

## Stellungnahme

### **Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgender Frage (Verfahren 2009/28):**

Emissionsminimierungsbonus – Beginn und Dauer des Anspruchs

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?

Berlin, den 5. Februar 2010

## **Fragestellung:**

Emissionsminimierungsbonus – Beginn und Dauer des Anspruchs

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?

## **Stellungnahme:**

BDEW hält den uns übersandten Entwurf eines Hinweises zu diesem Verfahren weitgehend für zutreffend. Allerdings sollten nach unserer Ansicht noch folgende Änderungen erwogen werden:

### **1. Erstmaliges Entstehen des Vergütungsanspruchs**

Die Clearingstelle EEG geht im Entwurf des Hinweises davon aus, dass die Bescheinigung, die nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 von der zuständigen Behörde ausgestellt wird, formal anspruchsbegründend ist und dass die Bescheinigung dementsprechend den Zeitraum, der der Messung vorangegangen ist, nicht erfassen kann und dadurch für diesen Zeitraum kein entsprechender Zuschlagsanspruch entstehen kann. Die Bescheinigung wirke folglich als behördliche Bestätigung des Messergebnisses, auf das sie Bezug nimmt.

Nach Ansicht des BDEW ist fraglich, wie mit Anlagenzuständen zu verfahren ist, die vor der ersten Messung bestanden haben. Für diesen Zeitraum kann weder ein Messergebnis noch eine diesen Zeitraum abdeckende behördliche Bescheinigung herangezogen werden.

Die Frage, ob der Anlagenbetreiber auch für einen Zeitraum vor der ersten Messung einen Anspruch auf den Zuschlag haben kann, wenn er anderweitig nachweist, dass er die Anlage gegenüber dem Zustand, auf dessen Basis die Messung durchgeführt worden ist, nicht verändert hat, wird allerdings im Hinweisentwurf gar nicht behandelt. Zur Beurteilung dieser Rechtsfrage ist relevant, ob der Begriff „wenn“ in § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 als „unter der Voraussetzung, dass“ oder als „ab dem Zeitpunkt“ verstanden wird und welche Rechtsqualität die „Bescheinigung“ nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 hat.

#### **a) Auslegung des Begriffes „wenn“ in § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009**

Gegen ein rein zeitliches Verständnis des Begriffes „wenn“ spricht, dass § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 keinen Zeitraum für die Gültigkeit der behördlichen Bescheinigung als Nachweis vorgeben, wie dies die Clearingstelle EEG hier korrekterweise annimmt. Für ein konditionales Verständnis kann die Auffassung der Clearingstelle EEG sprechen, dass auch vom Gesetzgeber unterstellt wird, dass nach der Messung, auf die sich die behördliche Bescheinigung bezieht, die betreffende Anlage nicht mehr technisch verän-

dert wurde, dass folglich die Messergebnisse und damit die behördliche Bescheinigung weiterhin Gültigkeit haben, obwohl realiter die Anlage seit Durchführung der Messung technisch hätte verändert werden können.

Diese Auffassung ist dem System von § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 entlehnt und kann faktisch im Einzelfall zutreffen. Sie kann jedoch auch wegen zwischenzeitlichen technischen Änderungen an der Anlage bereits innerhalb des laufenden Kalenderjahres nicht mehr aktuell sein und dementsprechend zu einem Anspruchsverlust führen. Demgegenüber kann die Bestätigung der Einhaltung der Messwerte durch die erstmalige behördliche Bescheinigung auch dann rechtlich relevant werden, wenn der Anlagenbetreiber nachweist, dass er die betreffende Anlage zwischen dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme und der Durchführung dieser Messung technisch nicht verändert hat und dass die für die Einhaltung der entsprechenden Messwerte erforderlichen technischen Einrichtungen, z.B. der Katalysator<sup>1</sup>, auch bereits zu diesem Zeitpunkt montiert waren. Die bei der erstmaligen Messung festgestellten Messwerte sind dann keine bloße Momentaufnahme, sondern bilden auch den technischen Anlagenzustand vor der Durchführung der Messung ab.

Zu beachten ist, dass sowohl § 27 Abs. 5 EEG 2009 als auch § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 die Formulierung „wenn die dem Emissionsminderungsgebot der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – [...] entsprechenden Formaldehydwerte eingehalten werden *und* dies durch eine Bescheinigung der zuständigen Behörde nachgewiesen wird“ enthalten. Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung der Einhaltung der Grenzwerte der TA Luft kann daher bereits vor Durchführung der Messung eingetreten sein. Die Messung stellt dann nur die Feststellung eines technischen Anlagenzustands dar, der vor dieser Messung, aber auch nach dieser Messung gleichermaßen vorliegen kann.

**b) Feststellung der Rechtsnatur der „Bescheinigung“ in § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009**

Die zweite Tatbestandsvoraussetzung ist der Nachweis durch die Bescheinigung der zuständigen Behörde. Dieser Nachweis kann für den Zeitraum vor Durchführung der behördlich initiierten Messung auch durch ein Gutachten eines Umweltgutachters erfüllt werden. Der Wortlaut von § 27 Abs. 5 EEG 2009 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 steht diesem Ergebnis nicht entgegen, da er nur den Nachweis ab Durchführung einer behördlich initiierten Messung regelt, nicht den Nachweis für den Zeitraum vor einer entsprechenden Messung. Dementsprechend sollte erwogen werden, entweder diese Argumentation in den Hinweis aufzunehmen, oder die ausschließliche Anspruchentstehung mit Durchführung einer die Einhaltung der Grenzwerte der TA Luft bestätigenden Messung und einer „nachfolgenden“ Bescheinigung der zuständigen Behörde dahingehend abzuschwächen, dass der Zuschlagsanspruch „jedenfalls“ dann gemäß dem Gesetzeswortlaut unzweifelhaft entstanden ist, wenn diese Voraussetzungen eingehalten worden sind.

---

<sup>1</sup> Vgl. von Bredow/Hammon, in: Loibl/Maslaton/von Bredow, Biogasanlagen im EEG 2009, S. 175 (Rdn. 34).

Hierbei muss der Charakter der „Bescheinigung“ entsprechend gewürdigt werden. Entgegen in der Literatur vertretenen Ansichten<sup>2</sup> handelt es sich bei dieser Bescheinigung nicht um einen feststellenden Verwaltungsakt. Eine Ermächtigungsgrundlage für die zuständige Behörde, einen entsprechenden feststellenden Verwaltungsakt zu erstellen, fehlt sowohl im Immissionsschutzrecht als auch im EEG. Gleichwohl man aufgrund der Anordnung des EEG, für den Erhalt des Bonus eine entsprechende Bescheinigung vorzulegen, von einem Anspruch des Anlagenbetreibers gegen die Behörde ausgehen könnte, eine derartige Bescheinigung auch auszustellen, nachdem sie die entsprechende Prüfung durchgeführt hat, handelt es sich letztlich um eine bloße Äußerung der Behörde, dass die aufgrund der Messung ermittelten Messergebnisse für den Messzeitpunkt feststellen, dass die Anlage die sich entweder aus der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung und deren Auflagen ergebenden Formaldehyd-Grenzwerte oder die sich aus dem Beschluss des Bund/Länderarbeitsgruppe Immissionsschutz (LAI) vom 17./18. September 2008 ergebenden Werte einhält. Anders als bei einem feststellenden Verwaltungsakt, dem das EEG bestimmte Rechtsfolgen zur Regelung eines Rechtsverhältnisses beimisst (Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes, siehe z.B. nach §§ 40 ff. EEG 2009 oder nach § 6 Abs. 1 und § 6a KWKG 2009), ist die „Bescheinigung“ hier ein bloßer Nachweis, der die Einhaltung eines Emissionsminderungsgebotes ausweist, dem ohnehin bei immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtigen Anlagen Folge zu leisten wäre. Insoweit hat die Bescheinigung aber keine andere Qualität als die feststellenden Umweltgutachten z.B. nach Anlage 2 Nr. I.3 sowie Nr. VI.2 b) bb) Satz 2 und c) Satz 2 EEG 2009.

Nach Ansicht des BDEW kann es dem Anlagenbetreiber daher auch nicht verwehrt werden, für den Zeitraum zwischen Inbetriebnahme der Anlage, jedoch frühestens ab dem 1. Januar 2009, und Durchführung der ersten Messung nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 beispielsweise durch das Gutachten eines Umweltgutachters nach § 3 Nr. 12 EEG 2009, in geeigneten Fällen auch durch eigene Versicherung oder Vorlage von anderweitigen Bescheinigungen, nachzuweisen, dass die betreffende Anlage vor der Messung unverändert bestanden hat (bzw. wann eine vor der Messung durchgeführte Maßnahme abgeschlossen war) und die im Rahmen dieser Messung festgestellten Werte innerhalb dieses Zeitraums auch eingehalten haben muss<sup>3</sup>.

Darüber hinaus sollte ergänzt werden, dass der Anspruch auf Zahlung des Zuschlags dann nach § 46 Nr. 3 EEG 2009 – unter Beachtung der Grundsätze der Empfehlung vom 24. November 2008 (Nr. 2008/7) - ausgeschlossen ist, wenn die betreffende Messung im Vorjahr erfolgt ist, die korrespondierende Bescheinigung der Behörde jedoch erst nach dem 28. Februar des laufenden Jahres ausgestellt worden ist bzw. dem Netzbetreiber vom Anlagenbetreiber erst nach dem 28. Februar des laufenden Jahres vorgelegt worden ist und er diese nicht mehr bei der EEG-Abrechnung des Vorjahres berücksichtigen kann. Der Anlagenbetreiber könnte den Zuschlagsanspruch für das vorangegangene Kalenderjahr dann nur noch im Rahmen eines Verfahrens nach § 38 EEG 2009 erlangen.

---

<sup>2</sup> Von Bredow/Hammon, in: Loibl/Maslaton/von Bredow, Biogasanlagen im EEG 2009, S. 178 (Rdn. 46).  
<sup>3</sup> So allgemein zugunsten eines Nachweisersatzes durch einen Umweltgutachter: Schäferhoff, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl., § 27 Rdn. 74.

## 2. Dauer des Zuschlagsanspruchs

Die kalenderjährliche Betrachtungsweise der Clearingstelle EEG wird von BDEW begrüßt. Hierbei sollte insbesondere auf die kalenderjährliche Nachweispflicht der Anlagenbetreiber nach §§ 45 und 46 EEG 2009 hingewiesen werden, die auch den Nachweis über die Voraussetzungen für die Zahlung dieses Zuschlags umfasst. Dementsprechend ist das Entfallen des Zuschlagszahlungsanspruchs im laufenden Jahr bei unterbliebenem Nachweis über die Einhaltung der Grenzwerte der TA Luft innerhalb des betreffenden Jahres grundsätzlich folgerichtig.

Dessen unbeschadet lassen die Ausführungen außer Betracht, dass

- a) die zuständige Behörde eine entsprechende Bescheinigung möglicherweise gar nicht in kalenderjährlichem Turnus ausgibt oder
- b) die Behörde diese Bescheinigung innerhalb desselben Kalenderjahres sowohl ausstellt als auch widerruft.

### a) Ausgabe der behördlichen Bescheinigungen nicht im Kalenderjahresturnus

Gemäß § 28 Satz 1 BImSchG werden die entsprechenden Messungen im Regelfall einmalig nach Inbetriebnahme der betreffenden Anlage vorgenommen, danach – wenn überhaupt – in einem Turnus von drei Jahren. Zu beachten ist, dass § 28 Satz 1 BImSchG sowohl die Erstmessung als auch die Folgemessungen bereits dem Grunde nach in das Ermessen der zuständigen Behörde stellt:

„Die zuständige Behörde *kann* bei genehmigungsbedürftigen Anlagen

1. nach der Inbetriebnahme oder einer Änderung im Sinne des § 15 oder des § 16 und sodann
2. nach Ablauf eines Zeitraums von jeweils drei Jahren

Anordnungen nach § 26 auch ohne die dort genannten Voraussetzungen treffen.“

Der Turnus der Folgemessungen hängt gemäß § 28 Satz 2 BImSchG von der konkreten Anlage und den dort eingesetzten Stoffen, d.h. vom konkreten Gefährdungspotential, ab:

„Hält die Behörde wegen Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen Ermittlungen auch während des in Nummer 2 genannten Zeitraums für erforderlich, so *soll* sie *auf Antrag des Betreibers* zulassen, dass diese Ermittlungen durch den Immissionsschutzbeauftragten durchgeführt werden, wenn dieser hierfür die erforderliche Fachkunde, Zuverlässigkeit und gerätetechnische Ausstattung besitzt.“

Durch den Beschluss des Bund/Länderarbeitsgruppe Immissionsschutz (LAI) vom 17./18. September 2008 wird zwar „festgelegt“, dass die Einhaltung der Werte einmal jährlich durch eine nach § 26 BImSchG bekannt gegebene Stelle zu überprüfen ist (Nr. 5 des Beschlusses). Diese Regelung ist jedoch für die zuständigen Immissionsschutzbehörden rechtlich aufgrund

des ihnen durch § 28 BImSchG eingeräumten Ermessens nicht bindend<sup>4</sup>. Geht eine Behörde z.B. aufgrund von Personalknappheit davon aus, dass ein kalenderjährlicher Messturnus bei einigen nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 potentiell anspruchsberechtigten EEG-Anlagen nicht erforderlich ist, gestützt auf ein entsprechend beurteiltes, vermindertes Gefährdungspotential, ist fraglich, ob dieses behördliche Ermessen und die hieraus resultierende Fortgeltung der ursprünglichen Bescheinigung über das Kalenderjahr der Bescheinigung hinaus im Rahmen von § 27 Abs. 5 EEG 2009 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 komplett unberücksichtigt bleiben darf. Die behördliche Bescheinigung wird nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009, die einen Kalenderjahresturnus des Nachweises nicht konkret vorschreiben, wegen Ablauf des Kalenderjahres nicht automatisch unwirksam. Diese Rechtsfolge, die von der Clearingstelle EEG inzident aufgestellt worden ist, müsste näher begründet werden.

Angesichts der üblichen Messzyklen von drei Jahren, wie sie bereits im BImSchG angelegt sind, könnte davon auszugehen sein, dass eine behördliche Bescheinigung, die sich nicht ausdrücklich auf einen konkreten Gültigkeitszeitraum bezieht, für unbestimmte Zeit gilt. In solchen Fällen könnte für die Gewährung des Bonus der auch durch eine Anlagenbetreibererklärung jährlich zu führende Nachweis genügen, dass seit der letzten durch behördliche Bescheinigung dokumentierten Messung

- etwa in der Bescheinigung enthaltene Auflagen, z.B. zur Durchführung von Wiederholungsmessungen betreffend den Formaldehydwert durch eine zugelassene Stelle, ordnungsgemäß und erfolgreich eingehalten wurden,
- sich keine Änderungen an der Anlage ergeben haben,
- dem Anlagenbetreiber keine Kenntnis vorliegt, dass die Bescheinigung zwischenzeitlich materiell falsch ist (z.B. aufgrund einer Messung mit negativem Ergebnis),
- keine Turnusmessungen nach der, der Anlage zugrundeliegenden Genehmigung hätten durchgeführt werden müssen
- und die Bescheinigung nicht durch Widerruf ihre Gültigkeit verloren hat.

Hierzu könnte der Netzbetreiber eine massengeschäftstaugliche Standardvorlage zur Verfügung stellen.

#### **b) Ausstellung und Widerruf der Bescheinigung innerhalb desselben Kalenderjahres**

Die durch § 14a Abs. 2 EEG 2004 erstmalig und durch § 46 Nr. 3 EEG 2009 fortgeschriebene Frist zur Einreichung der anspruchsbegründenden Unterlage durch den Anlagenbetreiber ist – wie mit Empfehlung der Clearingstelle vom 24. November 2008 (Nr. 2008/7) dargestellt – für die Durchführbarkeit des EEG-Lastenausgleichs essentiell. In diesem Zusammenhang ist bereits mehrfach von Netzbetreibern beobachtet worden, dass Anlagenbetreiber

---

<sup>4</sup> Von Bredow/Hammon, in: Loibl/Maslaton/von Bredow, Biogasanlagen im EEG 2009, S. 171 (Rdn. 21); Schäferhoff, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl., § 27 Rdn. 70 m.w.N.).

ihnen Unterlagen, die einen ggf. bereits bestehenden Anspruch untergehen lassen würden, nicht zur Verfügung stellen. Hierzu gehören bspw.

- nachträgliche Aufhebungen von Bebauungsplänen nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2004,
- unterbliebene Abnahmen von Modernisierungsmaßnahmen von Wasserkraftanlagen durch die zuständige Wasserbehörde trotz vorherigen positiven Bescheides nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V. mit § 6 Abs. 2 EEG 2004 bzw. § 23 Abs. 5 Satz 2 EEG 2009 (vgl. LG Konstanz, Urteil vom 25. September 2006, Az. 5 O 253/06 M, ZUR 2007, S. 101 f. am Ende) und
- Änderungen der behördlichen Genehmigungen nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 1. Alt., EEG 2004.

Aufgrund dieser Vorfälle kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein „Widerruf“ einer behördlichen Bescheinigung, der innerhalb desselben Kalenderjahres wie die Erteilung der Bescheinigung selber erfolgt, dem Netzbetreiber gar nicht zur Kenntnis gelangt. Durch diesen Widerruf würde aber – zumindest aufgrund entsprechenden Formmangels – der Anspruch des Anlagenbetreibers auf Zahlung des Zuschlags für dieses Kalenderjahr untergehen, ohne dass der Netzbetreiber dies weiß.

Die Ausführungen unter Nr. 2.3 im Hinweistwurf sollten nach Ansicht des BDEW daher um den Hinweis ergänzt werden, dass der Anlagenbetreiber mit Erstellung der Abrechnung nach § 46 Nr. 3 EEG 2009 und Inrechnungstellung des Zuschlags nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 inzident erklärt, dass die bereits im vorangegangenen Kalenderjahr oder mit dieser Abrechnung für das vorangegangene Kalenderjahr eingereichte behördliche Bescheinigung nicht zwischenzeitlich von der Behörde aufgrund aktueller Erkenntnisse widerrufen worden ist und dass die Anlage nach Durchführung der behördlich initiierten Messung nicht dahingehend verändert worden ist, dass die Grenzwerte mittlerweile nicht mehr eingehalten worden sind.

Für das häufig praktizierte „Gutschriftverfahren“ gilt entsprechendes, wenn der Anlagenbetreiber die für eine entsprechende Gutschrift des Netzbetreibers erforderlichen Unterlagen nach § 46 Nr. 3 EEG 2009 für das vorangegangene Kalenderjahr vorlegt. Sollte der Anlagenbetreiber nicht bereits mit diesen Unterlagen zusammen eine entsprechende Erklärung vorlegen, muss der Netzbetreiber diese vom Anlagenbetreiber nachfordern.

Diese Probleme gelten auch und insbesondere dann, wenn die zuständige Behörde anders als gemäß dem v.g. LAI-Beschluss die erforderlichen behördlichen Bescheinigungen nicht kalenderjährlich erstellt, sondern unbefristet „bis auf weiteres“ oder mit einer mehr als kalenderjährlichen Befristung.

### **3. Redaktioneller Hinweis**

Abschließend möchten wir darauf hinweisen, dass Fußnote 2 des Hinweistwurfes unterstellt, dass sich § 27 Abs. 5 EEG 2009 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 nur redaktionell dahingehend unterscheiden, dass § 27 Abs. 5 EEG 2009 Datum und Fundstelle der TA Luft

nennt. In der Literatur<sup>5</sup> wird allerdings diese Nennung als statischer Verweis und die Nicht-Nennung des Datums und der Fundstelle in § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 als dynamischer Verweis angesehen, was über einen bloßen redaktionellen Unterschied hinausgeht. Dies entspricht auch der Rechtsansicht des BDEW. Da jedoch dieser Unterschied zwischen § 27 Abs. 5 EEG 2009 und § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 nach Wahrnehmung des BDEW keine Auswirkungen auf die Beantwortung der Verfahrensfrage hat, regen wir an, diese Differenzierung für dieses Verfahren dahingestellt zu lassen.

**Ansprechpartner:**

Christoph Weißenborn  
Telefon: +49 30 300199-1514  
christoph.weissenborn@bdew.de

---

<sup>5</sup> Reshöft/Sellmann, ET 2009, S. 84, 86; a.A. wohl: Salje, EEG, 5. Aufl., § 66 Rdn. 31.