

# ZUR VERFASSUNGS- UND EUROPARECHTLICHEN ZULÄSSIGKEIT EINES GESETZLICHEN „KOHLEAUSSTIEGS“

Rechtswissenschaftlicher Vermerk

Berlin, im November 2018

## Inhaltsübersicht

I.	Fragestellungen .....	2
II.	Stand des rechtlichen Diskurses.....	2
III.	Eigene Stellungnahme .....	3
1.	Verfassungsrecht.....	3
a)	Grundrechtsbeeinträchtigung: Verhältnismäßigkeit?.....	3
b)	Grundrechtsbeeinträchtigung: Amortisationsanspruch?.....	4
c)	Grundrechtsbeeinträchtigung: Besonderer Vertrauensschutz der Kraftwerksbetreiber? .....	4
d)	Grundrechtsbeeinträchtigung: Besonderer Vertrauensschutz der Tagebaubetreiber? .....	5
e)	Konsequenzen für den Ausstiegsfahrplan und etwaige Entschädigungsansprüche .....	6
2.	EU-Recht.....	7
a)	Nationale Regelungskompetenz, Emissionshandel.....	7
b)	Grundfreiheiten: Kapitalverkehrsfreiheit, Niederlassungsfreiheit.....	8
c)	Grundrechtecharta .....	9
3.	Ergebnis.....	9
	Literaturverzeichnis.....	10

## I. Fragestellungen

Mit Blick sowohl auf das Verfassungsrecht als auch auf das EU-Recht ist zu klären, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es dem deutschen Gesetzgeber gestattet ist, Regelungen zu schaffen, nach denen a) der Betrieb von Kraftwerken und b) der an die betreffenden Kraftwerke angeschlossene Braunkohletagebau vorzeitig beendet werden muss.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht fragt sich, in welche Grundrechte damit eingegriffen wird und ob sowie ggf. unter welchen Voraussetzungen (z.B. Übergangsfristen, Entschädigung) die Eingriffe in die betroffenen Grundrechte verhältnismäßig ausgestaltet werden können.

In EU-rechtlicher Hinsicht fragt sich, ob solche Regelungen zum einen mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) zu vereinbaren sind, zum anderen mit dem Emissionshandel. Ergänzend kommt auch insofern eine Grundrechtsprüfung in Betracht.

Der vorliegende rechtswissenschaftliche Vermerk soll die wesentlichen Erkenntnisse zu diesen Fragen auf Basis der Rechtsprechung und des rechtlichen Diskurses zusammentragen und auswerten.

## II. Stand des rechtlichen Diskurses

Die Frage wird seit einigen Jahren in der rechtlichen Literatur diskutiert. Mittlerweile liegt dazu eine Reihe von wissenschaftlichen Veröffentlichungen vor, beginnend mit einigen Ausarbeitungen zu Einzelfragen von RAin Dr. Cornelia Ziehm (2013/14), nachfolgend insbesondere mit mehreren Gutachten und Aufsätzen des Unterzeichners (umfassendes Gutachten zu den rechtlichen Spielräumen eines Kohleausstiegs für das Land Rheinland-Pfalz 2015, Aufsatz NVwZ 2015, Gutachten für Umweltbundesamt 2017, Aufsatz EnWZ 2017), von RA Dr. Olaf Däuper u.a. (RAe Becker Büttner Held, Gutachten für AGORA Energiewende 2017, Aufsatz EnWZ 2017), von RA Dirk Teßmer (Aufsatz EnWZ 2017 zu Tagebauaspekten), von Prof. Dr. Claudio Franzius (Aufsatz NVwZ 2018), von Prof. Dr. Thomas Schomerus und RA Gregor Franßen (Gutachten für BMU 2018) sowie zuletzt ein Kurzgutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages (2018) und schließlich von RA Prof. Dr. Olaf Reidt, RA Dr. Ulrich Karpenstein u.a. (RAe Redeker/Sellner/Dahs, Rechtgutachten 2018 im Auftrag eines Konsortiums aus Kohle- und Energieunternehmen).<sup>1</sup>

Alle juristischen Stellungnahmen mit Ausnahme von Reidt/Karpenstein u.a. kommen mit teils etwas unterschiedlichen Akzentuierungen zu dem Ergebnis, dass es dem deutschen Gesetzgeber grundsätzlich gestattet ist, aus Gründen des Klimaschutzes Regelungen zu schaffen, die darauf hinaus laufen, dass (1.) die Betreiber von Kraftwerken und Tagebauen den Betrieb ihrer Anlagen vorzeitig einstellen müssen, (2.) die Betreiber aus den Grundrechten keinen Anspruch auf Amortisation herleiten können, (3.) im Rahmen der Verhältnismäßigkeit jedoch sicherzustellen ist, dass die wirtschaftlichen Nachteile der betroffenen Unternehmen so gering gehalten werden müssen, wie dies ohne wesentlichen Wirkungsverlust für die gesetzlich verfolgten Ziele möglich ist und (4.) Entschädigungen im Regelfall nicht erforderlich sind, jedoch in Einzelfällen geboten sein können, in denen es zu besonderen Härten kommt.

Reidt/Karpenstein u.a. gehen demgegenüber davon aus, dass (1.) die verfassungsrechtliche Zulässigkeit „zweifelhaft“ sei, (2.) ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Amortisation bestehe, (3.) daraus ein Anspruch abzuleiten sei, die Anlagen bis zum Ende ihrer wirtschaftlichen Lebensdauer (teils bis ca. 2050) weiterbetreiben zu können, anderenfalls jedenfalls eine Entschädigung zum Ausgleich der fehlenden Amortisation zu erhalten. Darüber hinaus betonen sie (4.), dass speziell die Tagebaubetreiber ebenfalls einen entsprechenden Entschädigungsanspruch hätten.

---

<sup>1</sup> Siehe die Quellenangaben am Ende der Ausarbeitung.

### III. Eigene Stellungnahme

#### 1. Verfassungsrecht

##### a) Grundrechtsbeeinträchtigung: Verhältnismäßigkeit?

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Einordnung gehen alle juristischen Stellungnahmen davon aus, dass es sich grundsätzlich sowohl für die Kraftwerks- als auch für die Tagebaubetreiber um einen Eingriff in Art. 14 GG (Eigentumsgrundrecht) handelt, der sich nicht als Enteignung darstellt, auch wenn er schwerwiegend sein kann. Es handelt sich vielmehr um eine „Inhalts- und Schrankenbestimmung“ im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, die auf Grundlage legitimer Gemeinwohlziele zulässig sein kann. Bei den Tagebaubetreibern wird der Belastungsschwerpunkt teils im Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gesehen. Für beide Grundrechte kommt es tragend darauf an, ob sich die Eingriffe auf Grundlage legitimer Ziele als verhältnismäßig darstellen.

In Anbetracht des (auch verfassungsrechtlich, vermittelt durch Art. 20a GG) herausragenden Gewichts der Klimaschutzziele, zu denen sich Deutschland auch völkerrechtlich verpflichtet hat, die jedoch ohne einen raschen geordneten Ausstieg aus der Kohleverstromung (deutlich vor 2050) nicht erreichbar sind, kann kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass es grundsätzlich verhältnismäßig ist, dem Klimaschutz in der gesetzlichen Abwägung das ausschlaggebende Gewicht beizumessen.

Hieran äußern Reidt/Karpenstein in ihrem Gutachten Zweifel, und zwar für alle Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit). Hinsichtlich der Stufen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit sind die Zweifel aus rechtswissenschaftlicher Sicht fernliegend. Bedeutsam sind sie nur für die dritte Stufe der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne), auf der eine Zweck-Mittel-Abwägung vorzunehmen ist. Im Einzelnen:<sup>2</sup>

- Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie dem verfolgten Ziel nützlich ist. Das verfolgte Ziel ist der geordnete Umbau des Energieversorgungssystems. Dahinter stehen Klimaschuttmotive. Dem ist ein „Ausstiegsfahrplan“ aus der Kohle dienlich. Daran ändern auch Erwägungen nichts, mit denen in Frage gestellt wird, ob es (kurzfristig) überhaupt zu nennenswerten Emissionsminderungen kommt, weil u.U. andere Kraftwerke „einspringen“ würden. Denn es geht nicht nur um die Abschaltung als solche, sondern darum, dass ein verlässlicher Emissionsminderungspfad für den Umbau des Energiesystems sichergestellt wird.
- Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gibt, welches eine vergleichbare Wirkung hat. Andere Mittel mit vergleichbar starker und zielgenauer Wirkung sind nicht vorhanden. Es mag mildere Mittel geben, sie sind aber nicht vergleichbar wirksam.
- Hinsichtlich der Angemessenheit wird gefragt, ob der erreichbare Nutzen in einem angemessenen Verhältnis zur konkreten Beeinträchtigungswirkung steht. Hier findet daher eine Abwägung statt, in der die Zweck-Mittel-Relation wertend betrachtet wird. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass sich die mit den gesetzlichen Maßnahmen verfolgten Klimaschutzziele grundsätzlich gegen die Einzelinteressen der wirtschaftlich Betroffenen durchsetzen.<sup>3</sup> Darauf, dass die Verstromung von Kohle und insb. von Braunkohle lange Zeit als im Gemeinwohlinteresse liegend betrachtet wurde, können sich die Betreiber heute nicht mehr berufen. Es kann dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, dem Klimaschutz als überragendem Anliegen des Gemeinwohls den Vorrang vor dem Interesse an einer großenteils auf heimischer Kohle beruhender Energieversorgung zu geben, zumal sich Deutschland auch bereits

<sup>2</sup> Zusammenfassend zu den Verhältnismäßigkeitskriterien BVerfG, Beschluss vom 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, S. 157, 173 ff.

<sup>3</sup> Eine ausdrückliche Berufung auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit) ist hierfür nicht nötig, kann aber angesichts der weltweit enormen Beeinträchtigungen der Gesundheit und des Lebens durch die Kohleemissionen durchaus verstärkend in der Abwägung berücksichtigt werden.

völkerrechtlich dahin gebunden hat. Dafür ist es notwendig, einen energiewirtschaftlichen Umbauprozess zu organisieren.

Damit allein ist aber noch nicht geklärt, welche Bedeutung den Grundrechtsbeeinträchtigungen bei der näheren Ausgestaltung des Ausstiegsfahrplans und etwaigen Entschädigungsansprüchen konkret zukommt. Falls davon auszugehen sein sollte, dass das Eigentumsgrundrecht an sich einen Anspruch auf Amortisation begründet oder ein besonderer Vertrauensschutz aus den jeweiligen Genehmigungen für die Bestandsanlagen abzuleiten sein sollte, hätte dies unter Umständen wesentliche Auswirkungen auf die zeitliche Planung oder darauf, ob und ggf. in welcher Höhe Entschädigungen beansprucht werden können.

#### **b) Grundrechtsbeeinträchtigung: Amortisationsanspruch?**

Aus der Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) und Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ergibt sich eindeutig, dass aus dem Eigentumsgrundrecht kein Anspruch auf Amortisation abgeleitet werden kann (aus der Berufsfreiheit ohnehin nicht). In seiner Entscheidung zum Verbot der Käfighaltung von Hühnern (die wie hier bei den Kraftwerken die vorzeitige Stilllegung von immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlagen zur Folge hatte) formulierte das BVerwG: „Auch ein Recht darauf, von Neuregelungen verschont zu bleiben, bis einmal getätigte Investitionen sich vollständig amortisiert haben, besteht nicht. [...] Die Klägerin übersieht, dass die enttäuschte Erwartung, getätigte Investitionen würden sich amortisieren, nicht per se den Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG genießt“.<sup>4</sup> Die Entscheidung wurde beanstandungsfrei vom BVerfG bestätigt.<sup>5</sup>

Eine vollständige Amortisation kann folglich nicht beansprucht werden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist der Gesetzgeber aber gehalten sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Belastung nicht höher liegt, als dies zur Erreichung der verfolgten Ziele notwendig ist. Im Übrigen hat er Gleichheitsgesichtspunkte zu berücksichtigen, muss seine Regelungen also danach ausrichten, dass die einzelnen Betreiber bei vergleichbarer Ausgangssituation grundsätzlich gleich belastet werden.

#### **c) Grundrechtsbeeinträchtigung: Besonderer Vertrauensschutz der Kraftwerksbetreiber?**

Fraglich ist, ob den Interessen der Kraftwerksbetreiber am Fortbetrieb ihrer Anlagen bei der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmenden Abwägung ein besonderes Gewicht zukommt, weil sie auf den Bestand einer unbefristeten Anlagengenehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) vertraut haben. Das liegt auf den ersten Blick nahe. Nach der vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG)<sup>6</sup> bestätigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)<sup>7</sup> entfaltet die Anlagengenehmigung aber nur im Hinblick auf diejenigen Rechtsbereiche eine Vertrauensschutzwirkung, die dem BImSchG selbst zuzuordnen sind – jedoch keine Schutzwirkung gegenüber Änderungen der Rechtslage in anderen rechtlichen Bereichen wie etwa dem Energierecht oder einem gesonderten Klimaschutzrecht.

Da weder die Frage, auf welchen Energiequellen die Stromversorgung in Deutschland beruhen soll, noch die Minderung von Treibhausgasemissionen beim einzelnen Kraftwerk zu irgendeinem Zeitpunkt Gegenstand der Anlagengenehmigung nach dem BImSchG war, konnten die Kraftwerksbetreiber aus der Anlagengenehmigung nicht darauf schließen, von klimapolitisch motivierten gesetzlichen Regelungen an anderer Stelle verschont zu bleiben. Hinsichtlich der Minderung von Treibhausgasemissionen befindet sich seit 2004 sogar eine ausdrückliche Regelung im BImSchG (§ 5 Abs. 2), nach der die Reduzierung der Treibhausgasemissionen nicht Gegenstand der Anlagengenehmigung

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009 – 7 C 14/08 (Nutztierhaltungsverordnung), DVBl. 2009, 1054 (Rn. 37) unter Berufung auf BVerfG, Beschluss vom 20.11.2003 – 1 BvR 1680/03.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.01.2010 – 1 BvR 1627/09, BVerfGK 16, 473.

<sup>6</sup> Eingehend BVerfG, Beschluss vom 14.01.2010 – 1 BvR 1627/09, BVerfGK 16, 473 (insb. Rn. 49-53).

<sup>7</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009 – 7 C 14/08 (Nutztierhaltungsverordnung), DVBl. 2009, 1054 (Rn. 25).

ist, sondern des Emissionshandels. Spätestens seit diesem Zeitpunkt musste den Kraftwerksbetreibern klar sein, dass sie mit einer vorzeitigen (vor der Amortisation eintretenden) Stilllegung der Anlagen rechnen müssen, wenn/weil sich der Weiterbetrieb der Anlagen wegen der hohen Zertifikatspreise im Emissionshandel nicht mehr lohnen können sollte.

Reith/Karpenstein kehren diesen Zusammenhang um, indem sie davon ausgehen, der Gesetzgeber habe sich 2004 darauf festgelegt, keine anderen Instrumente als den Emissionshandel zur Treibhausgas-minderung einzusetzen. Das ergibt sich aber aus der maßgebenden Regelung im BImSchG (§ 5 Abs. 2) nicht. Sie enthält kein Garantieverprechen, dass der Gesetzgeber außerhalb des BImSchG-Kontextes keine weiteren, über den Emissionshandel hinausgehenden Instrumente des Klimaschutzes ergreifen wird. Vielmehr besteht ihr sachlicher Gehalt darin, die Treibhausgas-minderung aus dem inhaltlichen Bereich der Anlagengenehmigung auszuschließen – mit der Folge, dass die Anlagenbetreiber aus ihr gerade nicht schließen können, auf Dauer von anderen Klimaschutzinstrumenten verschont zu werden. Zudem: Auch Erwägungsgrund 23 der Emissionshandels-Richtlinie der EU gestattete den Mitgliedstaaten ausdrücklich von Beginn an, den Einsatz von weiteren „ordnungs- und steuerpolitischen sowie sonstigen Maßnahmen“ zu prüfen (näher zum Emissionshandel unter 2. a)).

#### d) Grundrechtsbeeinträchtigung: Besonderer Vertrauensschutz der Tagebaubetreiber?

Auch die Tagebaubetreiber sind mit einer schwerwiegenden Belastung ihrer Rechtspositionen konfrontiert. Die Tagebaue sind großenteils auf die Versorgung bestimmter Kraftwerke ausgerichtet, so dass sich ihr Fortbetrieb nicht mehr lohnen dürfte, wenn die Kraftwerke geschlossen werden. Insofern gehen die verschiedenen juristischen Stellungnahmen teils von einem mittelbaren Eingriff in das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) aus, teils von einem mittelbaren Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Welches Grundrecht betroffen ist oder welche Beeinträchtigungsart vorliegt, kann aber letztlich dahinstehen, weil die Prüfungsmaßstäbe für die Zulässigkeit von Beeinträchtigungen und die Erforderlichkeit von Entschädigungen im Wesentlichen auf das Gleiche hinauslaufen.

Fraglich ist, ob und ggf. inwieweit die Tagebaubetreiber aus den dem Tagebau zugrundeliegenden Raumordnungsplänen und/oder den ihnen erteilten bergbaulichen Zulassungen einen besonderen Vertrauensschutz ableiten können, der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu würdigen wäre und im Hinblick auf mögliche Entschädigungen von Bedeutung sein könnte. Auch insoweit kommt es darauf an, welcher Regelungsgehalt den zugrunde liegenden Zulassungen zu entnehmen ist. Für den Tagebau gibt es ein mehrfach gestuftes Planungs- und Zulassungsverfahren:

- Auf der Vorstufe gibt es raumordnungsrechtliche Planungsentscheidungen (in „Regionalplänen“, „Braunkohleplänen“ o.ä.).
- Bergrechtlich folgt sodann die Zulassung von „Rahmenbetriebsplänen“, die ein Abbauprogramm eines größeren Abbaugebiets umfassen und die Grundlage für spätere einzelne „Hauptbetriebspläne“ für einzelne Abbauflächen bilden:
  - Erst die Hauptbetriebspläne entfalten eine Gestattungswirkung zum Abbau der Kohle.<sup>8</sup> Sie umfassen einzelne Abbauflächen des vom Rahmenbetriebsplan erfassten Gesamtgebiets und erstrecken sich in der Regel auf den Abbau über einen Zeitraum von ca. 2-3 Jahren.
  - Für die vorangehenden Rahmenbetriebspläne wird die Gesamtplanung überschlägig geprüft. Die Betriebsplanzulassungen enthalten für den Zeitpunkt der Entscheidung die grundsätzliche Feststellung, dass dem Gesamtvorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.<sup>9</sup> Auf seiner Grundlage wird die Planung verfeinert und es finden z.B. üblicherweise Grundstückserwerbe statt.

<sup>8</sup> Ebenso insoweit Reith/Karpenstein (Rechtsgutachten), Rn. 56.

<sup>9</sup> BVerwG, Urteil vom 29.06.2016 – 7 C 11.05, BVerwGE 126, 205 Rn. 23.

Die raumordnerischen Pläne (z.B. Braunkohlepläne) entfalten ohnehin keine Vertrauensschutzwirkung für die Durchführung des Tagebaus, da sie den späteren Anlagenbetreibern noch keine Investitionen ermöglichen. Aus ihnen einen Vertrauensschutz abzuleiten, der auf ein Recht hinausläufe, die von dem gesamten Plan erfassten Kohlemengen abbauen zu können, wäre schlicht abwegig. Raumordnungspläne enthalten nach der Rechtsprechung des BVerwG „nur Ziele der Raumordnung und Landesplanung“ und „sichern das Gebiet gegen seine Inanspruchnahme für andere Nutzungen als den Braunkohleabbau“.<sup>10</sup> Sie dienen demnach der Raumordnung, nicht dem Schutz von Investoren, auch wenn sie ein (früher angenommenes) öffentliches Interesse am Braunkohleabbau zum Ausdruck bringen.

Nicht ganz eindeutig ist auf Grundlage der Rechtsprechung, ob und ggf. inwieweit schon dem Rahmenbetriebsplan oder erst den jeweiligen Hauptbetriebsplänen eine relevante Vertrauensschutzwirkung zukommen kann. Hierzu werden in den verschiedenen juristischen Stellungnahmen unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Zu beachten ist, dass das BVerfG zwischen zwei Arten von Vertrauensschutz unterscheidet: zum einem dem allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Vertrauensschutz, der in der Verhältnismäßigkeitsprüfung als ein unter Umständen gewichtiger, aber überwindbarer Belang anzusehen ist – zum anderen einem „besonderen“ oder „qualifizierten“ Vertrauensschutz, der dem Gesetzgeber die Aufhebung einer früher ausgesprochenen Begünstigung nur gestattet, wenn „schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter zu erwarten“ sind.<sup>11</sup> Für einen in diesem Sinne besonderen Vertrauensschutz muss nach der Rechtsprechung des BVerfG mit der Regelung erkennbar bezweckt worden sein, den Begünstigten „eine verlässliche Grundlage für ihr wirtschaftliches Agieren“ zu „garantieren“.<sup>12</sup>

Eine solche Garantiefunktion für den Kohleabbau in dem gesamten Gebiet dürfte auch den Rahmenbetriebsplänen nicht zukommen. Aus dem Rahmenbetriebsplan kann nämlich nicht darauf geschlossen werden, dass auch alle später folgenden Hauptbetriebspläne zugelassen werden. Denn für diese ist nach dem zum Zulassungszeitpunkt maßgeblichen Recht jeweils neu zu prüfen (also noch nicht klar), ob die Zulassungsvoraussetzungen vorliegen. Jedenfalls vor späteren Einschränkungen auf Grund einer sich nachträglich ändernden Sach- oder Rechtslage – wie hier – bieten sie keinen Schutz. Folglich dürfte davon auszugehen sein, dass die Tagebaubetreiber auf Grund des Rahmenbetriebsplanes nicht darauf vertrauen können, das gesamte Gebiet aufzuschließen zu können, sondern nur darauf, vorbereitende Maßnahmen dafür durchführen zu können. Welche dies jeweils sind, hängt von den konkreten Inhalten der jeweiligen Rahmenbetriebsplanzulassung ab.

Im Rahmen etwaiger Entschädigungen könnte daher nicht mehr verlangt werden, als die Aufwendungen für vom Rahmenbetriebsplan abgedeckte vorbereitende Maßnahmen ausgeglichen zu bekommen – und das auch nur, soweit diese bereits erfolgt sind, und ohne den Einschluss etwaiger Gewinne. Anders wäre das, wenn mit der gesetzlichen Regelung auch die Ausnutzung bestandskräftig zugelassener Hauptbetriebspläne unmöglich gemacht würde, denn diesen käme eine Garantiefunktion für den Abbau zu. Das kann aber durch entsprechende Rechtsgestaltung vermieden werden.

#### e) Konsequenzen für den Ausstiegsfahrplan und etwaige Entschädigungsansprüche

Ausgehend davon, dass sich der Klimaschutz in der Abwägung des Gesetzgebers als der gewichtigere Belang grundsätzlich durchsetzt, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich angesichts der verbleibenden Grundrechtsbeeinträchtigung für die zeitliche Planung des Ausstiegs und für etwaige Entschädigungen ergeben.

<sup>10</sup> BVerwG, Urteil vom 29.06.2016 – 7 C 11.05, BVerwGE 126, 205 Rn. 22.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 15.03.2000 – 1 BvL 16, 17, 18, 19, 20/96, 18/97 (Krankenversicherung der Rentner), BVerfGE 102, 68, S. 97 f.

<sup>12</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11 (Atomausstieg), Rn. 337.

Für die Kraftwerksbetreiber ist aus der Sicht des Unterzeichners zu folgern:

- Da aus Art. 14 GG kein Anspruch auf Amortisation und aus der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kein hier relevantes schutzwürdiges Vertrauen abgeleitet werden kann, die Kraftwerksbetreiber im Übrigen spätestens seit 2004 damit rechnen mussten, dass sich ihre Kraftwerke nicht mehr amortisieren, können die Betreiber grundsätzlich nicht erwarten, dass ihnen mehr als nur relativ kurze Übergangsfristen (von allenfalls wenigen Jahren) gewährt werden. Bei alten, ohnehin (weitgehend) amortisierten Kraftwerken gilt das erst recht.
- Aus Gleichheitsgründen ist dafür Sorge zu tragen, dass vergleichbare Sachverhalte – insbesondere also vergleichbare Belastungssituationen bei den jeweiligen Anlagenbetreibern – insb. in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich nach einheitlichen Kriterien behandelt werden. Geeignet können etwa Kriterien des Alters/der Laufzeit oder der spezifischen Emissionen sein.
- Ein Entschädigungsanspruch besteht sich hinsichtlich der Kraftwerke nur, wenn sich im Einzelfall besondere Härten ergeben, etwa weil abweichend von den geschilderten Grundsätzen ein relativ junges Kraftwerk aus besonderen Gründen relativ früh stillgelegt werden soll.

Für die Tagebaubetreiber gilt aus der Sicht des Unterzeichners:

- Auch für sie vermitteln die Grundrechte (Art. 14 GG und/oder Art. 12 GG) keinen Anspruch auf Amortisation ihrer Investitionen.
- Allerdings kann aus den bergrechtlichen Zulassungen der Hauptbetriebspläne ein Anspruch abgeleitet werden, die Zulassung uneingeschränkt ausnutzen zu können. Sofern – was aber vermeidbar sein dürfte – darauf bei der Ausgestaltung des Ausstiegsfahrplans keine Rücksicht genommen werden sollte, steht ihnen insofern ein Entschädigungsanspruch zu, der sich für das betreffende Gebiet auch auf den entgangenen Gewinn erstreckt.
- Aus den bergrechtlichen Zulassungen der Rahmenbetriebspläne kann kein Anspruch darauf hergeleitet werden, den Tagebau vollständig aufzuschließen zu können. Enttäuscht werden können insofern lediglich bereits getätigte Investitionen in Vorbereitungen des Tagebaus, die sich als nutzlos erweisen (z.B. Planungsleistungen). Ein Anspruch auf entgangenen Gewinn lässt sich daraus nicht herleiten.

## 2. EU-Recht

EU-rechtlich stellt sich zum einen die Frage, ob Deutschland eine eigenständige Regelungskompetenz für Maßnahmen eines „Kohleausstiegs“ zusteht. In diesem Kontext spielt auch das Verhältnis zum Emissionshandel eine wichtige Rolle. Zum anderen stellt sich die Frage, ob mit den betreffenden Maßnahmen gegen im Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) gesicherte Grundfreiheiten oder in der Grundrechtecharta (GRC) garantierte EU-Grundrechte verstoßen würde.

Reidt/Karpenstein sehen in allen dieser Punkte Verstöße gegen EU-Recht, falls Deutschland einen ordnungsrechtlichen Weg zur Stilllegung von Kraftwerken einschlagen sollte. Solche Probleme sieht im Ergebnis keine andere der bisher vorliegenden gutachterlichen Äußerungen und Stellungnahmen.

### a) Nationale Regelungskompetenz, Emissionshandel

Deutschland kann sich für die hier diskutierten Regelungen, in denen es um den aus Klimaschutzgründen angestrebten Umbau des Energieversorgungssystems geht, auf spezielle Kompetenzvorschriften des AEUV berufen, aus denen sich ergibt, dass von EU-rechtlichen Bestimmungen der Umweltpolitik und der Energiepolitik das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleibt, „die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen“ (wörtlich Art. 194 Absatz 2 Unter-

absatz 2 AEUV für die Energiepolitik, etwas schwächer Art. 192 Absatz 2 Buchstabe c) AEUV für die Umweltpolitik).

Daran hat sich auch durch den Emissionshandel nichts geändert. Dieser würde nationalen Maßnahmen zur vorzeitigen Stilllegung von Kraftwerken nur entgegenstehen, wenn die zugrunde liegende Emissionshandels-Richtlinie als abschließende Regelung zur EU-weiten Harmonisierung der Klimaschutzregelungen bei den erfassten Industrieanlagen zu verstehen sein sollte. Das ist aber nicht so:

Der Emissionshandel startete im Jahr 2005 auf Grund der Richtlinie 2003/87/EG. Dieser brachte es mit sich, dass sich die Mitgliedstaaten darauf einstellten, die Minderung von Triebhausgasemissionen bei Industrieanlagen dem Emissionshandel zu überlassen und zugleich dem Rechtsgebiet des Anlagenzulassung zu entziehen. Entsprechendes sieht z.B. § 5 Abs. 2 BImSchG vor. In der maßgebenden Richtlinie über Industrieemissionen (IE-RL 2010/75/EU) und ihrer Vorgänger-Richtlinie wurde wegen des Emissionshandels eine Regelung verankert, in der es bezogen auf die Minderung von Kohlendioxid heißt, dass die (Anlagen-) Genehmigung „keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen dieses Gases“ enthält (§ 9 Abs. 1 IE-RL).

Auf Basis des Wortlauts dieser Vorschrift konnte der Eindruck entstehen, den Mitgliedstaaten sei die Ergreifung von anderen Instrumenten des Klimaschutzes bei Industrieanlagen nicht gestattet. Dagegen sprachen jedoch von Beginn an gewichtige und letztlich überzeugende Argumente:<sup>13</sup>

- Gleich im zweiten Satz regelt § 9 Abs. 1 IE-RL, „den Mitgliedstaaten steht es frei, keine Energieeffizienzanforderungen in Bezug auf Verbrennungseinheiten“ im Hinblick auf CO<sub>2</sub> aufzustellen – solche also grundsätzlich zu gestatten, obwohl es sich dabei ebenfalls um Klimaschutzinstrumente außerhalb des Emissionshandels handelt.
- In Erwägungsgrund 10 der Emissionshandels-RL hieß es ausdrücklich: „(...) hindert diese Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, zum Beispiel Vorschriften für die Treibhausgasemission“.
- Erwägungsgrund 23 der Emissionshandels-RL gestattete den Mitgliedstaaten, den Einsatz von weiteren „ordnungs- und steuerpolitischen sowie sonstigen Maßnahmen“ zu prüfen.
- Art. 193 AEUV gestattet den Mitgliedstaaten bei Umweltschutzmaßnahmen der EU „verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen“. Und:
- Würde man die Emissionshandels- und die IE-RL dahin verstehen, dass sie den Mitgliedstaaten untersagen würde, gezielt aus der Nutzung bestimmter Energiequellen „auszusteigen“, so würde das gegen Art. 192 Abs. 2 c) AEUV verstoßen, denn es würde den Mitgliedstaaten die Möglichkeit nehmen, selbst über die Wahl der Energiequellen zu entscheiden.

Mittlerweile hat sich die Ausgangssituation ganz im Sinne dieses Verständnisses ausdrücklich geklärt. Denn im neuen, 2018 in die Emissionshandels-RL eingefügten Art. 12 Abs. 4 heißt es: „Im Fall der Stilllegung von Stromerzeugungskapazitäten in ihrem Hoheitsgebiet aufgrund zusätzlicher nationaler Maßnahmen können die Mitgliedstaaten Zertifikate [...] löschen.“

Damit bringt die Emissionshandels-RL selbst fern jedes vertretbaren Zweifels eindeutig zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten zusätzliche eigene Maßnahmen ergreifen dürfen, die zur vorzeitigen Stilllegung von Kraftwerken führen. Auf die Einzelheiten des Umfangs der Löschungsberechtigung kommt es insofern nicht an. Von einer abschließenden Harmonisierung des Rechtsbereichs „Treibhausgasemissionen von Industrieanlagen“ durch EU-Recht kann nicht die Rede sein.

## b) Grundfreiheiten: Kapitalverkehrsfreiheit, Niederlassungsfreiheit

Da von etwaigen ordnungsrechtlichen Stilllegungsregelungen auch Unternehmen betroffen sind, die im Ausland ansässig sind, könnte es sein, dass mit den Regelungen auch die Schutzbereiche einiger

<sup>13</sup> Vgl. die eingehende Aufarbeitung der EU-Rechtslage in Klinski, EnWZ 2017, 203 m.w.N.



marktbezogener Grundfreiheiten berührt werden, namentlich der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV).

Eine nähere Prüfung, ob die Schutzbereiche dieser Grundfreiheiten hier wirklich betroffen sind, erübrigt sich jedoch. Nach der grundlegenden Rechtsprechung des EuGH zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten für staatliche Eingriffe in die Schutzbereiche der Grundfreiheiten steht fest, dass solche durch im EU-Recht anerkannte Umweltschutzziele gerechtfertigt sind, wenn sie nicht weiter gehen, als zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist.<sup>14</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass Deutschland mildere Instrumente zur Verfügung stehen würden, um den aus Klimaschutzgründen angestrebten Umbau des Energiesystems auf eine Versorgung ohne Kohle so treffsicher erreichen zu können wie durch ein geordnetes Programm zum ordnungsrechtlichen Ausstieg aus der Kohleverstromung.

Ein anderes Ergebnis stünde auch im Widerspruch zu Art. 194 AEUV, nach dem jeder Mitgliedstaat, „die Bedingungen für die Nutzung seiner Energiere Ressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung“ bestimmen kann.

### c) Grundrechtecharta

Schließlich kommt in Betracht, einen Verstoß gegen das in der EU-Grundrechtecharta festgeschriebene Eigentumsgrundrecht (Art. 17 Abs. 1 GRC) anzunehmen. Nach diesem Artikel ist es verboten, Eigentum ohne eine rechtzeitige angemessene Entschädigung zu entziehen. Hierzu tragen Reidt/Karpenstein vor, Art. 17 Abs. 1 GRC folge einem im Vergleich zu Art. 14 GG weitergehenden Eigentumsbegriff, der auch „de-facto-Entziehungen“ von Eigentum umfasse (um die es hier allenfalls gehen könnte). Zur Begründung beziehen sie sich tragend auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).<sup>15</sup>

Dabei verkennen die Autoren jedoch, dass Art. 17 GRC hier überhaupt nicht zur Anwendung kommen kann. Denn Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC bestimmt: „Diese Charta gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.“ Hier geht es nicht um die Durchführung von EU-Recht, sondern um die Wahrnehmung von eigenen Rechtsetzungskompetenzen der Mitgliedstaaten unter Inanspruchnahme von Spielräumen, die ihnen das EU-Recht belässt.

## 3. Ergebnis

Gegen die Zulässigkeit eines ordnungsrechtlich geregelten „Kohleausstiegs“, der zur vorzeitigen Stilllegung von Kraftwerken und Tagebauen führt, sprechen weder verfassungs- noch EU-rechtlich ernsthafte Bedenken. Weder aus dem nationalen Recht noch aus dem Emissionshandel lässt sich ein Vertrauensanspruch der Anlagenbetreiber darauf herleiten, von weitergehenden gesetzlichen Instrumenten zur Neuordnung der Energieversorgung aus Klimaschutzgründen verschont zu bleiben.

Es erscheint möglich, den Ausstiegsprozess so auszugestalten, dass bei Kraftwerken im Regelfall keine Entschädigungen notwendig werden, sofern – was realisierbar erscheint – sich der Gesetzgeber von verhältnismäßigen und unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten tragfähigen Erwägungen zu Zeitpunkten/Reihenfolge der Stilllegungen leiten lässt.

Die Tagebaubetreiber können nach hiesiger Auffassung weder aus Raumordnungsplänen noch aus den Rahmenbetriebsplanungen ein Recht auf den Kohleabbau in den gesamten jeweils erfassten Gebieten ableiten, welches ggf. Grundlage von Entschädigungsansprüchen sein könnte.

<sup>14</sup> Grundlegend EuGH, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649/662, Rdnr. 8.

<sup>15</sup> Reidt/Karpenstein u.a. (Gutachten 2018), Rn. 226-231 m.w.N.

## Literaturverzeichnis

- Däuper, O., Michaels, S.: Der gesetzliche Ausstieg aus der Kohleverstromung vor dem Hintergrund des Urteils des BVerfG zum Atomausstieg, in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2017, S. 211-219
- Däuper, O., Michaels, S. u.a.: Ein Kohleausstieg nach dem Vorbild des Atomausstiegs? (Rechtsanwälte Becker Büttner Held, Rechtsgutachten im Auftrag der AGORA Energiewende), 2017
- Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste: Stilllegung von Kohlekraftwerken, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 360/18, 2018
- Franzius, Claudio: Rechtsprobleme des Kohleausstiegs, in: NVwZ 2018, S. 1586-1591
- Hermann, H., Keimeyer, F., Klinski, S. u.a.: Klimaschutz im Stromsektor 2030 - Vergleich von Instrumenten zur Emissionsminderung, Hrsg. Umweltbundesamt, Dessau-Roßlau, Reihe Climate Change 02/2017
- Klinski, S.: Die genehmigungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Kraftwerksneubau und -fortbetrieb in der Energiewende, in: Energierecht (ER) 2012, S. 47-55
- Klinski, S.: Instrumente eines Kohleausstiegs im Lichte des EU-Rechts, in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2017, S. 203-211
- Klinski, S.: Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, in: Horst, J., Leprich, U. u.a.: Kraftwerks-Stilllegungen zur Emissionsreduzierung und Flexibilisierung des deutschen Kraftwerksparks: Möglichkeiten und Auswirkungen, Anhang A 3 (Rechtsgutachten im Auftrag des Instituts für Zukunftsenergiesysteme (IZES) als Beitrag zu einem Projekt für das Ministerium für Wirtschaft, Energie, Klimaschutz und Landesplanung Rheinland-Pfalz), 2015
- Klinski, S.: Klimaschutz versus Kohlekraftwerke – Spielräume für gezielte Rechtsinstrumente, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2015, S. 1473-1480
- Reidt, O., Karpenstein, U. u.a.: Rechtliche Begutachtung einer vorzeitigen Stilllegung von Braunkohlekraftwerken aus Gründen des Klimaschutzes (Rechtsgutachten Rechtsanwälte Redeker/Sellner/Dahs, im Auftrag des Deutschen Braunkohlen-Industrie-Vereins e.V., der RWE Power AG, der Lausitz Energie Bergbau AG sowie der Mitteldeutsche Braunkohlengesellschaft mbH), 2018
- Schomerus, T., Franßen, G.: Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit), 2018
- Teßmer, Dirk: Bergrechtliche Implikationen eines Ausstiegs aus CO<sub>2</sub>-intensiver Stromerzeugung? in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2017, S. 219-223
- Ziehm, C.: Neue rechtliche Vorgaben für Bau und Betrieb von Kohlekraftwerken, Gutachten (im Auftrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90 / Die Grünen), Berlin 2014
- Ziehm, C.: Europarechtliche Zulässigkeit nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards für Energieerzeugungsanlagen, in: ZNER 2014, S. 34 ff.
- Ziehm, C.; Wegener, H.: Zur Zulässigkeit nationaler CO<sub>2</sub>-Grenzwerte für dem Emissionshandel unterfallende neue Energieerzeugungsanlagen (Rechtgutachten), hrsg. von der Deutschen Umwelthilfe e.V., Berlin 2013