

2009/28

26. April 2010

## Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung der §§ 27 Abs. 5 bzw. 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 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 besteht ab dem Zeitpunkt, bezogen auf den die zuständige Behörde die Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte bescheinigt (Referenzzeitpunkt). Der Anspruch setzt stets die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte voraus. Referenzzeitpunkt kann der Zeitpunkt der ersten die Einhaltung der Emissionswerte bestätigenden Messung oder ein früherer Zeitpunkt sein. Maßgeblich ist, ab welchem Referenzzeitpunkt die behördliche Bescheinigung die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte bestätigt (Rn. 26 ff.)**
2. **Der Anspruch besteht grundsätzlich bis zum Ende desjenigen Kalenderjahres, in dem letztmalig die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte durch eine (Folge-)Bescheinigung nachgewiesen wurde (Stetigkeitsfiktion, Rn. 33 ff.) Die Stetigkeitsfiktion kann sich je nach dem Inhalt der behördlichen Bescheinigung auf ein oder mehrere Kalenderjahre erstrecken.**
3. **Abweichend von Ziff. 2 endet der Anspruch schon vor Ablauf des Kalenderjahres,**
  - (a) **wenn die Bescheinigung nur für einen befristeten oder anderweitig taggenau bestimmten bzw. bestimmbaren Zeitraum gilt: mit Ablauf der Geltungsdauer (Rn. 43),**

- (b) wenn die behördliche Bescheinigung „erlischt“, beispielsweise wenn sie aufgrund des (Nicht-)Eintretens eines in der Bescheinigung genannten Umstandes nach dem Willen der Behörde ihre Wirkung verliert: mit dem Zeitpunkt, zu dem nach dem Willen der zuständigen Behörde die Bescheinigung ihre Wirkung verliert (Rn. 44 ff.)
4. Im Falle des zwischenzeitlichen Anspruchsverlustes ist ein „Wiedereinstieg“ grundsätzlich zulässig (Rn. 48).
5. Gegen Ansprüche, die nicht spätestens bis zum 28. Februar des Folgejahres durch Vorlage der behördlichen Bescheinigung beim Netzbetreiber geltend gemacht werden, kann der Netzbetreiber die Einrede der Verjährung erheben, wenn er diese nicht mehr bei der EEG-Abrechnung des Vorjahres berücksichtigen kann; in einem solchen Fall kann der Zahlungsanspruch nur noch nach § 38 EEG 2009 erlangt werden (Rn. 32 – *Fortführung der Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 24. November 2008 – 2008/7*).

## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	3
2	Zusammenfassung der Stellungnahmen	5
3	Herleitung	9
3.1	Vorbemerkung zu den Messverfahren . . . . .	9
3.2	Erstmaliges Entstehen des Vergütungsanspruchs . . . . .	9
3.3	Verjährung . . . . .	11
3.4	Dauer des Vergütungsanspruchs . . . . .	12

## 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,<sup>1</sup> 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>2</sup> ein Hinweisverfahren zur zeitlichen Dauer des Anspruchs auf Zahlung der erhöhten Vergütung gemäß §§ 27 Abs. 5 bzw. 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. § 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>3</sup>

<sup>1</sup>Seit dem 01.01.2010 ist Dr. Winkler Mitglied der Clearingstelle EEG.

<sup>2</sup>Siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 07.12.2009 – 2009/7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2009/7>.

<sup>3</sup>§ 27 Abs. 5 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 unterscheiden sich zum einen insoweit, als die erstgenannte Norm Datum und Fundstelle der TA Luft nennt; ob dieser Unterschied nur redaktioneller Natur ist oder nicht, ist nicht Gegenstand dieses Hinweisverfahrens. Zum anderen erwähnt § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 im Gegensatz zu § 27 Abs. 5 nicht die „nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen“; zu den Konsequenzen hieraus für die Auslegung und Anwendung von § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 07.12.2009 – 2009/7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2009/7>.

- 5 Liegen diese Voraussetzungen vor, stellt sich auf der Rechtsfolgenseite jedoch die Frage, ob der Anspruch
- ab dem Datum der erstmalig durch Messung belegbaren Einhaltung
  - ab dem aus der behördlichen Bescheinigung hervorgehenden Referenzzeitpunkt, ab dem die Einhaltung belegbar ist oder
  - ab dem Datum der Bescheinigung durch die zuständige Behörde

besteht.<sup>4</sup>

- 6 Weiter ist zu klären, wie lange der Anspruch aufgrund einer behördlichen Bescheinigung geltend gemacht werden kann.
- 7 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>5</sup> akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 5. Februar 2010 gemäß § 25b Abs. 2 VerfO Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum durch die Clearingstelle EEG erstellten Entwurf dieses Hinweises<sup>6</sup> erhalten. Die Stellungnahmen des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., des Fachverbandes Biogas e. V. und des Deutschen Bauernverbandes e. V.<sup>7</sup> sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt.
- 8 Die Beschlussvorlage haben gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler und der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt. Den Beschluss haben gemäß §§ 25a Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 und 3 VerfO der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler und die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter gefasst.

<sup>4</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, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2009/7>.

<sup>5</sup>Abrufbar über <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

<sup>6</sup>Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2009/7>.

<sup>7</sup>Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2009/7>.

## 2 Zusammenfassung der Stellungnahmen

- Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vertritt die Auffassung, dass der Anspruch ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Einhaltung der geforderten Formaldehydgrenzwerte bestätigenden Messung bestehe; ergänzend weist das Ministerium darauf hin, dass diese Messung nicht geeignet sei, eine Einhaltung des Emissionsminimierungsgebots im immissionsschutzrechtlichen Sinne zu belegen.
- Der Anspruch bestehe für den verbleibenden Zeitraum des Kalenderjahres, in dem erstmals eine die Einhaltung der geforderten Grenzwerte bestätigende Messung erfolgt ist. Sodann bestehe der Anspruch für jedes konsekutiv folgende Kalenderjahr, in dem die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber durch Vorlage einer behördlichen Bescheinigung die Einhaltung der geforderten Formaldehydgrenzwerte nachweise. Es seien weder kontinuierliche Messungen noch *jederzeit*<sup>8</sup> eine Einhaltung des Formaldehydgrenzwertes erforderlich. Der Anspruch ende mit Ablauf des vorangegangenen Kalenderjahres, wenn in einem Kalenderjahr der Anlagenbetreiber bzw. die Anlagenbetreiberin die Einhaltung der Grenzwerte nicht in der gesetzlich geforderten Form nachweist. Eine tagesscharfe Fortgeltung des Vergütungserhöhungsanspruchs bis zum Zeitpunkt der die Grenzwertüberschreitung feststellenden Messung sei zur Vermeidung von Manipulationen abzulehnen, weil andernfalls durch die Wahl eines möglichst späten Messtermins selbst in solchen Fällen der Vergütungsanspruch künstlich verlängert werden könnte, in denen bereits Anzeichen einer Grenzwertüberschreitung bestehen.
- Geht der Anspruch auf die Vergütungserhöhung zwischenzeitlich verloren, so könne dieser unter den vorgenannten Bedingungen erneut geltend gemacht werden.
- Der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. hält den Hinweisentwurf weitgehend für zutreffend, regt jedoch folgende Änderungen an:
- Nicht im Entwurf behandelt werde die Frage, wie mit Anlagen umzugehen ist, bei denen anderweitig nachgewiesen werden kann, dass sich der Anlagenzustand im Zeitraum vor der ersten Messung gegenüber dem Zustand zum Zeitpunkt der ersten Messung nicht verändert hat. Hierfür sei relevant, ob der Begriff „wenn“ in § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 im Sinne von „unter der Voraussetzung,

---

<sup>8</sup>Hervorhebung im Original.

dass“ oder von „ab dem Zeitpunkt“ verstanden wird und welche Rechtsqualität die Bescheinigung nach den genannten Normen hat.

- 14 Der BDEW ist der Auffassung, dass „wenn“ im Sinne von „unter der Voraussetzung, dass“, also konditional zu verstehen sei. Dafür spreche zum einen, dass die bei der erstmaligen Messung festgestellten Messwerte dann keine bloßen Momentaufnahmen seien, wenn die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber nachweisen könne, dass die betreffende Anlage zwischen der Inbetriebnahme und der Messung technisch nicht verändert worden sei und dass die für die Einhaltung der Messwerte erforderlichen technischen Einrichtungen – z. B. Katalysatoren – auch bereits zu dem früheren Zeitpunkt installiert waren. Zum anderen lasse der Wortlaut von § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 es zu, dass die Tatbestandsvoraussetzungen auch schon vor Durchführung der Messung gegeben sind, so dass die Messung dann nur die Feststellung eines Anlagenzustands darstelle, der gleichermaßen vor der Messung, aber auch danach vorliegen könne.
- 15 Für den Zeitraum ab der Inbetriebnahme der Anlage, frühestens ab dem 1. Januar 2009, bis zum Zeitpunkt der ersten die Einhaltung der Grenzwerte bestätigenden Messung könne der Nachweis auch anderweitig erbracht werden, beispielsweise durch Vorlage einer Bescheinigung einer Umweltgutachterin bzw. eines Umweltgutachters (§ 3 Nr. 12 EEG 2009), in geeigneten Fällen auch durch eine eigene Versicherung der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers oder durch Vorlage von anderweitigen Bescheinigungen.
- 16 Bei der Bescheinigung der zuständigen Behörde handele es sich nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um eine bloße Äußerung der Behörde, der rechtlich keine andere Qualität beizumessen sei als z. B. einem feststellenden Umweltgutachten nach Anlage 2 Nr. I.3 sowie Nr. VI.2 b) bb) Satz 2 EEG 2009.
- 17 Im Hinblick auf § 46 Nr. 3 EEG 2009 und unter Verweis auf die Empfehlung der Clearingstelle EEG vom 24. November 2008 – 2008/7<sup>9</sup> bestehe kein Anspruch auf den Zuschlag, wenn die Messung im Vorjahr erfolgte, die korrespondierende Bescheinigung jedoch erst nach dem 28. Februar des Folgejahres ausgestellt bzw. dem Netzbetreiber vorgelegt worden ist und der Netzbetreiber diese nicht mehr bei der EEG-Abrechnung des Vorjahres berücksichtigen könne; in einem solchen Fall könne der Zahlungsanspruch nur noch im Rahmen eines Verfahrens nach § 38 EEG 2009 erlangt werden.

<sup>9</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/7>.

- 18 Der BDEW begrüßt die von der Clearingstelle EEG im Hinweisentwurf vorgeschlagene kalenderjährliche Betrachtungsweise und führt aus, dass diese mit der kalenderjährlichen Nachweispflicht der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber nach §§ 45 und 46 EEG 2009 korrespondiere. Dementsprechend entfalle der Zuschlagsanspruch bei unterbleibendem Nachweis über die Einhaltung der Grenzwerte auch innerhalb des betreffenden Kalenderjahres.
- 19 Der Hinweisentwurf gehe jedoch nicht darauf ein, dass die zuständige Behörde möglicherweise die Bescheinigung gar nicht kalenderjährlich ausgibt und dass die Behörde die Bescheinigung innerhalb desselben Kalenderjahres sowohl ausstellen als auch widerrufen könnte. Es stehe nach § 28 Satz 1 BImSchG im Ermessen der Behörde, in welchem Turnus sie (Folge-)Messungen durchführt. Der Beschluss der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) vom 17./18. September 2008<sup>10</sup> sei für die zuständigen Immissionsschutzbehörden aufgrund des in § 28 BImSchG eingeräumten Ermessens rechtlich nicht bindend. Könne eine Anlagenbetreiberin bzw. ein Anlagenbetreiber in einem Jahr keine Bescheinigung erbringen, weil die Behörde aufgrund ihres Ermessens von einer Fortgeltung einer bereits in einem früheren Jahr erteilten Bescheinigung ausgehe, so werde diese Bescheinigung nicht mit Ablauf des Kalenderjahres automatisch unwirksam. Es könnte vielmehr davon auszugehen sein, dass angesichts der üblichen Messzyklen von drei Jahren eine behördliche Bescheinigung, die sich nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Geltungszeitraum bezieht, für unbestimmte Zeit gelte. In solchen Fällen könne es für die jährlich zu erbringende Nachweisführung durch die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber genügen, zu belegen, dass seit der letzten durch behördliche Bescheinigung dokumentierten Messung
- ggf. in der Bescheinigung enthaltene Auflagen – bspw. zur Durchführung von Wiederholungsmessungen – ordnungsgemäß und erfolgreich eingehalten wurden,
  - sich keine Änderungen an der Anlage ergeben haben,
  - der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber keine Kenntnis darüber vorliegt, dass die Bescheinigung zwischenzeitlich materiell falsch geworden ist, z. B. aufgrund einer Messung mit negativem Ergebnis,

<sup>10</sup>Anlage 1 zu TOP 9.2.1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/520>.

- keine in der Anlagengenehmigung vorgeschriebenen Turnusmessungen hätten durchgeführt werden müssen und
  - die Bescheinigung nicht durch Widerruf ihre Gültigkeit verloren hat.
- 20 Der Netzbetreiber könne hierfür massengeschäftstaugliche Standardvorlagen zur Verfügung stellen.
- 21 Im Hinblick auf einen im laufenden Kalenderjahr erfolgenden „Widerruf“ der behördlichen Bescheinigung gehe der Anspruch auf Zahlung des Zuschlags für das betreffende Kalenderjahr unter. Im Hinblick darauf, dass derartige Umstände nach den Erfahrungen von Netzbetreibern nicht immer zu ihrer Kenntnis gebracht werden, solle die Abrechnung nach § 46 Nr. 3 EEG 2009 und das Inrechnungstellen des Zuschlags nach § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 durch die Anlagenbetreiberin bzw. den Anlagenbetreiber so auszulegen sein, dass diese damit inzident erklären, dass die spätestens mit der Abrechnung eingereichte behördliche Bescheinigung nicht nach ihrer Erteilung von der Behörde widerrufen worden ist und dass die Anlage nach der Durchführung der Messung nicht dahingehend verändert worden ist, dass die Grenzwerte mittlerweile nicht mehr eingehalten worden sind.
- 22 **Der Fachverband Biogas e. V.** trägt sowohl das Ergebnis als auch die Begründung des Hinweistwurfes im vollen Umfang mit.
- 23 **Der Deutsche Bauernverband e. V.** schlägt vor, mangels anderer Anhaltspunkte im EEG in Anlehnung an § 28 BImSchG der behördlichen Bescheinigung eine Gültigkeit von drei Jahren beizumessen, sofern die Anlagengestaltung unverändert ist und nicht durch eine Anlagenänderung ohnehin neue Messzyklen ausgelöst werden. Die im Hinweistwurf vorgeschlagene Auslegung, nach der durch Wiedervorlage einer Emissionsbescheinigung nach einem zwischenzeitlich erloschenen Anspruch der Emissionsminimierungsbonus in einem Folgejahr wiedererlangt werden kann, erscheine dem DBV e. V. in der Umsetzung praktikabel.



## 3 Herleitung

### 3.1 Vorbemerkung zu den Messverfahren

- 24 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>11</sup>, insbesondere deren Nr. 5.3. Danach sind wiederkehrende Messungen der Grundsatz, wohingegen kontinuierliche Messungen gemäß Nr. 5.3.3 TA Luft nur bei Überschreitung 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>12</sup> Dementsprechend heißt es im Beschluss der LAI, 116. Sitzung vom 17./18. September 2008,<sup>13</sup> dass die „Einhaltung der Werte (...) *einmal jährlich* durch eine nach § 26 BImSchG bekannt gegebene Stelle zu überprüfen“ sei.<sup>14</sup>
- 25 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.

### 3.2 Erstmaliges Entstehen des Vergütungsanspruchs

- 26 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. Bescheinigt die zuständige Behörde aufgrund anderer Umstände, dass die dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formalde-

<sup>11</sup>Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – vom 24.07.2002, GMBL. S. 511.

<sup>12</sup>Vgl. insbes. Nr. 5.3.3.2 TA Luft.

<sup>13</sup>Anlage 1 zu TOP 9.2.1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/520>.

<sup>14</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.

Hydrgrenzwerte bereits ab einem früheren Zeitpunkt – bspw. der Inbetriebnahme oder der technischen Umrüstung der Anlage – eingehalten werden, so besteht der Anspruch rückwirkend – vorbehaltlich etwaiger Verjährung<sup>15</sup> – ab dem Zeitpunkt, auf den sich die behördliche Bescheinigung bezieht.

- 27 Die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte ist als anspruchsbegründende Voraussetzung von den Anlagenbetreiberinnen bzw. den Anlagenbetreibern durch die Bescheinigung der zuständigen Behörde nachzuweisen. Die Bescheinigung der zuständigen Behörde beruht häufig auf der von der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber veranlassten Messung; dies aber nicht notwendigerweise, weil das EEG 2009 den Anspruch nicht zwingend an eine Messung knüpft. Es steht daher der zuständigen Behörde frei, neben oder anstelle der Messung auch andere Erkenntnisquellen heranzuziehen, anhand derer sie zu der Überzeugung gelangt, dass die zu bescheinigenden Grenzwerte eingehalten werden. Welche Erkenntnisquellen die Behörde hierbei heranzieht, unterliegt nicht der Prüfung durch die Clearingstelle EEG; in Betracht kommen u. a. Erkenntnisse aus immissions- oder bauordnungsrechtlichen Genehmigungsverfahren hinsichtlich der Anlagentechnik und der Genehmigungsinhalte oder Begutachtungen durch Umweltgutachterinnen und -gutachter (§ 3 Nr. 12 EEG 2009). Unabhängig davon, auf welche Erkenntnisquelle die Behörde sich stützt, begründet ihre Bescheinigung die unwiderlegliche Vermutung, dass die dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte seit dem aus der Bescheinigung hervorgehenden Referenzzeitpunkt – sei es der der Messung, der der Inbetriebnahme oder ein anderer bestimmbarer Zeitpunkt – eingehalten wurden.
- 28 Daraus folgt, dass rückwirkend über den Referenzzeitpunkt hinaus kein Anspruch besteht, weil für die Zeit vor diesem Tag weder die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Formaldehydgrenzwerte noch die dies feststellende Bescheinigung der zuständigen Behörde nachgewiesen werden können.
- 29 Indes besteht der Anspruch nicht erst ab dem Datum der Bescheinigung der zuständigen Behörde, sondern schon im Zeitraum zwischen der Messung (bzw. dem in der Bescheinigung genannten Referenzzeitpunkt) 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 Referenzzeitpunkt bezieht. Zum anderen ist die Bescheinigung als solche keine materielle

---

<sup>15</sup>Siehe dazu unter 3.3.

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 Junktim 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 Erkenntnisse die Bescheinigung, so gilt damit die unwiderlegliche Vermutung, dass die materielle Anspruchsvoraussetzung – Einhaltung der Grenzwerte – ab dem Referenzzeitpunkt besteht.

- 30 Die Clearingstelle EEG weist ergänzend darauf hin, dass Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber zur Anspruchs begründung auch darlegen und ggf. beweisen müssen, welche Strommengen sie seit dem Zeitpunkt der die Grenzwerteinhalten 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.
- 31 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Ansprüche frühestens ab dem 1. Januar 2009 bestehen können, weil das bis zum 31. Dezember 2008 geltende EEG 2004 keinen Emissionsminimierungsbonus beinhaltet.

### 3.3 Verjährung

- 32 Macht eine Anlagenbetreiberin oder ein Anlagenbetreiber den Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung nach dem 28. Februar eines Jahres für das Vorjahr oder mehrere Vorjahre geltend, so können diese Ansprüche verjährt sein. Zu § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 hat die Clearingstelle EEG hierzu in der Empfehlung vom 24. November 2008 – 2008/7<sup>16</sup> ausgeführt, dass der Netzbetreiber gegen Ansprüche einer Anlagenbetreiberin bzw. eines Anlagenbetreibers, die erst nach dem 28. Febru-

<sup>16</sup>Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/7>.

ar eines Jahres für das Vorjahr geltend gemacht werden, die Einrede der Verjährung erheben kann, sobald der Netzbetreiber die gelieferten Daten nicht mehr seinerseits in den bundesweiten Ausgleich einstellen kann. Dies ist insbesondere ab dem Zeitpunkt der Fall, zu dem der Netzbetreiber verpflichtet ist, seinerseits Daten an den zeitlich nachfolgenden Empfänger weiterzugeben. Die Erhebung der Einrede der Verjährung zu einem Zeitpunkt, zu dem die Datenlieferungsempfänger die Daten noch in den Ausgleich einstellen können, ist gemäß § 226 BGB rechtsmissbräuchlich und damit unstatthaft.<sup>17</sup> Zwar hatte die Empfehlung 2008/7 die Prüfung der Fristen in § 14a EEG 2004 zum Gegenstand; jedoch haben sich die Grundstrukturen der bundesweiten Ausgleichsregelung im EEG 2009 gegenüber dem EEG 2004 insofern nicht grundlegend verändert,<sup>18</sup> so dass die von der Clearingstelle EEG in der Empfehlung bewirkte Klärung der rechtlichen Wirkung der Fristen und der Rechtsfolgen eines Fristversäumnisses grundsätzlich auch unter der Geltung des EEG 2009 Bestand haben. Somit bewirkt nunmehr jedenfalls der den Regelungsgehalt des § 14 a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004 wortgleich aufnehmende § 46 Nr. 3 EEG 2009, dass die Einrede der Verjährung erhoben werden kann, wenn bspw. die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber die behördliche Bescheinigung über die Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte erst nach dem 28. Februar für das Vorjahr oder mehrere Vorjahre dem Netzbetreiber vorlegt.

### 3.4 Dauer des Vergütungsanspruchs

- 33 Der Vergütungsanspruch gilt grundsätzlich für die Dauer, für die durch die behördliche Bescheinigung die Einhaltung der Emissionsgrenzwerte nachgewiesen werden kann und endet mit dem Ablauf desjenigen Kalenderjahres,<sup>19</sup> für das letztmalig eine die Einhaltung der Formaldehydemissionsgrenzwerte nachweisende Bescheinigung vorgelegt wurde. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

<sup>17</sup>Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 24.11.2008 – 2008/7, unter 4.1.8.2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/7>

<sup>18</sup>Die durch die Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV) v. 17.07.2009, BGBl. I S. 2101, bewirkte Ersetzung der 4. Stufe des bundesweiten Ausgleichs durch die Vermarktung der EEG-Strommengen an der Strombörse ändert *im Übrigen* nichts an der Grundstruktur des bundesweiten Ausgleichs; so auch *Rostankowski/Oschmann*, Fit für die Zukunft? – Zur Neuordnung des EEG-Ausgleichsmechanismus und weiteren Reformansätzen, RdE 2009, 361, 363.

<sup>19</sup>Zum Begriff „Kalenderjahr“ im EEG 2009 siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 05.11.2009 – 2009/13, unter 3.2.1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2009/13>.

34 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>20</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 Anlagentechnik und -betriebsweise die Formaldehydemissionen und damit die Einhaltung der Grenzwerte beeinflussen.<sup>21</sup> In Anlehnung an den zeitlichen Bezugsrah-

<sup>20</sup>Siehe hierzu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/empfv/2008/48>.

<sup>21</sup>Emissionen können in Abhängigkeit von Anlagengröße, Bauart, Anlagen- und Wartungszustand, momentaner Betriebsweise sowie Quantität und Qualität der Substrate stark variieren; vgl. zum einen *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>; zum anderen *Zikoridse/Neumann/Hofmann*, Formaldehydemissionen aus Biogas-BHKW, Schriftenreihe des Landesamtes für Umwelt, Landwirtschaft und Geologie, Heft 8/2009, zugleich Abschlussbericht zum Forschungs- und Entwicklungsvorhaben „Maßnahmen zur Minderung von Formaldehydemissionen an mit Biogas betriebenen BHKW“ im Auftrag des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft (SMUL), abrufbar unter [http://www.smul.sachsen.de/lfl/publikationen/download/3991\\_1.pdf](http://www.smul.sachsen.de/lfl/publikationen/download/3991_1.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) sowie 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 – Minderungstechnik, Ökologie, EEG und Wirtschaftlichkeit“ vom 24.06.2009,

men beim Landschaftspflege-Bonus und in Abgrenzung zum Gülle-Bonus ist auch beim Emissionsminimierungsbonus das Kalenderjahr der zunächst 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>22</sup>

- 35 Somit ist zunächst – vorbehaltlich der im Anschluss (Rn. 42 ff.) gesondert zu betrachtenden Fälle eines „Widerrufs“ oder sonstigen „Wegfalls“ der Bescheinigung – gesichert, dass der Anspruch bis zum Ablauf des Kalenderjahres, in dem eine wirksame Bescheinigung erteilt wurde, fortbesteht („Stetigkeitsfiktion“). Für den Zeitraum nach dem Ablauf des Kalenderjahres ist zu differenzieren, wie weit in die Zukunft hinein die zuständige Behörde die Einhaltung der Emissionsgrenzwerte bescheinigt:<sup>23</sup>
- 36 Im Falle **jährlicher Bescheinigungen** gilt die Stetigkeitsfiktion bis zum Ablauf desjenigen Kalenderjahres fort, in dem letztmalig eine Bescheinigung über die Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte erlangt werden kann. Erteilt die Behörde hingegen jährlich eine Folgebescheinigung, so besteht aufgrund der wiederkehrenden Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte und der dies bestätigenden Folgebescheinigungen der zuständigen Behörde auch die Vermutung, dass über das Kalenderjahr der Erstbescheinigung hinaus durchgängig und damit stetig die Grenzwerte für jedes konsecutive Kalenderjahr, in dem eine „positive“ Folgebescheinigung erteilt wird, eingehalten werden.
- 37 Können jedoch in einem Folgejahr die Formaldehydgrenzwerte nicht mehr eingehalten werden und 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 „ne-

---

abrufbar unter <http://www.carmen-ev.de/dt/portrait/sonstiges/formaldehyd/formaldehyd09.html>, insbesondere <http://www.carmen-ev.de/dt/portrait/sonstiges/formaldehyd/Lorenz.pdf>; alle genannten Fundstellen zuletzt abgerufen am 15.04.2010.

<sup>22</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>23</sup>Wie bereits unter 3.1 ausgeführt, ist es nicht Aufgabe der Clearingstelle EEG, den zuständigen Behörden Hinweise zu geben, mit welchem Inhalt die Bescheinigungen ausgestellt werden sollen und worauf die Behörde sich hierbei stützt, weil das EEG 2009 hierzu keine Aussagen enthält.

gative“ behördliche Bescheinigung feststünde, dass die Grenzwerte nicht mehr eingehalten 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.

- 38 Bescheinigungen, die **zeitlich unbestimmt** sind, können derartigen kalenderjährlichen Bescheinigungen gleichzustellen sein. Die Nachweiswirkung zeitlich unbestimmter Bescheinigungen endet im Zweifel mit dem Ablauf desjenigen Kalenderjahres, in welchem die Bescheinigung ausgestellt wurde. Dies gilt insbesondere für Bescheinigungen, die allein auf eine in der Vergangenheit liegende Messung Bezug nehmen und somit einen Anhaltspunkt dafür enthalten, dass die Bescheinigung nur die Stetigkeitsfiktion bis zum Ablauf des Kalenderjahres zu vermitteln vermag.
- 39 Umgekehrt sind Anhaltspunkte dafür, dass – auch ohne ausdrückliche Erklärung – die Bescheinigung **bis auf Weiteres** oder auf **unbestimmte Zeit** gelten soll, die Inbezugnahme von Umständen, die objektiv auch in die Zukunft weisen, wie beispielsweise die Anlagengenehmigung nebst darin enthaltener Nebenbestimmungen.<sup>24</sup> Derartige Fälle sind wie die im Folgenden beschriebenen zu behandeln.
- 40 Erteilt die Behörde ausdrücklich eine **mehrfähig wirksame Bescheinigung**, bspw. für einen festen Zeitraum oder ausdrücklich „bis auf Weiteres“, so bewirkt dies den Nachweis für den Zeitraum, für den die Bescheinigung ausgestellt wurde. Es steht der Behörde frei, aufgrund der ihr vorliegenden Erkenntnisse und anhand ihrer Fachkenntnis die Einhaltung der dem Emissionsminimierungsgebot der TA Luft entsprechenden Grenzwerte für Formaldehydemissionen auch in die Zukunft hinein zu bescheinigen, so wie es ihr unbenommen ist, anhand der behördlich vorhandenen Erkenntnisquellen die Bescheinigung für einen in die Vergangenheit reichenden Zeitraum (siehe dazu unter 3.2) zu erstellen.
- 41 In Zweifelsfällen, bei denen sich die zeitliche Reichweite der Bescheinigung nicht sicher ermitteln lässt, sollten Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sich mit der Behörde in Verbindung setzen und eine klarstellende Ergänzung der Bescheinigung erwirken.

<sup>24</sup>In Betracht kommen beispielsweise Genehmigungsbestimmungen, aus denen hervorgeht, dass aufgrund der jeweiligen Anlagentechnik und Betriebsweise die Grenzwerte eingehalten werden können, wenn nicht Veränderungen an der Technik oder Betriebsweise vorgenommen werden. Vgl. dazu auch Rn. 44.

- 42 Gesondert zu betrachten ist das **Erlöschen der Bescheinigung** durch „Widerruf“, „Befristung“ oder auf anderem Wege. Es ist nicht Aufgabe der Clearingstelle EEG, den Rechtscharakter der behördlichen Bescheinigung festzustellen. Hierbei handelt es sich in erster Linie um eine verwaltungsrechtliche Frage, zu deren Beantwortung die Clearingstelle EEG nicht berufen ist. Für die Zwecke dieses Hinweisverfahrens genügt es davon auszugehen, dass die Behörde den Inhalt der Bescheinigung in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht beschränken kann, sei es – wenn es sich bei der Bescheinigung um einen Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG)<sup>25</sup> handeln sollte – in Form von Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG), sei es – wenn die Erklärung als schlichthoheitliches Handeln („Realakt“) einzustufen sein sollte – aufgrund des konkreten Inhalts der Bescheinigung als solcher. Vereinfachend sollen die in Betracht kommenden Beschränkungen nachfolgend als „Befristung“, „Bedingungen“ oder „Auflagen“ und „Aufhebung“ beschrieben werden, ohne damit zur Frage, ob die Bescheinigung als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, Stellung zu nehmen.
- 43 Verbindet die Behörde die Bescheinigung mit einer **Befristung**, so ist der Nachweis über die Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte bis zum Ende der Frist erbracht; die Ausführungen unter Rn. 40 kommen dann entsprechend zum Tragen. Fällt die Frist nicht mit dem Jahresende zusammen, so endet der Anspruch mit dem Ablauf der Frist. Jedoch kommt die Stetigkeitsfiktion dann zum Tragen, wenn in demselben oder im folgenden Jahr eine konsekutive, an die abgelaufene Bescheinigung anknüpfende Folgebescheinigung erteilt wird; die Überlegungen unter Rn. 33 ff. gelten dann entsprechend.
- 44 Knüpft die Behörde die Fortgeltung der Bescheinigung an „Bedingungen“ oder „Auflagen“, so gilt der Nachweis solange als erbracht, wie die „Bedingungen“ und „Auflagen“ eingehalten werden. Als derartige „Nebenbestimmungen“ der Bescheinigung kommen u. a. in Betracht:
- die Einhaltung von in der Bescheinigung (oder der Anlagengenehmigung) enthaltenen Vorgaben zur Durchführung von Wiederholungsmessungen mit „positivem“ Ergebnis,
  - der Betrieb der Anlage ohne Änderungen im technischen Anlagenkonzept oder

<sup>25</sup>Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003, BGBl. I S. 102, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 1 G v. 14.08.2009, BGBl. I S. 2827.



- die Verpflichtung der Anlagenbetreiberin bzw. des Anlagenbetreibers, die zuständige Behörde über Umstände in Kenntnis zu setzen, die die Nichteinhaltung der Emissionsgrenzwerte belegen, wie z. B. eine Messung mit negativem Ergebnis.

- 45 Die Clearingstelle EEG begrüßt den Vorschlag des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., durch die Netzbetreiber massengeschäftstaugliche Standardvorlagen zur Verfügung zu stellen, um Anlagenbetreiberinnen und -betreibern bei der Vorlage der für die Endabrechnung erforderlichen Daten (§ 46 Nr. 3 EEG 2009) eine diesbezügliche vereinfachte Erklärung zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang weist die Clearingstelle EEG darauf hin, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber verpflichtet sind, Änderungen vergütungserheblicher Tatsachen dem Netzbetreiber zur Kenntnis zu geben. Unterlassen sie es, den Wegfall der Bescheinigung – bspw. aufgrund einer geänderten, zu grenzwertüberschreitenden Emissionen führenden Anlagentechnik – dem Netzbetreiber anzuzeigen, so kann dies strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Sind Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sich über die Auswirkungen, die ein Ereignis für den Bestand der Bescheinigung hat, im Unklaren, so haben sie sich hierüber mit der zuständigen Behörde und ggf. dem Netzbetreiber zu verständigen.
- 46 Wird der Umstand (die „Nebenbestimmung“), an dessen Befolgung die Bescheinigung geknüpft ist, nicht mehr eingehalten, so hat dies für den Anspruch auf Zahlung des Emissionsminimierungsbonus die vorstehend (Rn. 43) für den Fall des Fristendes beschriebenen Konsequenzen.
- 47 In Betracht kommt auch, dass die Behörde die Bescheinigung „aufhebt“, sei es nach § 49 VwVfG in Form des Widerrufs eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes bzw. nach § 48 VwVfG in Form der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, sei es durch schlicht-hoheitliche Erklärung, dass die erteilte Bescheinigung inhaltlich keinen Bestand (mehr) hat. Für die Nachweiswirkung hat dies folgende Konsequenzen: Lässt die Erklärung erkennen, dass die Aufhebung auf den Zeitpunkt der Ausstellung der aufzuhebenden Bescheinigung zurückwirken soll („Rücknahme ex tunc“), so lässt dies den Nachweis und damit auch den Anspruch rückwirkend entfallen; in Betracht kommt dies bspw. bei zu Unrecht oder irrtümlich ausgestellten Bescheinigungen. Lässt die Erklärung hingegen erkennen, dass die Aufhebung sich auf nachträglich eingetretene Tatsachen bezieht („Widerruf ex nunc“), so ist der Zeitpunkt, ab dem der „Widerruf“ wirksam wird, wie das Fristende in Rn. 43 zu behandeln.

- 48 Jedoch ist der Anspruch nicht notwendigerweise für das gesamte Kalenderjahr oder gar für alle folgenden Kalenderjahre ausgeschlossen, wenn die zuständige Behörde zwischenzeitlich keine (Folge-)Bescheinigung erteilt oder die Bescheinigung aufhebt oder diese durch Fristablauf oder mangels erfüllter Bedingung erlischt. 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 den zwischenzeitlichen Nachweiswegfall zu beseitigen, um danach aufgrund geänderter Umstände – bspw. aufgrund einer erneuten Messung – die Grenzwerteinhalten von der zuständigen Behörde wieder bescheinigen zu lassen. Bestätigt diese sodann die Einhaltung der Formaldehydgrenzwerte, so setzt dies den Anspruch erneut in Gang, der dann wiederum nach den unter 3.2 beschriebenen Grundsätzen zu behandeln ist.
- 49 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.

## Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß §§ 25c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dr. Lovens

Richter

Dr. Winkler