

## **Anlage**

**Stellungnahme des BBK Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e.V. zum Referentenentwurf der „Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung (Nachhaltigkeits VO – Biomassestrom)**

### **A. Vorbemerkung**

Nach dem Entwurf der NachVO soll es getrennte Verordnungen für den Strom- und den Verkehrsbereich geben.

Für viele Unternehmen bedeutet diese Trennung eine hohe zusätzliche bürokratische Belastung. Denn viele Akteure sind in beiden Bereichen (Strom und Verkehr) in Herstellung und Handel tätig.

**Wir empfehlen den Erlass einer einheitlichen Verordnung für den Verkehrs- und den Strombereich.**

Die bürokratischen Hürden sind für die nach der NachVO Verpflichteten auch angesichts der Vielzahl und der Undurchsichtigkeit der formellen Pflichten bereits jetzt nur mit erheblichem Aufwand zu erfüllen.

Die Grenze der Unzumutbarkeit ist spätestens dann erreicht, wenn ein in beiden Bereichen tätiges Unternehmen je nach der Art der Verwendung der Biomasse unterschiedliche Pflichten – möglicherweise sogar vor unterschiedlichen Behörden – einhalten muss.

Sollten ungeachtet der steigenden Rechtsunsicherheiten und Kompliziertheit doch zwei Verordnungen erstellt werden, so sollten zumindest die Voraussetzungen und insbesondere die formalen Anforderungen für beide Bereiche identisch geregelt werden. Alternativ könnte eine Konzentrationsklausel geregelt werden, wonach ein in

beiden Bereichen tätiges Unternehmen nur eine der beiden Verordnungen einhalten muss, und zwar für beide Anwendungen.

## **B. Zum Inhalt des NachVO-E**

### **I. Zünd- und Stützfeuererung**

Die Verordnung enthält keine Regelung zur Zünd- und Stützfeuererung.

Wir gehen daher davon aus, dass die Regelung des § 27 Abs. 1 S. 2 EEG insofern unverändert gültig bleibt. Wir empfehlen, dies auch in der Verordnung klarzustellen.

### **II. Zu Teil 2 Nachhaltigkeitsanforderungen (§§ 3 – 10)**

#### **1) Zu § 3 Anforderungen für die Vergütung**

Der Vergütungsanspruch hängt nach § 3 NachVO-E neben den in Nr. 1 und 2 genannten, unstreitig nach der EU - Richtlinie erforderlichen Kriterien von weiteren Voraussetzungen ab, die in Nr. 3 und 4 enthalten sind. Der Vergütungsanspruch besteht nach Nr. 3 nur, *„wenn die weiteren Auswirkungen der Herstellung der eingesetzten flüssigen Biomasse auf die Nachhaltigkeit nach § 9 dokumentiert worden sind“* und nach Nr. 4 zudem nur, *„sobald der Anlagenbetreiber die Anlage im Anlagenregister nach § 71 – 73 registriert hat.“*

**Die Ausgestaltung dieser in Nr. 3 und 4 genannten Voraussetzungen als Anspruchsvoraussetzung könnte einen Verstoß gegen die EU – Richtlinie darstellen.**

Die Normen sind zu unbestimmt und erzeugen erhebliche Rechtsunsicherheit. Auch in § 9 ist nicht deutlich genannt, was „weitere Auswirkungen“ im Sinne der Nr. 3 sind. Stattdessen enthält § 9 weitere unbestimmte Rechtsbegriffe, welche die Rechtsunsicherheit weiter erhöhen. So müsse die Dokumentation nach § 9 „*sachdienliche und aussagekräftige Informationen*“ enthalten. Auch hier bleibt letztlich unklar, was genau der Anlagenbetreiber tun muss.

Es ist allenfalls denkbar, diese Pflichten als Nebenpflichten zu formulieren. Ein Verstoß würde dann gegebenenfalls zu Schadensersatzforderungen oder sonstigen Nachteilen zulasten des Anlagenbetreibers führen, was ein gleich wirksames, aber milderer Mittel für den Ordnungsgeber zur Erreichung der Ziele in Bezug auf Transparenz und Kontrolle ist. Es ist hingegen unverhältnismäßig, diese Pflichten als Anspruchsvoraussetzung zu formulieren, wobei die teilweise erhebliche Unbestimmtheit der Formulierungen verschärfend hinzu kommt.

§ 75 NachVO-E enthält zwar die Klarstellung, dass die Einspeisevergütung und auch der Nawaro – Bonus bei Verstoß gegen die Registrierungspflicht nach § 3 Nr. 4 NachVO-E nicht endgültig wegfällt, sondern nur bis zum Zeitpunkt der Registrierung. Allerdings ist es bereits unverhältnismäßig, für den Zeitraum bis zur Antragstellung nur aufgrund verspäteter Registrierung die Einspeisevergütung zu verlieren.

**Die Ausgestaltung der in Nr. 3 und 4 genannten Pflichten stellt einen Verstoß gegen Art. 17 Nr. 8 der EU – Richtlinie in der Fassung der ersten Lesung vom 17.12.08 dar.**

**Danach dürfen die Mitgliedstaaten flüssige Biobrennstoffe, die in Übereinstimmung mit Art. 17 der EU – Richtlinie gewonnen werden, nicht aus**

**sonstigen Nachhaltigkeitsgründen für die Förderung oder die sonstigen in Abs. 1 genannten Zwecke außer Acht lassen.**

Überprüfungspflichten, wie sie § 3 Nr. 3 und 4 der NachVO-E regelt, sind aber nicht in Art. 17 der EU – Richtlinie enthalten, sondern in Art. 18 der EU – Richtlinie.

Art. 17 Nr. 8 enthält insofern ein Verbot einer Verschärfung der Voraussetzungen der EU – Richtlinie durch strengere nationale Vorschriften.

**Damit dürfen die in § 3 Nr. 3 und 4 NachVO-E enthaltenen Pflichten zwar grundsätzlich geregelt werden, nicht jedoch als Anspruchsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch.**

Dies gilt für die Registrierungspflicht nach § 3 Nr. 4 ebenso wie für die Informationspflicht nach § 3 Nr. 3 NachVO-E.

Wir empfehlen darüber hinaus zur Erhöhung der Rechtssicherheit auch bei Ausgestaltung der genannten Pflichten als nicht zu den Anspruchsvoraussetzungen gehörenden Nebenpflichten eine konkretere Formulierung insbesondere in Bezug auf die „weiteren Auswirkungen“ gemäß Nr. 3.

## **2) Zu § 6 Schutz von Torfmoor**

Es wird darauf hingewiesen, dass die deutsche Fassung der EU – Richtlinie in der Fassung der ersten Lesung den Begriff „Torfland“ verwendet, während in § 6 NachVO-E der Begriff „Torfmoor“ verwendet wird. Es wird eine Klarstellung des Begriffes empfohlen.

## **3) Zu § 9 Abs. 1 Weitere nachhaltige Herstellung**

Die Stufen „hoch“, „mittel“ und „niedrig“ sind einer *objektiven* Auslegung in Bezug auf die durchaus vielfältigen Möglichkeiten, die in § 9 Abs. 1 S. 2 NachVO-E genannten Nachhaltigkeitsziele zu fördern, nicht zugänglich.

Es wird darauf hingewiesen, dass sich die Bewertung der objektiven Geeignetheit einer bestimmten Maßnahme in einem kurzen Zeitraum erheblich ändern kann.

Zwar handelt es sich dabei nur um eine „Kann“ - Bestimmung, so dass davon ausgegangen wird, dass die Bewertung innerhalb der drei Stufen keinerlei Auswirkung auf den *grundsätzlichen* Nachweis der Nachhaltigkeit hat.

Allerdings dürfte Satz 3 aufgrund des engen systematischen Zusammenhangs mit den in § 9 NachVO-E genannten zwingenden Voraussetzungen der Anerkennung trotzdem zu einiger Rechtsunsicherheit führen.

Da Nutzen und Effekte einer so unbestimmten Kategorisierung nach „hoch“, „mittel“ und „niedrig“ höchst zweifelhaft sind, sollte im Hinblick darauf erwogen werden, den Satz 3 entfallen zu lassen.

#### **4) Zu § 9 Abs. 3 Weitere nachhaltige Herstellung**

Der Regelungsgehalt des § 9 Abs. 3 NachVO-E verkennt die Funktion des Art. 18 Absatz 3 Unterabsatz 3 der EU - Richtlinie.

Sollte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine entsprechende Liste mit Angaben, die die Mitgliedsstaaten von den Wirtschaftsteilnehmern verlangen sollen, erstellen, dann wäre diese Liste *abschließend* und nicht *kumulativ*.

Die von der Schnittstelle abgeforderte Dokumentation sollte nicht „*auch*“ (also zusätzlich) die von der Liste umfassten Angaben enthalten, sondern „*nur*“ diese, d.h. die Schnittstelle würde Ihrer Dokumentationspflicht durch die Angaben entsprechend dem europäisch geregelten Kriterienkatalog genügen.

Dies dürfte sich bereits daraus ergeben, dass nach Artikel 18 Absatz 3 Unterabsatz 3 der Richtlinie eine solche Liste der sachdienlichen und aussagekräftigen Angaben

sicherstellen soll, dass „die Bereitstellung dieser Angaben keinen unverhältnismäßigen administrativen Aufwand (...) darstellt.“

#### **5) Zu § 10 Weitere Anforderungen an den Nawaro - Bonus**

Nach § 10 NachVO-E bestehen für den Anspruch auf den Nawaro – Bonus zwei Abweichungen von den §§ 3 – 9 und damit besondere Voraussetzungen. Die Norm enthält eine Vorverlegung des maßgeblichen Referenzzeitpunktes:

So ist der nach §§ 4 – 6 und Anlage 1 maßgebliche Referenzzeitpunkt abweichend von § 3 nicht der 1.01.2008, sondern der 1.01.2005.

Zudem findet § 8 Abs. 2 keine Anwendung. Auch für die Berechnung des Treibhausgasminderungspotenzials gilt damit der 1.01.2005 als maßgeblicher Referenzzeitpunkt.

Die EU – Richtlinie sieht eine solche Regelung nicht vor.

#### **§ 10 NachVO-E verstößt damit gegen Art. 17 Nr. 8 der EU – Richtlinie.**

Danach dürfen die Mitgliedstaaten flüssige Biobrennstoffe, die in Übereinstimmung mit Art. 17 der EU – Richtlinie gewonnen werden, nicht aus sonstigen Nachhaltigkeitsgründen für die Förderung oder die sonstigen in Abs. 1 genannten Zwecke außer Acht lassen. Die maßgeblichen Referenzzeitpunkte werden in Art. 17 der EU-Richtlinie geregelt.

Art. 17 Abs. 1 der EU – Richtlinie differenziert dabei nicht nach der Art der Vergütung.

**Auch die Voraussetzungen der Vergütung mit dem Nawaro – Bonus sind damit an die in Art. 17 der EU – Richtlinie enthaltenen maßgeblichen Referenzzeitpunkte gebunden.**

Art. 17 Nr. 8 enthält also auch insofern ein Verbot einer Verschärfung der Voraussetzungen der EU – Richtlinie durch strengere nationale Vorschriften.

Die Begründung zu § 10 der NachVO führt dazu aus, die Bundesregierung sei vom Deutschen Bundestag im Entschließungsantrag vom 19.12.08 aufgefordert worden, die Spielräume der europäischen Nachhaltigkeitskriterien im Interesse des Klima-, Umwelt- und Naturschutzes so weit wie möglich auszuschöpfen. § 10 diene der Umsetzung dieser Forderung (Begründung zum Entwurf der NachVO, § 10, S. 93).

Die Vorverlegung des Referenzzeitpunktes sei eine Verschärfung, die nur für den Nawaro – Bonus gelte und eine erhebliche Preissteigerung für die Herstellung und Beschaffung von flüssiger Biomasse bewirke (Begründung zum Entwurf der NachVO, § 10, S. 93).

**Der Verordnungsgeber geht mit keinem Wort darauf ein, aus welchem Grund eine Verschärfung gegenüber der EU – Richtlinie rechtmäßig sein soll.**

Selbst wenn Rechtfertigungsgründe für eine Verschärfung der Anforderungen der EU – Richtlinie durch die NachVO bestünden, so raten wir dringend von einer Verschärfung von EU - Vorgaben ab. Denn es wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die Regelung des § 10 NachVO-E gerichtlich angegriffen würde. Dies würde die Schaffung eines funktionierenden Zertifizierungssystems weiter verzögern. Die Bundesregierung hat aber ein hohes Interesse an einer zügigen Umsetzung der EU – Richtlinie und an einem funktionsfähigen Nachhaltigkeitssystem.

**Wir empfehlen, die EU – Vorgaben zu übernehmen und damit den Januar 2008 als maßgeblichen Referenzzeitraum auch im Rahmen des Nawaro – Bonus zu bestimmen.**

Fristenregelungen sind darüber hinaus dem Anspruch auf den Nawaro – Bonus wesensfremd. An den Nawaro – Bonus sind keine zeitlichen, sondern stoffliche Anforderungen zu stellen.

Sinn und Zweck des Nawaro - Bonus ist es, einen Anreiz für den gezielten Anbau von Energiepflanzen zu geben (Bundestags – Drucksache 15/2864, Begründung zu § 8 Abs. 2 EEG). Abzugrenzen sind dabei insbesondere solche Pflanzen, die lediglich als Abfallprodukt eines anderen Prozesses anfallen. Diese sollen nicht erfasst sein.

Der Gesetzgeber wollte vor allem die beim Anbau von Energiepflanzen anfallenden höheren Investitionskosten im Vergleich zur Nutzung von Abfallstoffen mithilfe des Nawaro – Bonus ausgleichen.

Zeitliche Kriterien widersprechen diesem Grundgedanken und damit auch einer Vorverlegung des maßgeblichen Referenzzeitpunktes.

### **III. Zu Teil 3 Nachweis (§§ 11 – 70)**

#### **1) Zu § 11 Nachweis der Anforderungen für die Vergütung**

§ 11 NachVO-E regelt die Nachweispflichten gegenüber Netzbetreibern.

Bei vor dem 1.01.2010 bestellter und bis 31.12.2011 eingesetzter flüssiger Biomasse genügt nach § 11 Nr. 1 b) in Verbindung mit § 69 NachVO-E eine Bescheinigung

eines Umweltgutachters mit den in § 69 genannten Inhalten, wobei bei Pflanzenölen aus Nicht – EU – Staaten nach § 69 Abs. 3 das schriftliche Einverständnis des Umweltgutachters zur Beaufsichtigung bei der Durchführung von Kontrolltätigkeiten nötig ist.

Zudem ist nach § 11 Nr. 1 a in Verbindung mit § 70 NachVO-E eine vorläufige Anerkennung möglich, die bis zum 30.06.2010 befristet ist.

Unbeschadet dieser Ausnahmen ist ein Produktzertifikat nach § 14 ff. NachVO-E vorzuweisen.

**Wir empfehlen, die genannten Übergangsfristen großzügiger auszugestalten.**

**Denn es ist eher unwahrscheinlich, dass ein funktionierendes Produktzertifikatsystem bis zum 1. Januar 2010 oder bis zum 30. Juni 2010 besteht.**

## **2) Zu § 12 Weitere Nachweise**

§ 12 NachVO-E überträgt dem Anlagenbetreiber die Beweislast gegenüber dem Netzbetreiber in Bezug auf den Nachweis der Pflichten nach §§ 3 NachVO-E.

§ 12 Satz 2 NachVO-E bestimmt, dass der Anlagenbetreiber auch die in § 10 genannten Pflichten nachzuweisen hat.

**Die Ausführungen zu § 10 gelten entsprechend. § 12 NachVO-E verstößt gegen das Verschlechterungsverbot des Art. 17 Nr. 8 der EU – Richtlinie.**

## **3) Zu § 18 Transparenz der Ausstellung**

§ 18 NachVO-E ist in dieser Form zu unbestimmt. Es ist unklar, in welcher Form die Herstellerzertifikate auf welcher Internetseite veröffentlicht werden sollen. Soll es für alle Schnittstellen eine Art gemeinsame, über das Internet für Verbraucher zugängliche Transparenzplattform geben? Kann die Veröffentlichung formlos über die Firmenhomepage der Schnittstelle erfolgen, bzw. welche Art von „Internetseite“ genügt den Anforderungen des § 18? Was wären die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 18 NachVO-E?

#### **4) Zu § 21 Nr. 2 Inhalt der Produktzertifikate**

Es wird bezweifelt, dass die in § 21 Nr. 2 NachVO-E geregelten Anforderungen an die Angabe des Ortes des Anbaus der Biomasse mit der geforderten Genauigkeit erfüllbar sind. Nach dieser Vorschrift muss der Ort als Polygonzug in geographischen Koordinaten mit einer Genauigkeit von 20 Metern für jeden Einzelpunkt angegeben werden. Die Verordnung sollte zumindest unwesentliche Schwankungen und Messfehler einkalkulieren.

#### **5) Zu § 21 Nr. 7 Inhalt der Produktzertifikate**

Es gelten die Ausführungen zu § 9 Abs. 3 NachVO-E sinngemäß.

Da davon auszugehen ist, dass eine von der Europäischen Kommission der Gemeinschaften gemäß Artikel 18 Absatz 3 Unterabsatz 3 zu erstellende Liste abschließend und damit alternativ zu den Angaben gemäß § 9 Abs. 1 NachVO-E wäre, müsste § 21 Nr. 7 NachVO-E korrekt lauten:

*„(...)7. Die Dokumentation nach § 9 Absatz 1 oder 3.“*

#### **6) Zu § 23 Folgen fehlender Inhalte**

Nach § 23 NachVO-E muss der Netzbetreiber ein Produktzertifikat nicht anerkennen, wenn eine oder mehrere Angaben nach § 21 Nr. 1, 2, 3, 5, 6 oder 7 nicht oder nicht lückenlos erfolgt sind. Zwar können fehlende Daten nach § 22 NachVO-E unter den dort genannten Voraussetzungen nachgetragen werden.

Wir empfehlen aber, auch insoweit unwesentliche Schwankungen und Messfehler insbesondere im Rahmen der Nr. 2 (siehe oben zu § 21) einzukalkulieren.

## **7) Zu § 58 Kontrolle der Schnittstellen**

Dass gemäß § 58 NachVO-E mindestens einmal im Quartal obligatorisch eine Überprüfung bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen nach § 15 bzw. § 29 NachVO-E erfolgen soll, wird für bedenklich gehalten.

Es sollte in Betracht gezogen werden, ob nicht eine Verlängerung des Zeitraums auf 6 Monate ausreichend wäre.

Nach Artikel 13 Absatz 1 Unterabsatz 1 haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass die einzelstaatlichen Vorschriften verhältnismäßig und notwendig sind. Da in der Begründung zur NachVO-E selbst davon ausgegangen wird, dass Anlagenbetreiber über ausreichend große Tanks verfügen, um mit vier Teillieferungen pro Jahr auszukommen und deshalb vier Produktzertifikate auszustellen sind, ergibt sich, dass letztendlich die Ausstellung eines Produktzertifikats und die Überprüfung gemäß § 58 NachVO-E turnusmäßig in der Regel zusammenfallen dürften. Es ergibt sich damit jeweils ein immenser administrativer Aufwand.

Entsprechendes ergibt sich letztendlich für die Ausstellung der Herstellerzertifikate, da hier der Turnus gemäß § 58 NachVO-E mit dem Turnus nach § 33 NachVO-E gleichläuft.

Es sollte in Betracht gezogen werden, auch hier den Überprüfungszeitraum auf 6 Monate zu verlängern, oder zumindest eine entsprechende Ausnahmeregelung für diejenigen Schnittstellen zu schaffen, die sich über einen gewissen Zeitraum als zuverlässig erwiesen haben.

## **IV. Zur Anlage 4 (Gebührenverzeichnis)**

Die für Amtshandlungen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung anfallenden Gebühren nach dem Gebührenverzeichnis in Anlage 4 zum NachVO-E erscheinen unangemessen hoch.

Die NachVO ist für einen einfachen Anlagenbetreiber kaum verständlich. Dennoch verlangt der Verordnungsgeber für bloße Anfragen zur NachVO bis zu 1.000 EUR.

Verfasser: Luther Nierer Rechtsanwälte Partnerschaft  
Dr. Thorsten Gottwald  
Juristischer Beirat des BBK