallelen Abgrenzung von Landschaftspflege- und Gülle-Bonus *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, unter 4.2.1 am Ende, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/48>.

<sup>12</sup>Zum Beginn des Vergütungsanspruchs im Jahr der Erstmessung siehe 2.2.

gehalten werden. Auch insoweit ähnelt die Rechtslage der beim Landschaftspflege-Bonus, bei dem der Anspruch auch für das gesamte Kalenderjahr besteht oder – wenn durch Gutachten einer Umweltgutachterin oder eines Umweltgutachters der überwiegende Einsatz von Landschaftspflegematerial nicht (mehr) nachgewiesen werden kann – für das gesamte Kalenderjahr nicht besteht.

- 18 Jedoch ist der Anspruch nicht notwendigerweise für das gesamte Kalenderjahr oder gar für alle folgenden Kalenderjahre ausgeschlossen, wenn die zuständige Behörde zwischenzeitlich keine Folgebescheinigung erteilt. Ein endgültiger Anspruchswegfall, wie in Anlage 2 Nr. VII. 2 zu § 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 im Zusammenhang mit dem NawaRo-Bonus vorgesehen, ist vom Gesetzgeber für den Emissionsminimierungsbonus nicht angeordnet worden, so dass ein „Wiedereinstieg“ grundsätzlich zulässig ist. Somit steht es Anlagenbetreiberinnen und -betreibern frei, die Ursachen für die (zwischenzeitliche) Grenzwertüberschreitung zu beseitigen, um danach eine erneute Messung vornehmen und die Grenzwerteinhaltung von der zuständigen Behörde bescheinigen zu lassen. Bestätigt diese sodann wieder die Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte, so setzt dies den Anspruch erneut in Gang, der dann wiederum nach den unter 2.2 beschriebenen Grundsätzen zu behandeln ist.
- 19 Die Clearingstelle EEG ist sich bewusst, dass der Wegfall des Anspruchs auf den Emissionsminimierungsbonus im laufenden Kalenderjahr wirtschaftliche Risiken für die Betreiberinnen und Betreiber von Biogasanlagen nach sich ziehen kann, insbesondere, wenn die „negative“ Messung bzw. Bescheinigung erst spät im Jahreslauf erfolgt und ggf. bereits als Abschlag geleistete Bonuszahlungen rückerstattet werden müssen. Zur Vermeidung derartiger Risiken bietet es sich an, entweder die Messung und Folgebescheinigungen relativ früh nach dem Jahreswechsel einzuholen oder die Bonuszahlungen erst nach „positiver“ Folgebescheinigung abschlagsweise geltend zu machen oder für eventuelle Erstattungen Rückstellungen zu bilden.

## Ende des Entwurfs