PROF. DR. JUR. STEFAN KLINSKI

JURISTISCHE UND FINANZIELLE OPTIONEN DER VORZEITIGEN ABSCHALTUNG VON KOHLEKRAFTWERKEN

Rechtsgutachten

Zugleich Arbeitspaket 6 des Projekts:

„Kraftwerks-Stilllegungen zur Emissionsreduzierung und Flexibilisierung des deutschen Kraftwerksparks: Möglichkeiten und Auswirkungen“

Im Unterauftrag des Instituts für ZukunftsEnergieSysteme (IZES)

izes gGmbH
Institut für ZukunftsEnergieSysteme

Auftraggeber:

RheinlandPfalz
MINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT, KLIMASCHUTZ, ENERGIE UND LANDESPLANUNG

Berlin, im März 2015

Kontakt: [stefan.klinski@t-online.de]
Am Hegewinkel 104 ❍ D-14169 Berlin ❍ Tel. ++49 (0) 30 – 69 53 18-83

Inhalt

1 Einleitung 5

2 Vorklärungen für die rechtliche Prüfung 7

2.1 Motivation 7

2.2 Die geltende Rechtslage zur Zulassung neuer und zu Anforderungen an bestehende Kraftwerke 10

2.2.1 Zulassung neuer Kohlekraftwerke 10

2.2.2 Anforderungen an bestehende Kohlekraftwerke 12

2.3 Das Instrumentenspektrum 12

2.3.1 In Betracht kommende Optionen und Ausgestaltungsmerkmale 12

2.3.2 Rechtliche Systematisierung 14

3 Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz 17

3.1 Grundrechte: Überblick und Prüfungsmaßstäbe 17

3.2 Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) 19

3.2.1 Eingriff in den Schutzbereich 20

3.2.1.1 Geschützte Rechtspositionen 20

3.2.1.2 Schutz der Eigentumsnutzung – Abgrenzung zu Art. 12 GG 22

3.2.1.3 Folgerungen für die einzelnen Instrumentenoptionen 23

3.2.2 Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung? 24

3.2.3 Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit 26

3.2.3.1 Legitimationsgrundlage 26

3.2.3.2 Geeignetheit – Erforderlichkeit – Angemessenheit: Allgemeines 27

3.2.3.3 Insbesondere: Vertrauensschutz 29

3.2.3.4 Insbesondere: Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Interessen 34

3.2.3.5 Insbesondere: Übergangs- und Ausgleichsregelungen, Entschädigung 37

3.2.4 Sonderfrage: Verbotenes Einzelfallgesetz? 38

3.2.5 Konsequenzen 39

3.3 Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) 40

3.3.1 Eingriff in den Schutzbereich 40

3.3.2 Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit 42

3.3.3 Sonderfall: Inanspruchnahme Dritter für öffentliche Zwecke 43

3.4 Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) 44

3.5 Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) 45

3.5.1 Prüfungsmaßstäbe 45

3.5.2 Gebot der Folgerichtigkeit 46

3.5.3 Generalisierungen, Pauschalierungen, Typisierungen 46

3.6 Finanziell wirkende Instrumente – Vereinbarkeit mit dem Finanzverfassungsrecht 47
3.6.1 Finanziell wirkende Instrumentenoptionen und Varianten 47
3.6.2 Die zulässigen Abgabenarten im Finanzverfassungsrecht 48
3.6.2.1 Allgemeines 48
3.6.2.2 Steuern 49
3.6.2.3 Gegenleistungsbezogene Abgaben 53
3.6.2.4 Sonderabgaben 53
3.6.2.5 Geldleistungspflichten unter Privaten 55
3.6.3 Zulässigkeit von Instrumentenoptionen steuerlicher Art 56
3.6.3.1 Besteuerung des Verbrauchs von Primärenergie / Energiesteuer 56
3.6.3.2 Besteuerung des Verbrauchs von Endenergie / Stromsteuer 59
3.6.3.3 Besteuerung der Einspeisung von Kohlestrom 59
3.6.3.4 Besteuerung von CO_2-Emissionen 60
3.6.3.5 Besteuerung des Verbrauchs von CO_2-Zertifikaten 61
3.6.4 Zulässigkeit von nichtsteuerlichen Instrumentenoptionen 62
3.6.4.1 Sonderabgabe: „Anpassungsumlage“ 63
3.6.4.2 Geldleistung unter Privaten: „Energiewendeumlage“ 65
3.7 Verfassungsrecht: Gesetzgebungskompetenzen 67
3.7.1 Sachgesetzgebungskompetenz 67
3.7.2 Steuergesetzgebungskompetenz 69
3.8 Fazit zum Verfassungsrecht 70

4 Vereinbarkeit mit dem EU-Recht 71
4.1 Emissionshandels-RL und Industrieemissions-RL 71
4.1.1 Die Bestimmungen der Richtlinien: Textanalyse 71
4.1.2 Befugnis zu CO_2-Grenzwerten aus der Schutzverstärkungsklausel? 77
4.1.3 Unvereinbarkeit weitergehender Instrumente mit dem Emissionshandel? 80
4.1.4 Unzulässigkeit nationaler Regelungen zum Kohleausstieg? 82
4.1.5 Unzulässigkeit finanziell wirkender Instrumente? 84
4.2 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 85
4.3 Energiesteuer-RL 87
4.4 EU-Primärrecht (AEUV, GRC) 91
4.4.1 Kompetenzbestimmungen 91
4.4.2 Warenverkehrsfreiheit 91
4.4.3 Verbot staatlicher Beihilfen 92
4.4.4 Grundrechtecharta 93
4.5 Fazit zum EU-Recht 93

5 Zusammenfassende Bewertung der einzelnen Optionen 95

5.1 Ausschlussregelungen für neue Kohlekraftwerke 95

5.2 Nachträgliche Anforderungen an bestehende Kraftwerke 96

5.3 Planartige Steuerung: Zeit-/ Mengenbegrenzungen 97

5.4 Gruppenbezogene Kontingentregelungen 99

5.5 Zuweisung zur „strategischen Reserve“ 100

5.6 Geldleistungspflichten 100

5.6.1 Steuern: Energiesteuer, CO_2-Steuer, Zertifikatesteuer 101

5.6.2 Sonderabgabe: „Anpassungsumlage“ 102

5.6.3 Geldleistung unter Privaten: „Energiewendeumlage“ 103

6 Gesamtfazit 104

Literatur 106

1 Einleitung

Aufgabe dieser Untersuchung ist es, den verfassungs- und europarechtlichen Rahmen für nationale Rechtsinstrumente zum Ausstieg aus der Kohleverstromung umfassend aufzuarbeiten. Konkret soll geklärt werden, ob und (ggf.) mit welchen Arten von Rechtsinstrumenten und unter welchen (jeweiligen) Voraussetzungen es in Ansehung des übergeordneten Verfassungs- und EU-Rechts möglich ist, einen Ausstieg aus der Nutzung von Kohle für die allgemeine Stromversorgung zu bewirken oder zu befördern.

In der rechtlichen Literatur wurde die Thematik bereits gelegentlich angesprochen, aber noch keiner systematischen und umfassenden Betrachtung zugeführt. Im Vordergrund stand bisher meist die spezielle Frage, ob es Deutschland gestattet ist, ergänzend zum Emissionshandel Grenzwerte für CO_2-Emissionen aus Kraftwerken einzuführen.[1] In einer noch unveröffentlichten Studie wird außerdem die abgabenrechtliche Seite etwas stärker beleuchtet.[2] Der Verfasser dieser Ausarbeitung hat zum Thema im Jahr 2012 eine erste Einstiegsbetrachtung angestellt, in der einige der zu untersuchenden Fragen angesprochen werden.[3]

Hinter den Überlegungen zur Schaffung spezieller neuer Rechtsinstrumente steht das Ziel sicherzustellen, dass die mit der Energiewende angestrebte Transformation des Energieversorgungssystems – hier bezogen auf den Stromsektor – zu einem weitgehend klimaneutralen und daher ganz überwiegend auf erneuerbaren Energien (EE) beruhenden System gelingen kann. Hierzu werden zusätzliche rechtliche Instrumente für erforderlich erachtet, da die vom bisherigen Recht (insbesondere dem EnWG und dem EEG, aber auch dem Emissionshandel und der Energiesteuer) ausgehenden Wirkungen nicht ausreichen, um klare Anreizsignale für eine Gesamttransformation in diesem Sinne zu setzen. Im Gegenteil weisen die derzeit zu beobachtenden Entwicklungen darauf hin, dass ausgeprägte Fehlanreize zugunsten der Stromerzeugung aus besonders klimaschädlichen und zugleich besonders inflexiblen älteren Braunkohlekraftwerken bestehen, die der Transformation entgegenwirken.[4] Diese Entwicklungen sind darauf zurückzuführen, dass das Energierecht bisher darauf verzichtet, auf den Markt der fossilen Stromeinspeisung (über den indirekten Einfluss des Emissionshandels hinaus) aktiv gestaltend einzuwirken.

---

[1] Vgl. Schäuble/Volkert u.a. (IASS), CO_2-Emissionsgrenzwerte für Kraftwerke (Gutachten, 2014); Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben für Bau und Betrieb von Kohlekraftwerken (Rechtsgutachten, 2014); hierauf gestützt Ziehm, ZUR 2014, 129 f.; Ziehm, ZNER 2014, 34; zuvor Ziehm/Wegener, Zulässigkeit nationaler CO_2-Grenzwerte (Rechtgutachten, 2013); Verheyen, Rechtliche Instrumente zur Verhinderung neuer Kohlekraftwerke und Braunkohletagebaue (Rechtsgutachten, 2013). Einzelne rechtliche Einschätzungen enthält auch die Studie von Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg - Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 128 ff.

[2] Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises in Deutschland (Gutachten 2014, unveröff. Manuskriptfassung).

[3] Klinski, ER (EnergieRecht) 2012, 47 ff.; hierzu kritisch Frenz, DVBl. 2013, 688/689 (der sich jedoch ausschließlich damit befasst, ob es eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zum Kohleausstieg gibt, während es darum geht, ob dieser rechtlich möglich ist – und dem Verf. fehlerhaft unterstellt, er habe eine Verpflichtung behauptet).

[4] Eingehend Oei/Kemfert, Braunkohleausstieg (DIW 2014), S. 5 ff; zusammenfassend Oei/Kemfert u.a., DIW Wochenbericht Nr. 26/2014, 603 ff.

Zum Aufbau:

- Um die verfassungs- und europarechtlichen Rahmenbedingungen für die verschiedenen denkbaren Instrumente zielgerichtet auswerten zu können, sollen im ersten Arbeitsschritt einige Vorklärungen getroffen werden, die für die anschließende Prüfung auf die Vereinbarkeit von Ausstiegsinstrumenten wesentlich sind (Kap. 2). Dazu gehören Überlegungen über die zugrunde liegende Motivation, überblicksartige Erläuterungen zur bisherigen Rechtslage zur Genehmigung und nachträglichen Änderung von Kraftwerksbauten sowie ein Versuch der Systematisierung in Betracht kommender Instrumentenoptionen.
- Im Anschluss daran werden die für die Instrumente relevanten Kernfragen der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und mit dem EU-Recht im Detail querschnittsartig aufgearbeitet (Kap. 3 und Kap. 4). Diese Herangehensweise bietet sich an, weil die Zulässigkeitskriterien für alle Instrumente bei nur gelegentlichen Abweichungen grundsätzlich identisch sind. Lediglich bei den abgabenrechtlichen Instrumenten gelten gewisse Besonderheiten.
- Aus der querschnittsartig angelegten Untersuchung lassen sich sodann im nachfolgenden Kapitel für die einzelnen Instrumentenoptionen in angemessener Kompaktheit jeweils spezifische Bewertungen ableiten (Kap. 5).

2 Vorklärungen für die rechtliche Prüfung

2.1 Motivation

Grundlage der Überlegungen über spezifische Rechtsinstrumente für einen Kohleausstieg ist das Ziel, die in Deutschland verursachten Treibhausgasemissionen aus Gründen des Klimaschutzes bis zur Jahrhundertmitte auf ein Minimum in der Größenordnung von 5 bis 10 Prozent des Niveaus von 1990 herabzusetzen. Hierfür soll (unter anderem) das bisher weitgehend auf der Nutzung von fossilen Energieträgern beruhende System der Elektrizitätsversorgung fast vollständig auf die Nutzung von EE umgestellt werden.[5] Systemprägend ist dabei, dass der EE-Strom überwiegend aus fluktuierenden Erzeugungsquellen stammt und stammen wird (Windenergie und Photovoltaik), so dass es erforderlich ist, Bedarfsüber- und -unterdeckungen innerhalb sehr kurzer Zeiträume durch geeignete Maßnahmen des Lastmanagements, durch direkte und indirekte Speicher sowie durch sehr flexibel steuerbare Spitzenlast-Kraftwerke zum Ausgleich zu bringen.

Kohlekraftwerke sind für die Transformation zu einem weitgehend klimaneutralen, EE-basierten Stromversorgungssystem in doppelter Hinsicht störend:

- Zum einen weil sie besonders hohe spezifische CO_2-Emissionen aufweisen – wobei:
    - dies wiederum in besonderem Maße für Braunkohlekraftwerke gilt
    - und ältere Bestandskraftwerke erheblich größere Mengen an CO_2 ausstoßen,
- zum anderen weil sie weniger flexibel einsetzbar sind als Gaskraftwerke – wobei:
    - Braunkohlekraftwerke als typische Grundlastkraftwerke wesentlich schlechter steuerbar sind als auf die Mittellast ausgelegte Steinkohlekraftwerke,
    - Altanlagen weniger flexibel sind als jüngere Kraftwerksbauten sowie namentlich neue Steinkohlekraftwerke,
    - Gas- und Dampfkraftwerke (GuD) ebenfalls unter Umständen[6] nur eine eingeschränkte Flexibilität aufweisen.[7]

Damit ergibt sich für das Kohleausstiegskonzept in der Gesamtschau eine ineinander verschränkte Doppelmotivation: Einerseits geht es um die Reduzierung von Treibhausgasen aus den Kohlekraftwerken als solche, andererseits darum, die nicht ausreichend flexiblen und daher für die Umstellung auf das EE-basierte neue Stromversorgungsmodell hinderlichen inflexiblen Kraftwerke aus dem System zu verabschieden. Zu beachten ist im Übergang zum EE-basierten Stromversorgungssystem aber auch, dass (bestimmten) Kohlekraftwerken vor allem zu Beginn

[5] In diese Richtung mit einem Ziel von 80 % erneuerbaren Energien an der Stromversorgung Bundesregierung, Energiekonzept 2010, S. 4 f.

[6] Das hängt von der technischen Auslegung im Hinblick auf die Fahrweise und der zur Minderung von NO_x-Emissionen nötigen Mindestlast ab.

[7] Vgl. Oei/Kemfert u.a., DIW 26/2014, 603/608 f.

des Umstellungsprozesses noch eine wichtige systemdienliche Funktion zur Bereitstellung von Regelleistung zukommt. Hierauf ist ggf. Rücksicht zu nehmen.

Eine Verschärfung erfährt das Problem dadurch, dass die gegenwärtig erkennbaren Tendenzen im Strommarkt (wegen des Merit-Oder-Effekts) sowie beim Emissionshandel (wegen des niedrigen Zertifikatepreises) keine ausreichenden Investitionsanreize für flexible fossile Anlagen setzen, die zugleich relativ wenig CO_2 ausstoßen. Im Vergleich unter den verschiedenen traditionellen Erzeugungsarten sind die Marktbedingungen vielmehr ausgerechnet für die schmutzigsten und am wenigsten flexiblen älteren Braunkohlekraftwerke am Günstigsten – ausgesprochen ungünstig demgegenüber für gasbetriebene Anlagen, so dass diese unter besonders hohem Stilllegungsdruck stehen.

Die inflexiblen fossilen Kraftwerke werden inzwischen häufig wegen des hohen Bereitstellungsanteils von EE-Strom zur Deckung der inländischen Verbrauchsnachfrage nicht benötigt, aber trotzdem nicht vom Netz genommen. Teils liegt das darin begründet, dass sie in diesen Zeiträumen zur Sicherung der Netzstabilität als sog. Must-Run-Anlagen[8] benötigt werden, Da diese Kraftwerke technisch bedingt eine Mindestleistung aufrechterhalten müssen, kann es zu Zeiten geringer Nachfrage und hoher EE-Einspeisung zu netztechnischen Problemen kommen. Soweit EEG-Strom infolgedessen nicht abgesetzt werden kann, muss die Einspeisung des EEG-Stroms reduziert werden. Großenteils liegt es aber auch daran, dass ein Herunter- und wieder Anfahren fossiler Kraftwerke unwirtschaftlicher wäre als ein durchgehender Betrieb mit niedrigen Einnahmen und/oder daran, dass sie ihren Strom ins Ausland exportieren können..[9] Auf Grund des im System der Marktprämie angelegten Anreizes zum Einspeiseverzicht in Niedrigpreiszeiten stellen sich die EE-Anlagenbetreiber teils von vornherein auf derartige Effekte ein und nehmen ihre Anlagen schon vorsorglich vom Netz.

Im Emissionshandel haben sich die Zertifikatepreise seit den jüngsten Beschlüssen der EU zum sog. Backloading von Emissionszertifikaten[10] zwar leicht nach oben bewegt; sie befinden

[8] Der häufig verwendete Begriff der „Must-Run-Kraftwerke“ ist etwas unscharf. Fachlich wird er meist als Begriff für netztechnisch benötigte Kapazitäten verwendet, in der politischen Öffentlichkeit oft aber auch für einen wirtschaftlich oder anlagentechnisch begründeten durchgehenden Kraftwerksbetrieb von Großkraftwerken. Vgl. zum Ganzen z.B. die Definitionen in den Glossaren der Dena (http://www.effiziente-energiesysteme.de/glossar/glossar/m/must-run-kapazitaet.html; Abruf 16.03.2015) und der Agentur für Erneuerbare Energien (http://www.unendlich-viel-energie.de/glossar?letter=M; Abruf 16.03.2015).

[9] Bei KWK-Anlagen kommt hinzu, dass sie zur Aufrechterhaltung der Wärmeleistung nicht jederzeit abgeschaltet werden können.

[10] Beschl. Nr. 1359/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 zur Änderung der RL 2003/87/EG zur Klarstellung der Bestimmungen über den zeitlichen Ablauf von Versteigerungen von Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. EU Nr. L 343, 1.

sich aber noch immer auf einem sehr niedrigen Niveau[11]. Sofern sich an der bestehenden emissionshandelsrechtlichen Lage nichts ändert[12], ist insoweit auf absehbare Zeit keine wesentliche Entspannung zu erwarten, da das Volumen des Backloading den realen Überschuss an Zertifikaten nicht annähernd abdeckt und zudem eine Rückführung der Zertifikate in den Markt im Zeitraum 2019/20 vorgesehen ist.[13] Hinzu kommt, dass der Zuwachs der Einspeisung von EE-Strom im Emissionshandel nach der gegenwärtigen Konstruktion des EU-Emissionshandels nicht dazu führt, dass die Gesamtmenge an CO_2-Emissionsberechtigungen proportional zu den geringeren Versorgungsanteilen des mit fossilen Energieträgern erzeugten Stroms verkleinert würde. Die Konsequenz ist, dass ein über den im Emissionshandel politisch bereits berücksichtigten Mengen liegender Anstieg der EE-Stromeinspeisung – wie er in Deutschland in den letzten Jahren zu beobachten war und weiterhin grundsätzlich angestrebt wird – wiederum tendenziell zu einem Zertifikateüberschuss mit der Folge eines sinkenden Zertifikatepreises führen muss.

Auf Grund dieser für den Prozess hin zu einem weitgehend klimaneutralen Stromversorgungssystem ungünstigen wirtschaftlichen und rechtlichen Ausgangsbedingungen ist es erforderlich, durch zusätzliche Instrumente gestaltend tätig zu werden, um sicherzustellen, dass die angestrebte Transformation des Stromversorgungssystems auch gelingen kann. Die bisherigen Rechtsinstrumente (insbesondere das EnWG, das EEG, der Emissionshandel und die Energiesteuer) reichen dazu nicht aus, denn sie nehmen auf die weitere Entwicklung der fossilen Stromerzeugung keinen zielgerichtet gestaltenden Einfluss, sondern überlassen es dem (von der Merit Order geprägten) Strommarkt, mit seinen Preissignalen den Markt der fossilen Stromerzeugung zu bereinigen. Die von der Merit Order ausgehenden wirtschaftlichen Signale weisen dabei – unter den Bedingungen einerseits weitreichender Stromexportmöglichkeiten und andererseits des EU-Emissionshandels, wie er in der Richtlinie 2009/29/EG[14] bis 2020 festgeschrieben ist – ausgeprägt in eine falsche Richtung, nämlich eine vorläufige Aufrechterhaltung günstiger Vermarktungsbedingungen für billig erzeugten, schmutzigen Kohlestrom. Die Energiewirtschaftspolitik und mit ihr das Energiewirtschaftsrecht verzichten bisher darauf, den fossilen Strommarkt im übergeordneten Gemeinwohlinteresse aktiv zu beeinflussen. Das ist jedoch nötig, wenn die mit der Energiewende intendierte Transformation zu einem weitgehend klimaneutralen Stromversorgungssystem funktionieren soll.

---

[11] Nachdem sie sehr lange auf einem Niveau unter 5 €/t CO_2 verharrten, liegen sie Anfang 2015 in der Größenordnung von 7 €/t (vgl. DEHSt, Monatsbericht Januar 2015). Politisch kalkuliert waren sie eigentlich auf ein Niveau von etwa 30 €/t (vgl. EU-Kommission, Begleitpapier zum Paket der Durchführungsmaßnahmen für die Ziele der EU in den Bereichen Klimawandel und erneuerbare Energie bis 2020, SEC(2008) 85, insb. S. 27).

[12] Ein Impuls in Richtung höherer Zertifikatepreise könnte von der Einführung einer sog. Marktstabilitätsreserve ausgehen, die von der EU-Kommission erst für den Zeitraum nach 2020 vorgesehen ist (vgl. EU-Kommission, Drs. KOM(2014) 20 final v. 22.01.2014), von vielen Mitgliedstaaten aber bereits für einen früheren Start gefordert wird. Der Umweltausschuss des EU-Parlaments hat sich am 24.02.2015 für einen Start ab Ende 2018 ausgesprochen (vgl. EP, Press Release v. 24.02.2015).

[13] Eingehend Neuhoff/Schopp, DIW-Wochenbericht 11/2013, 3 ff.

[14] RL 2009/29/EG zur Änderung der RL 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. EU L 140, 63.

2.2 Die geltende Rechtslage zur Zulassung neuer und zu Anforderungen an bestehende Kraftwerke

2.2.1 Zulassung neuer Kohlekraftwerke

Die Zulassung fossiler Kraftwerke ist grundsätzlich Gegenstand des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG)[15], dessen ursprüngliche Fassung im Jahr 1974 ergangen ist[16]. Größere Kraftwerke sind seit jeher als genehmigungsbedürftige Anlagen im Sinne des BImSchG eingestuft (siehe im Einzelnen die Klassifizierungen im Anhang der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen – 4. BImSchV[17], dort unter Nr. 1), wobei vor dem Inkrafttreten des BImSchG erteilte gewerberechtliche Genehmigungen als BImSchG-Genehmigungen fortgelten (vgl., § 67 BImSchG).

Die für die Erteilung der Genehmigung maßgebende Rechtsgrundlage ist § 6 BImSchG. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn einerseits die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen im engeren Sinne (so § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) und andererseits die Anforderungen anderer öffentlich-rechtlicher Bestimmungen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) erfüllt sind. Ein behördliches Ermessen besteht bei der Erteilung der Genehmigung nicht; die Genehmigung *muss* gemäß § 6 Abs. 1 BImSchG vielmehr erteilt werden, wenn alle dort genannten rechtlichen Anforderungen eingehalten werden.

Die im engeren Sinne immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) erstrecken sich *nicht* auf die Begrenzung von Treibhausgasemissionen. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG verweist insoweit auf die Grundpflichten des § 5 BImSchG sowie auf spezielle Rechtverordnungen nach § 7 BImSchG. Die hier relevanten Grundpflichten von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG (Schutzpflicht nach Nr. 1, Vorsorgepflicht nach Nr. 2) beziehen sich nach dem hergebrachten Verständnis des Immissionsschutzrechts hinsichtlich der Luftreinhaltung auf die klassischen Luftschadstoffe. Da CO_2 zu den natürlichen Bestandteilen der Luft zählt, wurde CO_2 im traditionellen Immissionsschutzrecht nicht als Schadstoff begriffen. Dementsprechend wurden in der für Großkraftwerke einschlägigen Großfeuerungsanlagenverordnung (13. BImSchV)[18] von Beginn an keine Aussagen zur Begrenzung des CO_2-Ausstoßes gemacht.

Mit dem Bekanntwerden der Klimaproblematik hätte der Anlass bestanden, weitergehend auch den Treibhausgasausstoß zum Gegenstand konkreter immissionsschutzrechtlicher Begrenzungen zu machen oder klimapolitisch motivierte Festlegungen zur Wahl der zulässigen Brennstoffarten zu treffen. Doch dazu kam es nicht. Im Zuge der Umsetzung des EU-

[15] Aktuelle Fassung (neu gefasst): Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Juli 2013, BGBl. I S. 1943.

[16] Gesetz vom 15. März 1974, BGBl. I S. 721, berichtigt S. 1193.

[17] Aktuelle Fassung (neu gefasst): Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen vom 2. Mai 2013, BGBl. I S. 973, 3756.

[18] Aktuelle Fassung (neu gefasst): Großfeuerungsverordnung (13. BImSchV) vom 2. Mai 2013, BGBl. I S. 1021; urspr. Fassung: Verordnung vom 22. Juni 1983, BGBl. I S. 719.

Emissionshandels entschied sich der Gesetzgeber vielmehr für den umgekehrten Weg – nämlich insoweit das Ordnungsrecht hinter das ökonomische Instrument des Emissionshandels zurücktreten zu lassen.[19] In § 5 Absatz 1 Satz 2 BImSchG wurde bei Schaffung des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (TEHG)[20] im Jahr 2004 ausdrücklich eine Bestimmung eingefügt, nach der genehmigungsrechtliche Vorgaben zur Begrenzung von Treibhausgasemissionen bei dem Emissionshandel unterfallenden Anlagen nur zulässig sind, „um zur Erfüllung der Pflichten nach Satz 1 Nummer 1 sicherzustellen, dass im Einwirkungsbereich der Anlage keine schädlichen Umwelteinwirkungen entstehen“[21] – was praktisch nie vorkommen kann. Darüber hinaus wurde im nachfolgenden Satz geregelt, dass auch die Anwendung der in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 des Gesetzes geregelten Grundpflicht zur sparsamen und effizienten Verwendung von Energie nicht über die durch den Emissionshandel begründeten Pflichten hinausgehen darf. Diese Einschränkungen gelten bei leicht verändertem Wortlaut noch heute; sie sind nunmehr in § 5 Abs. 2 BImSchG geregelt.[22]

Das deutsche Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)[23] kennt seinerseits weder ein eigenständiges Genehmigungserfordernis aus energiewirtschaftlicher Sicht, noch stellt es ergänzende inhaltliche Anforderungen auf, die als sonstiges Recht im Rahmen des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu berücksichtigen wären. Der insoweit einschlägige § 49 EnWG belässt es bei einer allgemein gehaltenen Verpflichtung, Energieanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist, und vermutet die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik bei Beachtung bestimmter privatrechtlicher Normen (vgl. § 49 Abs. 1 und 2 EnWG). Eine energiewirtschaftliche Bedarfsprüfung ist für Kraftwerke nicht vorgesehen. Anforderungen an die Regelbarkeit von neuen Kraftwerken könnten zwar seit der EnWG-Novelle 2011 im Verordnungswege auf Grundlage von § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG erlassen werden.[24] Von dieser Möglichkeit wurde jedoch bislang kein Gebrauch gemacht.

Auf Grund der Ausgestaltung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungstatbestands als gebundene Erlaubnis ergibt sich daraus, dass neue Kohleraftwerke unabhängig von der Höhe ihrer Treibhausgasemissionen und von ihrer Energieeffizienz sowie ungeachtet ihrer mangelnden Regelbarkeit genehmigt werden müssen, sofern sie an einem bauplanungsrechtlich geeigneten Standort errichtet werden sollen. Klimaschutzanforderungen bleiben dem Emissionshandel überlassen, Energieeffizienzanforderungen gibt es nicht, und das Energiewirtschaftsrecht enthält sich konkreter Anforderungen zur Regelbarkeit.

---

[19] Dietlein, in: Landmann-Rohmer, Umweltrecht, BImSchG § 5 Rdnr. 154b; vgl. auch Körner/ Vierhaus, TEHG (a.F.), § 1 Rdnr. 61 ff.

[20] Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG) vom 8. Juli 2004 (BGBl. I S. 1578), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der RL 2003/87/EG. Mittlerweile ersetzt durch das TEHG in der Fassung vom 21. Juli 2011 (BGBl. I S. 1475).

[21] Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der RL 2003/87/EG (BGBl. I S. 1578).

[22] BImSchG in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274).

[23] Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066).

[24] Kritisch auch Verheyen, ZUR 2010, 403/406 f.

2.2.2 Anforderungen an bestehende Kohlekraftwerke

Nach dem regelungstechnischen Konzept des BImSchG ist es der zuständigen Immissionsschutzbehörde unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, die Betreiber bereits genehmigter Anlagen nachträglich zu Änderungen an ihren Anlagen zu veranlassen. Als Instrument dafür sieht das Gesetz die nachträgliche Anordnung vor. Nachträgliche Anordnungen können gemäß § 17 Abs. 1 BImSchG grundsätzlich im Ermessenswege ausgesprochen werden, soweit sie sich im Einzelfall als verhältnismäßig darstellen (§ 17 Abs. 2 BImSchG). Ihre Zulässigkeit hängt jedoch davon ab, ob die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 BImSchG erfüllt sind. Das ist nur der Fall, wenn gegen eine Verpflichtung aus dem BImSchG selbst verstoßen wird (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG). Wichtigster Anwendungsfall ist praktisch die Nichteinhaltung des Standes der Technik hinsichtlich der Emissionsminderung. Verstöße gegen andere, außerhalb des Immissionsschutzrechts selbst liegende Vorschriften des öffentlichen Rechts werden von § 17 Abs. 1 BImSchG nicht erfasst.[25]

§ 17 BImSchG kann demnach im vorliegenden Kontext nicht wirksam gemacht werden – weder zur Durchsetzung von geringeren CO_2-Emissionen, zur Verbesserung der Energieeffizienz oder zur Brennstoffwahl noch zu nachträglichen Vorkehrungen für eine flexiblere Fahrweise der Kraftwerke. Denn das BImSchG enthält hierzu keine Festlegungen, es würde insoweit an einer Bezugsgrundlage im Immissionsschutzrecht fehlen. Außerhalb des BImSchG – namentlich im Kontext des EnWG – wäre die Schaffung solcher Regelungen denkbar. Wegen der sachlichen Begrenzung des Geltungsbereichs von § 17 BImSchG auf das Immissionsschutzrecht selbst könnten sie aber nicht im Wege von § 17 Abs. 1 BImSchG durchgesetzt werden. Hierzu bedürfte es ggf. neuer gesetzlicher Vorschriften.

2.3 Das Instrumentenspektrum

2.3.1 In Betracht kommende Optionen und Ausgestaltungsmerkmale

Im Angebot für diese Studie und in der einschlägigen Literatur[26] wird eine ganze Reihe von Optionen für mögliche „Ausstiegsinstrumente“ erwähnt:

- Vorgabe von Abschaltdaten/Restlaufzeiten für einzelne Kraftwerke,
- Festlegung von zeitraumbezogenen Strommengen/Reststrommengen für einzelne Kraftwerke (auch mit Handelskomponente),[27]

[25] Für alle Jarass, BImSchG, § 17 Rdnr. 8 und 15 m.w.N.

[26] Instruktiv insb. die relativ breit angelegte Übersichtsbetrachtung von möglichen Instrumentenoptionen bei Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 82 ff.

[27] Vgl. insb. die für Greenpeace erstellte Studie Ecofys, in der vorgeschlagen wird, an die Mengenfestlegung zusätzlich die Möglichkeit zu knüpfen, unter bestimmten Voraussetzungen mit den Restmengen handeln zu können (Klaus/Beyer/Jaworski: Allokationsmethoden der Reststrommengen nach dem Entwurf des Kohleausstiegsgesetzes (Hrsg.: Greenpeace, 2012),

- Festlegung von zeitraumbezogenen Emissionsmengen/Restemissionsmengen für einzelne Kraftwerke (auch mit Handelskomponente),[28]
- Setzung von CO_2-Eimissionshöchstwerten, die ab bestimmten Zeitpunkten einzuhalten sind,[29]
- Vorgabe von Mindestwirkungsgraden (elektrisch), die ab bestimmten Zeitpunkten einzuhalten sind,
- Aufstellung von Anforderungen an eine flexible Fahrweise von Kraftwerken, die ab bestimmten Zeitpunkten einzuhalten sind,
- Kontingentierung der einer Gesamtheit/Gruppe von Anlagenbetreibern zugestandenen CO_2-Mengen für bestimmte Zeiträume/Zeitpunkte,
- Kontingentierung der einer Gesamtheit/Gruppe von Anlagenbetreibern zugestandenen von Einspeisemengen für bestimmte Zeiträume/Zeitpunkte,
- Einführung eines Mindestpreises für CO_2-Zertifikate,[30]
- Belegung der Einspeisung von Kohlestrom mit einer besonderen Abgabe bzw. Steuer oder einer anderen Art von finanzieller Belastung,[31]
- im Rahmen der Einführung von Kapazitätsmechanismen: Aufstellung von auf CO_2 bezogenen Anforderungen oder Verschiebung von Bestands-Kohlekraftwerken in eine (ausschließliche) Rolle der strategischen Reserve.[32]

Außerdem liegt es nahe, ergänzend an ein generelles Verbot neuer Kohlekraftwerke zu denken – einerseits aus sachlich-inhaltlichen Gründen, andererseits auch, um etwaige Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung zu vermeiden.

Die obige Liste deckt die verschiedenen in Betracht kommenden Regelungsmöglichkeiten weitgehend ab, ist aber weder systematisch noch auf Vollständigkeit hin angelegt. Einige Optionen lassen sich an einzelnen Stellen variieren oder differenzieren. Letzteres gilt insbesondere für die verschiedenen Arten von Regelungen, mit denen auf einen wirtschaftlichen Anreiz gezielt wird, der durch eine höhere Belastung für die Erzeugung oder Nutzung von Kohlestrom bewirkt wird.

---

[28] Eingehend mit Präferenz für festgelegte Jahresemissionsbudgets als zentraler Komponente Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 119 ff.; ferner in: DIW-Wochenbericht 26/2014, 603/608.

[29] Genauer rechtl. betrachtet insb. von Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014); Verheyen, Rechtliche Instrumente (2013); Schäuble/Volkert u.a., CO_2-Emissionsgrenzwerte (IASS, 2014).

[30] Genauer unter Auswertung internationaler Erfahrungen betrachtet von Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises (FÖS 2014, passim) sowie von Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg (DIW 2014, S. 86 ff.). Dabei kann es auf nationaler Ebene nicht um einen CO_2-Mindestpreis im Wortsinne gehen, da ein solcher im EU-weiten Emissionshandel nicht wirksam eingeführt werden kann. Praktisch werden unter der Bezeichnung Instrumente diskutiert, deren Wirkung real einem CO_2-Mindestpreis nahe kommt (z.B. eine zum Zertifikatepreis hinzukommende Steuer).

[31] Vgl. wiederum Wronski/Küchler u.a. Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises (FÖS 2014).

[32] Erwähnt bei Oei/Kemfert u.a., DIW 2014, 603/610.

Für die juristische Beurteilung kommt bestimmten Ausgestaltungsmerkmalen eine zentrale Bedeutung zu, insbesondere soweit es um Aspekte der Verhältnismäßigkeit oder der Gleichbehandlung geht. Dazu zählen insbesondere:

- Wer als Adressat rechtlicher Belastungen oder Vergünstigungen angesprochen wird,
- wie die gegenständlichen Anwendungsbereiche beschrieben und eingegrenzt werden,
- welche konkreten Auslösetatbestände gewählt werden,
- welche Zeitpunkte oder Zeiträume festgelegt werden,
- welche Bemessungsgrößen gewählt werden,
- welche Ziele/Motive mit den konkreten Regelungen verbunden sind,
- wie mit ungleichen und besonders schweren Belastungen umgegangen wird (Pauschalierungen/Typisierungen, Ausnahmen, Härtefallregelungen, Übergangsregelungen, Entschädigung).

Eine weitergehende Erörterung einzelner Ausgestaltungsmerkmale ist an dieser Stelle nicht möglich, weil sie den vorgegebenen Rahmen sprengen und zur Unübersichtlichkeit der Gesamtdarstellung führen würde. Nur hingewiesen werden soll daher hier darauf, dass innerhalb der jeweiligen Optionen insbesondere Differenzierungen zwischen Anlagen mit verschiedenen spezifischen CO_2-Emissionen, Energieeffizienzgraden, Flexibilitätsmerkmalen sowie – mit Blick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung – unterschiedlichen Betriebsalters sinnvoll sein können.

2.3.2 Rechtliche Systematisierung

Um sich der juristischen Prüfung auf die Vereinbarkeit mit den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben systematisch annähern zu können, bietet es sich an, die verschiedenen Instrumententypen nach der Art ihrer Regelungswirkung und ihren jeweiligen Gegenständen zu differenzieren:

- Aus dem ökonomischen Blickwinkel wird üblicherweise zwischen Ordnungsrecht und ökonomischen Instrumenten unterschieden. Während das klassische Ordnungsrecht mit den Instrumenten der Erlaubnis, des Verbots und des Gebots von bestimmten sachbezogenen Handlungsweisen und hierauf bezogenen Anforderungen arbeitet, zielen ökonomische Instrumente darauf, die wirtschaftliche Kalkulation der Verpflichteten durch eine finanzielle Belastung in eine bestimmte Richtung zu beeinflussen, den Betroffenen grundsätzlich jedoch einen Entscheidungsspielraum zu belassen. Sieht man einmal von dem Sonderfall der finanziellen Begünstigung ab, so geht es dabei um Regelungen, nach denen eine Pflicht zur Zahlung von Geld oder zur Hinnahme von finanziellen Belastungen aufgestellt wird. Praktisch lassen sich zu dieser Gruppe von Instrumenten einerseits die Steuer und die Sonderabgabe zählen, andererseits auch solche Geldleistungspflichten, die zwar gesetzlich vorgegeben sind, aber nicht zu staatlichen Einnahmen führen, weil sie ausschließlich unter Privaten abgewickelt werden (wie es

bei den im EEG vorgegebenen Geldleistungsbeziehungen der Fall ist[33] und z.B. auch für Mindestpreise gelten würde).

- Innerhalb des Ordnungsrechts ist wesentlich zu unterscheiden zwischen Instrumenten, die unmittelbar an die individuellen Kraftwerke bzw. ihre Betreiber adressiert sind – und solchen, deren Gegenstand (allgemeiner) die Gesamtmenge des Stroms oder der Emissionen aus Kohle ist, und die daher auf die einzelnen Kraftwerksbetreiber nur mittelbar einwirken. Letzteres könnte hier in entsprechenden Kontingentregelungen seinen praktischen Ausdruck finden. Ein praktisches Beispiel für solcherart Regelungen ist das (ordnungsrechtliche!) Emissionshandels-Cap, unter dem sich ein (regulierter) Handel mit Zertifikaten entwickeln kann. Der Emissionshandel ist deshalb im Grunde ein Modell dafür, dass Ordnungsrecht und wirtschaftliches Anreizrecht kombiniert werden können.
- Typisch für das klassische Ordnungsrecht sind jedoch individualisierte bzw. individualisierbare, auf die einzelnen Anlagen oder an die einzelnen Betreiber gerichtete Regelungen. Hierbei kann wiederum unterschieden werden zwischen solchen, die nach Art einer Wenn-Dann-Beziehung konkrete Voraussetzungen beschreiben, bei deren Nichteinhaltung eine bestehende Anlage nicht bzw. nicht mehr betrieben werden darf (Typ „Rechtliche Anforderung“ – umsetzbar z.B. in Form von Emissionsgrenzwerten, Flexibilitätsanforderungen oder Mindestwirkungsgraden) und solchen, bei denen es zu einer gezielten planartigen Steuerung kommt (Typ „Planartige Steuerung“). Letzteres könnte z.B. seinen Ausdruck finden in Gestalt der Festlegung von Abschaltdaten/Restlaufzeiten, zulässigen Restmengen an Strom bzw. CO_2-Emissionen oder in der Fixierung zeitraumbezogener (z.B. jährlicher) Budgets an zulässigen Einspeisemengen oder Emissionsmengen für einzelne Kraftwerke.

Die genannten Instrumentenoptionen zielen praktisch in erster Linie darauf ab, die Stromeinspeisung aus älteren, besonders klimaschädigenden und zugleich inflexiblen Bestandskraftwerken zurückzuführen. Grundsätzlich erfassen sie auch Neuanlagen. Möglich sind grundsätzlich bei allen Instrumentenoptionen Differenzierungen zwischen verschiedenen Fallgruppen, z.B. nach Brennstoffart, Alter, Energieeffizienz oder Funktion. Auch gezielte Instrumentenkombinationen sind vorstellbar.[34]

Denkbar sind darüber hinaus auch spezielle, weitergehende Regelungen zu einem Verbot von Neuanlagen. Solche Regelungen sind ihrer Wirkungsweise nach ebenfalls den individuellen/individualisierbaren Instrumenten zuzuordnen. Im Rahmen der späteren Prüfung erfordern sie eine gesonderte Betrachtung, da sich ihre Beurteilung insbesondere aus grundrechtlicher Sicht wesentlich von auf Bestandsanlagen zielenden Regelungen unterscheidet.

Berücksichtigt werden sollen in der Prüfung des weiteren Instrumentenoptionen, die als Bestandteile von denkbaren Kapazitätsmärkten vorgeschlagen werden. Da sich die Diskussion über Kapazitätsmärkte bzw. -mechanismen noch in einem recht frühen Stadium befindet und sich insofern noch keine klaren Konturen abzeichnen, lassen sich über derartige Optionen hier nur begrenzt Aussagen machen. In der hier angewandten Systematik lassen sich derartige

[33] Ausdrücklich BGH, Urt. v. 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13 –, ZUR 2014, 562.

[34] In diese Richtung gehen z.B. die Überlegungen von Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 119 ff.

Instrumente unterschiedlich einordnen. Die Konstruktion eines Kapazitätsmarkts als solche stellt sich vom Ansatzpunkt her als ordnungsrechtliche Vorgabe eines ökonomisch wirkenden Steuerungsrahmens dar, innerhalb dessen (u.a.) mit individuell zu erfüllenden rechtlichen Anforderungen gearbeitet wird. Die Verschiebung von Kraftwerken in eine strategische Reserve trüge als solche einen ordnungsrechtlichen Charakter.

In der Gesamtschau ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen folgende Systematik der zu betrachtenden Rechtsinstrumente:

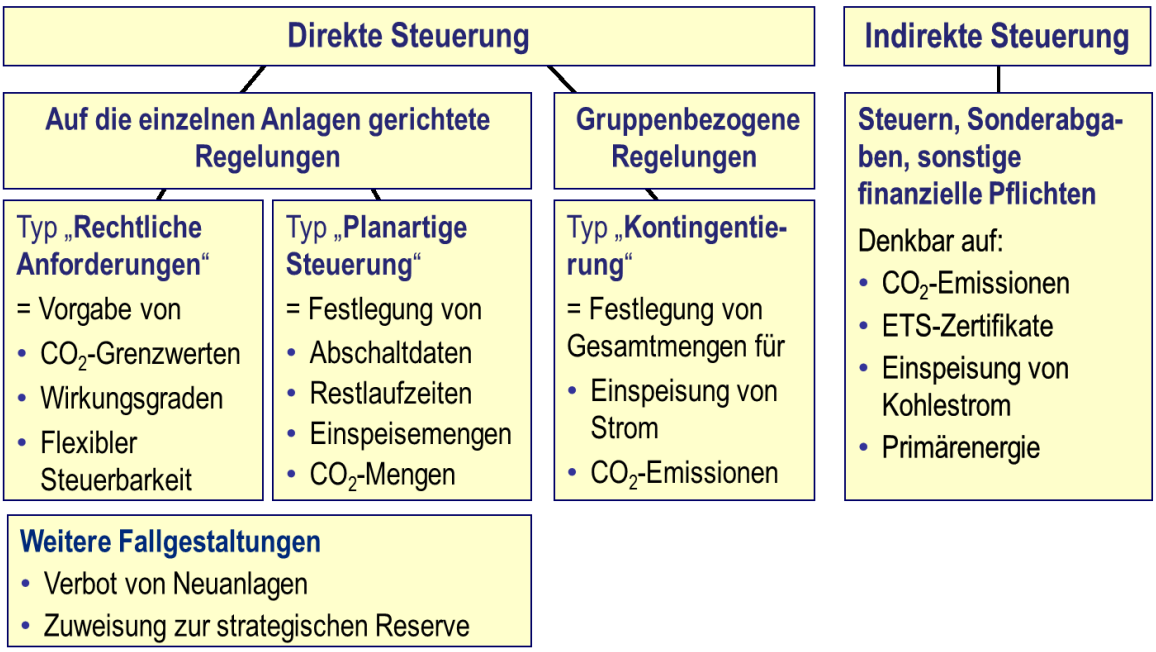

Abb. 1: Systematische Übersicht über die in Betracht kommenden Instrumente für einen Kohleausstieg (Quelle: Eigene Darstellung)

Hingewiesen sei ergänzend und klarstellend darauf, dass an Stelle der verbreiteten Unterscheidung zwischen „Ordnungsrecht“ und „ökonomischen Instrumenten“ (oder auch „wirtschaftlichen Anreizen“) in dem Abbildungsschema bewusst die neutralere Gegenüberstellung von „direkter Steuerung“ und „indirekter Steuerung“ gewählt worden ist. Damit soll vermieden werden, dass aus der verwendeten Begrifflichkeit Wertungen abgeleitet werden – was leicht passieren könnte, da der Terminus „Ordnungsrecht“ häufig negative und solche Termini wie „wirtschaftlich“, „ökonomisch“ oder „Anreiz“ in der Regel eher positive Assoziationen wecken.

An der dargestellten Systematik orientiert sich grundsätzlich auch die Gliederung für die Prüfung im späteren Kapitel 5. Zur besseren Übersichtlichkeit wird dabei auf die Obertitel der Kategorien verzichtet. Vorangestellt werden wegen der inneren Aufbaulogik die Ausführungen für auf Neuanlagen gerichtete Regelungen, ans Ende gestellt werden die ergänzenden Überlegungen über Möglichkeiten zur Regelung im Kontext von Kapazitätsmärkten.

3 Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Vorbemerkung zum Aufbau

Im vorliegenden Abschnitt geht es um eine geschlossene Untersuchung der für die verschiedenen Instrumentenoptionen relevanten verfassungsrechtlichen Fragestellungen. Ziel der Betrachtung ist es, die relevanten Maßstäbe für die Bewertung der einzelnen in Betracht kommenden Optionen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz herauszuarbeiten. Je nachdem, welchen Charakter die einzelnen Optionen haben, können für die Beurteilung unterschiedliche Problemschwerpunkte entscheidend sein.

In der Prüfung sind drei wesentliche Fragenkreise zu unterscheiden:

- Für sämtliche Instrumentenoptionen ist die Vereinbarkeit mit den im Grundgesetz[35] statuierten Grundrechten zu untersuchen. Hierbei ist nach einem Überblick differenziert auf die einzelnen Grundrechte einzugehen (siehe 3.2 bis 3.5), wobei sich Schwerpunkte beim Eigentumsgrundrecht und bei der Berufsfreiheit ergeben.
- Instrumente, die darauf hinauslaufen, dass die Betroffenen finanzielle Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen haben, sind zusätzlich auf ihre Vereinbarkeit mit den finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen zu prüfen (siehe 3.6). Hierbei ist zum Teil auf die grundrechtlichen Anforderungen Bezug zu nehmen.
- Eine geringere Bedeutung hat im vorliegenden Kontext die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz von Bund oder Ländern. Der Vollständigkeit halber ist jedoch auch auf diesen Punkt einzugehen (3.7).

3.1 Grundrechte: Überblick und Prüfungsmaßstäbe

Die verschiedenen Optionen stellen sich aus der Sicht der betroffenen Kraftwerksbetreiber teils unmittelbar, teils auch mittelbar als Beeinträchtigungen von Grundrechten dar. Je nach Gegenstand, Regelungsweise und konkreter Ausgestaltung können unterschiedliche Grundrechte in ihrem Schutzbereich berührt sein. Von Bedeutung sind dabei grundsätzlich vier Grundrechte:

- Art. 14 GG (das Eigentumsgrundrecht) ist tangiert, soweit mit einer Regelung belastend in ein bestehendes Recht eingegriffen wird, welches nach der Rechtsordnung als eigentumskräftige Rechtsposition einzustufen ist. Hierfür ist zu erörtern, ob ggf. von einer Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG oder von einer gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung für das Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auszugehen ist.
- Eine Beeinträchtigung von Art. 12 Abs. 1 GG (das Grundrecht der Berufsfreiheit) liegt vor, soweit eine Regelung darauf gerichtet ist, eine bestimmte berufliche Tätigkeit zu

[35] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. I S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478).

untersagen, den Zugang zum Beruf zu beschränken oder den Beruf in bestimmter Weise auszuüben.

- Art. 2 Abs. 1 GG (die allgemeine Handlungsfreiheit) ist insoweit von Bedeutung, als in ein Recht eingegriffen wird, das nicht schon durch ein spezielles Grundrecht erfasst ist. Betroffen ist das „Auffang-Grundrecht" des Art. 2 Abs. 1 GG hier insb. bei Geldleistungspflichten, die nach der Rechtsprechung im Regelfall nicht als Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG einzuordnen sind.[36]
- Art. 3 Abs. 1 GG (der allgemeine Gleichheitsgrundsatz) ist betroffen, wenn ihrem Wesen nach ungleiche Sachverhalte gleich oder in ihrem Wesen gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden. Diese grundrechtliche Vorgabe ist insbesondere für die Auswahl des jeweiligen Adressatenkreises und für den Zuschnitt von Ausgestaltungsmerkmalen von Bedeutung.

Im Anschluss an die Feststellung, welche Grundrechte jeweils in ihrem Schutzbereich betroffen (beeinträchtigt) sind, sind die diskutierten Steuerungsinstrumente nach der klassischen grundrechtlichen Dogmatik darauf abzuprüfen, ob die jeweils ausgelösten Belastungen durch hinreichend gewichtige Ziele des Gesetzgebers gerechtfertigt und insoweit auch verhältnismäßig sind. Je nachdem, auf welche Weise und/oder wie schwer in das Grundrecht eingegriffen wird, können die Maßstäbe für die zu fordernde Gewichtigkeit unterschiedlich streng sein. Darüber hinaus können bei bestimmten Grundrechten noch zusätzliche Anforderungen zu beachten sein.

In der an die Feststellung der hinreichenden Legitimation anknüpfenden Verhältnismäßigkeitsprüfung wird bei den sog. Freiheitsgrundrechten (hier: Eigentum, Berufsfreiheit, allgemeine Handlungsfreiheit) danach gefragt, ob die Beweggründe ausreichen, um die konkrete Beeinträchtigungswirkung als (noch) akzeptabel werten zu können. Das ist der Fall, wenn die belastende Maßnahme mit Blick auf das verfolgte gesetzliche Ziels „geeignet", „erforderlich" und „angemessen" ist:[37]

- *Geeignet* ist die Maßnahme, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es darf also nicht völlig ausgeschlossen erscheinen, dass sie zur Erreichung des verfolgten Zieles einen Beitrag leisten kann. Der Gesetzgeber hat hier einen weiten Einschätzungsspielraum, da er eine Prognose treffen muss.
- Die *Erforderlichkeit* ist zu bejahen, wenn kein anderes Mittel vergleichbarer Wirkung und Wirksamkeit ersichtlich ist, welches das betreffende Grundrecht weniger stark beeinträchtigt. Zu beachten ist, dass das verglichene mildere Mittel in seiner Effektivität nicht zurückstehen darf. Dies wird oft übersehen. Die Erforderlichkeit spielt insbesondere bei der Instrumentenauswahl, oft aber auch auf der Ebene der konkreten Ausgestaltung eine bedeutsame Rolle.
- Bei der Prüfung der auch als „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne", „Übermaßverbot" oder „Proportionalität" bezeichneten *Angemessenheit* wird gefragt, ob der erreichbare

[36] Vgl. BVerfGE 110, 370/393; BVerfGE 124, 235/242.

[37] Zusammenfassend BVerfGE 67, 157/173 ff.

> Nutzen noch in einem angemessenen bzw. zumutbaren Verhältnis zur konkreten Beeinträchtigungswirkung steht. Hier findet daher eine Abwägung statt, in der die Zweck-Mittel-Relation wertend betrachtet wird. Zu berücksichtigen sind insoweit unter Umständen auch Regelungen zur Vermeidung von Härten oder zur Kompensation durch Entschädigungsleistungen.[38]

Etwas abgewandelt wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Beeinträchtigungen des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) angewandt, soweit durch die Ungleichbehandlung bestimmte Personen belastend getroffen[39] werden. Bei der gleichheitsbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung fragt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) danach, ob die jeweiligen Rechtfertigungsgründe für die Differenzierung „in angemessenem Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung“[40] stehen (nicht – wie bei den Freiheitsgrundrechten – zum Ausmaß der Freiheitsbeeinträchtigung). Die Ungleichbehandlung muss danach zunächst *geeignet* sein, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen. Für die *Erforderlichkeit* wird danach gefragt, ob keine weniger belastende Differenzierung zur Verfügung steht. Im Rahmen der *Angemessenheit* wird geprüft, ob für die Ungleichbehandlung ein sachlich vertretbarer Grund von hinreichendem Gewicht vorliegt.[41]

3.2 Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG)

Mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG stellt das Grundgesetz zwei Tatbestände für die Zulässigkeit von staatlichen Eingriffen in das Eigentum auf:

- Zum einen regelt Art. 14 Abs. 3 GG, dass die *Enteignung* nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig ist (Satz 1) und nur durch oder auf Grund Gesetzes erfolgen darf, welches Art und Ausmaß der Entschädigung regelt (Satz 2).
- Zum anderen bestimmt Art. 14 Abs. 1 Satz 2, dass durch Gesetz *Inhalt und Schranken* des Eigentums bestimmt werden dürfen.

Im Gegensatz zu den sehr strengen Anforderungen für die Enteignung setzt die Wahrnehmung der Möglichkeit zum Erlass von Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG lediglich ein legitimes Ziel des Gesetzgebers voraus, vor dem sich der staatliche Eigentumseingriff als verhältnismäßig darstellen muss.[42]

Vor diesem Hintergrund spielt es eine entscheidende Rolle für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Instrumenten zum Kohleausstieg, ob sich diese im Lichte des Art. 14 GG als Enteignung oder als Inhalts- und Schrankenbestimmungen darstellen.

---

[38] Zum Ganzen im Überblick Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 20 Rdnr. 86 m.w.N.

[39] Weniger strenge Maßstäbe legt das BVerfG an, soweit es um Ungleichheiten bei Begünstigungen geht; vgl. BVerfG NJW 2012, 1711 (Rdnr. 40).

[40] So BVerfGE 102, 68/87.

[41] Zusammenfassend Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rdnr. 27a m.w.N.

[42] Eingehend Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr 33 ff. m.w.N.

Bevor dieser Frage im Einzelnen nachgegangen werden kann, ist jedoch zu klären, ob mit dem Instrument überhaupt in das Eigentum eingegriffen wird, der Schutzbereich des Art. 14 GG also eröffnet ist. Das ist insbesondere deshalb wichtig, weil geklärt werden muss, ob nicht vielmehr der im Hinblick auf wirtschaftliche Tätigkeiten ebenfalls bedeutsame Art. 12 GG als einschlägig zu erachten ist.

3.2.1 Eingriff in den Schutzbereich

In der vorliegenden Fallkonstellation kommt eine Zuordnung zum Eigentum für verschiedene Rechtspositionen der Betreiber von Kohlekraftwerken in Betracht. Neben dem (privatrechtlichen) Eigentum an Grund und Boden sowie an den Produktionsanlagen ist es auch denkbar, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als solchen sowie die erteilte immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung als von Art. 14 GG geschützt anzusehen.

Ob das Eigentumsrecht bei der Wahl einer bestimmten Instrumentenoption als Eingriff in das Eigentumsgrundrecht zu begreifen ist, hängt zum einen davon ab, auf welche dieser Rechtsposition mit dem Instrument konkret eingewirkt wird, zum anderen davon, ob die jeweils konkret betroffene Rechtsposition durch das Eigentumsgrundrecht geschützt ist.

3.2.1.1 Geschützte Rechtspositionen

Als eigentumskräftige und daher von Art. 14 GG geschützte Rechtsposition ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedes durch den Gesetzgeber gewährte konkrete vermögenswerte Recht einzuordnen.[43] Das Grundrecht schützt demnach nicht das Vermögen als solches[44], sondern Rechtspositionen, denen ein Vermögenswert zukommt oder die genutzt werden können, um Vermögen zu bilden.

Zu den eigentumskräftigen Rechtspositionen werden insbesondere vom Gesetzgeber gewährte privatrechtliche Positionen gezählt, die dem Berechtigten ausschließlich wie Eigentum an einer Sache zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet sind.[45] Erfasst ist damit nicht nur die privatrechtliche Eigentümerstellung im Sinne des BGB als solche. Als eigentumskräftig geschützt gelten vielmehr auch bürgerlich-rechtliche Ansprüche und Forderungen[46] (wie etwa der Kaufpreisanspruch[47]), jedenfalls sofern sie nicht jederzeit kündbar sind.[48] Entsprechendes gilt jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen auch für öffentlich-rechtliche Anspruchspositionen, sofern diese dem Einzelnen eine Rechtsposition verleihen, die derjenigen eines Eigentümers gleichkommt (z.B. Baugenehmigungen).[49]

---

[43] Grundlegend BVerfGE 58, 300/336.

[44] Vgl. nur BVerfGE 72, 175/195 m.w.N.; BVerfGE 95, 267/300.

[45] BVerfGE 78, 58/71 m.w.N.

[46] Vgl. BVerfGE 68, 193/222; BVerfGE 83, 201/208 f.

[47] BVerfGE 45, 142/179.

[48] So BGHZ 123, 166/169.

[49] BVerfGE 18, 392/397; BVerfGE 53, 257/289; BVerfGE 72, 175/193.

Vom Ansatz her spricht somit viel dafür, über die Eigentümerstellung an Grund und Boden und an den Produktionsanlagen (hier: den Kraftwerken) ggf. auch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Anlagen als eigentumskräftig geschützt anzusehen. Allerdings ist insoweit zu beachten, dass das BVerfG nach seiner gefestigten Rechtsprechung öffentlich-rechtliche Anspruchspositionen aus dem Eigentumsbegriff ausnimmt, welche „nicht durch Einsatz von Kapital und Arbeit erworben“ sind.[50] Als entscheidend sieht es das Gericht in dieser Hinsicht an, inwieweit sich die Rechtsstellung „als Äquivalent eigener Leistung erweist oder auf staatlicher Gewährung beruht“.[51] Aus diesem Blickwinkel erkennt das Gericht namentlich gesetzlich verbürgte Ansprüche auf Subventionen nicht als eigentumsfähig an.[52]

Die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung beruht als solche nicht auf einer eigenen Leistung der Anlagenbetreiber. Zu bedenken ist jedoch, dass der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ihrer Konstruktion nach eine zielgerichtete Schutzfunktion für die getätigte Investition in die Anlage zukommen soll.[53] Denn die Genehmigung dient (auch) dem Schutz von Leistungen, die der Anlagenbetreiber in Ausnutzung der Genehmigung selbst erbringt. Die in dieser Hinsicht sehr ausgeprägte Schutzfunktion der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung zeigt sich insbesondere an den Bestimmungen der §§ 13 und 14 BImSchG, die den Genehmigungsinhaber vor späteren Einwendungen anderer Behörden und Dritter gegen den Betrieb der Anlage schützen[54], sowie in § 17 BImSchG, der nachträgliche behördliche Anordnungen nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung wohnt somit eine Schutzfunktion für das in den Bestand der Genehmigung gesetzte Vertrauen inne, in der eine Anerkennung privater Leistung durch den Staat zum Ausdruck kommt. Im Sinne dieses Verständnisses vermitteln einmal erteilte Genehmigungen einen aus dem Vertrauensschutz abgeleiteten „Bestandsschutz“ – welcher allerdings nicht absolut gilt, sondern in Wahrnehmung von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch Gesetz auch überwunden werden kann.[55]

In der Gesamtschau spricht deshalb überwiegendes dafür, die immissionsschutzrechtliche[56] Anlagengenehmigung jedenfalls im Hinblick auf ihre Vertrauensschutzfunktion für die getätigten Investitionen als eigentumskräftig geschützt anzusehen.[57]

---

[50] Ausdrücklich BVerfGE 97, 67/83 unter Berufung auf BVerfGE 18, 392/397.

[51] BVerfGE 72, 175/193.

[52] Eingehend BVerfGE 72, 175/193 ff.; ebenso BVerfGE 97, 67/83.

[53] In diesem Sinne für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung BVerfG-K NVwZ 2010, 771/772 (Rdnr. 28). Zurückhaltender Jarass, BImSchG, § 17 Rdnr. 4.

[54] Undeutlich bleibt dies bei Jarass, BImSchG, § 13 Rdnr. 1 sowie § 14 Rdnr. 1.

[55] Zusammenfassend Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 46 m.w.N.

[56] Zu beachten ist, dass jede Genehmigung innerhalb ihres gesetzlichen Kontextes einer spezifischen Betrachtung bedarf. Hier kann daher namentlich keine Aussage etwa für den Vertrauensschutz der atomrechtlichen Genehmigung gemacht werden – und erst recht nicht über die Sondersituation nach der dem (zweiten) Atomausstieg vorangegangenen zwischenzeitlichen Laufzeitverlängerung (siehe zu diesem Komplex mit untersch. Positionen insb. Wallrabenstein, HFR 2011, 109 ff.; Kloepfer, DVBl. 2011, 1437 ff; Bruch/Greve, DöV 2011, 794/798 f.; Wieland, Verfassungsfragen der Energiewende, 2014).

[57] Dezidiert BVerfG-K, NVwZ 2010, 771/772 (Rdnr. 28); dem folgend Wieland, Verfassungsfragen der Energiewende (Vortrag) 2014, S. 7 f.; zurückhaltender Jarass, BImSchG, § 17 Rdnr. 4.

Der Bundesgerichtshof steht des Weiteren auf dem Standpunkt, dass auch der „eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“ als solcher als von Art. 14 GG geschützt anzusehen ist.[58] Das Bundesverfassungsgericht hat sich zur Anwendbarkeit bislang nicht eindeutig geäußert.[59] Unterstellt man die Anwendbarkeit, so ist allerdings zu beachten, dass die Reichweite der Schutzposition deutlich begrenzt ist. Denn der aus der Rechtfigur abgeleitete Schutz erstreckt sich nur auf die Substanz des Gewerbebetriebs als Gesamtheit[60], nicht auf die mit dem Gewerbebetrieb verbundenen wirtschaftlichen Erwartungen, die ihrerseits allein Gegenstand von Art. 12 GG sind.[61] Erfasst sind auch nach Auffassung des BGH nicht die „allgemeinen Gegebenheiten und Chancen, innerhalb derer ein Gewerbebetrieb seine Tätigkeit entfaltet“ und „keinen Bezug zu einem bestimmten Unternehmen haben“[62]. Nicht geschützt sind namentlich der Erhalt einer „tatsächliche Absatzmöglichkeit“[63] sowie die „Erwartung, dass ein Unternehmen auch in Zukunft rentabel betrieben werden kann“[64].

Auch für Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – seine Anwendbarkeit angenommen – ist zu betonen, dass sich aus Art. 14 GG keine über die allgemein geltenden Maßstäbe für die Zulässigkeit von Eigentumseingriffen hinausgehenden Begrenzungen ergeben würden. Wenn sich das Instrument seinem Charakter nach als enteignend darstellen sollte, ist insoweit Art. 14 Abs. 3 GG zu beachten, außerhalb dessen ist der Schutzanspruch ggf. durch verhältnismäßige Eingriffserwägungen überwindbar.

3.2.1.2 Schutz der Eigentumsnutzung – Abgrenzung zu Art. 12 GG

Von der Schutzrichtung her umfasst Art. 14 GG das Innehaben und die Verfügungsgewalt, aber auch die Nutzung des Eigentums.[65] So erstreckt sich das Grundrecht etwa im Hinblick auf das Eigentum an Grund und Boden anerkanntermaßen auch darauf, das Grundstück im Rahmen der Gesetze zu bebauen.[66] In diesem Sinne kann davon ausgegangen werden, dass es sich ggf. hier auch auf die Wahrnehmung der (bisher) zulässigen Nutzungsmöglichkeiten für das Grundstück und die Kraftwerke sowie auf den Gebrauch der erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erstreckt.

Zu beachten ist – wie bereits eben angedeutet – allerdings, dass die Schutzwirkung für die Nutzung des Eigentums nicht gleichbedeutend ist mit einem Schutz der mit der Nutzung ver-

---

[58] BGHZ 81, 24/33; BGHZ 92, 34/37. Eingehend zum Ganzen Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 9 m.w.N.; kritisch Wieland, Verfassungsfragen, a.a.O. S. 9 f.

[59] BVerfGE 81, 208/227 f.; BVerfGE 123, 186/258.

[60] Etwas offener Schlömer, ZNER 2014, 363/365, Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie (2012), 26.

[61] Eingehend Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 21 m.w.N.

[62] BGHZ 78, 41/44 f.; vgl. auch BVerfGE 105, 272/278.

[63] BVerfGE 105, 272/278.

[64] BVerfGE 110, 274/290.

[65] BVerfGE 88, 366/377; BVerfGE 101, 54/75. Ähnlich schon BVerfGE 30, 292/335; hieran anknüpfend Schlömer, ZNER 2014, 363/365.

[66] BVerfGE 35, 263/276; BVerfGE 104, 1/11.

bundenen Gewinnerwartung. Denn das Bundesverfassungsgericht grenzt die beiden Grundrechte aus Art. 14 GG (Eigentumsgrundrecht) und Art. 12 GG (Berufsfreiheit) generell danach ab, dass es beim Eigentumsgrundrecht um den Schutz des „Erworbenen“ geht, während das Grundrecht der Berufsfreiheit den Schutz des (künftigen) „Erwerbs“ im Auge habe.[67] Die Schutzwirkung des Art. 14 GG richtet sich danach nur auf den vorhandenen Bestand der vermögenswerten Rechte – hier also der Nutzungsberechtigung als solcher –, nicht auf die mit ihrer Nutzung verbundenen Chancen, Hoffnungen und (Gewinn-) Erwartungen.[68] Der reine „Erwerbsschutz“ ist seinerseits Gegenstand der auch für die unternehmerische Betätigung geltenden Berufsfreiheit.[69] Die Schmälerung des Gewinns durch vom Staat ausgesprochene Belastungen (z.B. in Gestalt von kostenwirksamen Verhaltenspflichten) berührt daher lediglich den Schutzbereich des Art. 12 GG, nicht denjenigen des Art. 14 GG.

3.2.1.3 Folgerungen für die einzelnen Instrumentenoptionen

Ob Art. 14 GG betroffen ist, muss für die verschiedenen Instrumentenoptionen differenziert betrachtet werden.

Zu bejahen ist ein Eingriff in das Eigentumsgrundrecht bei allen Instrumenten, durch welche die genehmigte Nutzung des Grundstücks und/oder der Produktionsanlagen aufgehoben, zeitlich oder sachlich eingeschränkt oder von einengenden Voraussetzungen abhängig gemacht wird. *Keine* Eigentumsbeeinträchtigung ist anzunehmen für Instrumente, die lediglich die Wirtschaftlichkeit oder die Gewinnerwartung einschränken, ohne zugleich Einschränkungen für die Genehmigung zu bewirken (oder ggf. in die Substanz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs eingreifen). Das gilt namentlich für Instrumente, die lediglich finanzielle Zusatzbelastungen herbeiführen und die Nutzung von Kohle dadurch unattraktiver machen. Auch Kontingentierungen von zulässigen Gesamtmengen an Kohlestrom oder CO_2-Emissionen, die sich nicht einschränkend auf die einzelne Anlagengenehmigung auswirken, sind nach den hiesigen Erkenntnissen nicht als Beeinträchtigungen des Eigentumsgrundrechts anzusehen (sondern als Beeinträchtigungen der Berufsausübung).

Die Rechtsfigur des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs kann in der vorliegenden Konstellation – sofern man ihre Anwendbarkeit annimmt – eine eigenständige Bedeutung bei Instrumenten erlangen, die darauf gerichtet sind, gezielt einzelne Kohlekraftwerke stillzulegen (Abschaltdaten, Restlaufzeiten).

Soweit eine Person nicht bereits über eine eigentumskräftige Rechtsposition verfügt, sondern deren Erhalt erst für die Zukunft anstrebt, kann ein Eingriff in das Individualgrundrecht des Art. 14 GG nicht vorliegen. Insoweit läge der Eingriffsschwerpunkt bei Art. 12 GG. Auf der generellen Ebene kann Art. 14 GG allerdings gleichwohl betroffen sein, sofern der Gesetzgeber eine Eigentumsposition, die die Rechtsordnung bisher als möglich vorsah, für die Zukunft beseitigen oder einschränken sollte. Das wird etwa für die Regelungen zum Atomausstieg angenommen,

---

[67] Klarstellend BVerfGE 95, 173/187 f. m.w.N.

[68] BVerfGE 28, 119/142; BVerfGE 30, 292/335; BVerfGE 68, 193/222.

[69] Vor diesem Hintergrund ist der Streit in der Rechtswissenschaft, ob auch das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ zum Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne zählt (so BGHZ 92, 34/37), weitgehend bedeutungslos (vgl. auch BVerwGE 95, 341/405).

mit denen die Möglichkeit, ein Kernkraftwerk zu betreiben, für die Zukunft abgeschafft wurde.[70] Entsprechendes würde auch für den Fall gelten, dass der Gesetzgeber die Nutzung des Grundeigentums zur Errichtung von neuen Kraftwerken, in denen Strom aus Kohle hergestellt wird, für die Zukunft untersagen oder einschränken sollte.[71]

3.2.2 Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung?

Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung klar zwischen dem besonderen Eingriffstatbestand der Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) einerseits und der Inhalts- und Schrankenbestimmung für das Eigentum (Art. 14 abs. 1 Satz 2 GG) andererseits. Hintergrund dessen ist, dass die Enteignung nicht nur besonders gewichtige Gründe des Allgemeinwohls voraussetzt, sondern darüber hinaus nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG nur zulässig ist, wenn im zugrunde liegenden Gesetz Art und Ausmaß der Entschädigung geregelt sind (sog. Junktimklausel). Würde es sich bei einer der hier erwogenen Regelungen ihrem Wesen nach um eine Enteignung handeln, so wäre folglich im Gesetz eine (angemessene) Entschädigung festzusetzen.

Auf Basis der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Rechtsprechung kann das für die hier diskutierten Instrumentenoptionen grundsätzlich verneint werden. Das ergibt sich aus Folgendem:

Eine Enteignung ist nach der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts „auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet“[72]. Eingriffe in das Eigentum, die diese Kriterien nicht vollständig erfüllen, stellen sich verfassungsdogmatisch nicht als Enteignung, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Das gilt auch, wenn sie der Sache nach besonders schwerwiegend sind und daher einer Enteignung aus der Sicht der Betroffenen nahe- oder gleichkommen.[73]

Kennzeichnend für den Begriff der Enteignung ist die (vollständige oder teilweise) „Entziehung konkreter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“.[74] Die Entziehung einer eigentumskräftigen Rechtsposition reicht als Zuordnungskriterium also nicht aus. Hinzu tritt als weitere Tatbestandsvoraussetzung der Zweck der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Hierunter versteht das Bundesverfassungsgericht einen Vorgang, bei dem es der öffentlichen Hand um die Beschaffung konkreter Güter für öffentliche Aufgaben geht. In diesem Sinne heißt es in der Entscheidung des Gerichts über die Baulandumlegung:

> „Die Enteignung setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung i.S. von Art. GG Artikel 14 GG Artikel 14 Absatz 3 GG. Diese ist

[70] Eingehend Koch, NJW 2000, 1529/1531 ff.

[71] Klinski, ER 2012, 347/349.

[72] BVerfGE 70, 191/199 f.; BVerfGE 102, 1/15.

[73] BVerfGE 100, 226/240; ähnlich BVerfGE 102, 1/16.

[74] BVerfGE 115, 97/112; BVerfGE 112, 93/109; BVerfGE 101, 239/259.

> beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll (vgl. BVerfGE 38, 175 [179 f.])."[75]

Die Verfolgung öffentlicher (politischer) Interessen ist nicht gleichbedeutend mit einer „Erfüllung öffentlicher Aufgaben", wie sie für eine Einordnung als Enteignung erforderlich ist. Deshalb ist die durchaus im öffentlichen Interesse liegende Baulandumlegung, bei der es zu einer gesetzlichen Entziehung und Neuzuordnung von Grundflächen zwischen verschiedenen Eigentümern kommt, keine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG.[76]

Aus diesem Grund kommt den Bestimmungen zur Begrenzung der Restlaufzeiten für Atomkraftwerke im Zusammenhang mit den Atomausstiegsregelungen des Jahres 2001[77] und im Kontext der Energiewendegesetze 2011[78] ebenfalls kein Enteignungscharakter zu.[79] Denn der Gesetzgeber verbindet mit den Bestimmungen nicht das Ziel, sich selbst die Verfügungsgewalt an den Anlagen oder Grundstücken zu verschaffen, sondern im öffentlichen Interesse ihren Fortbetrieb zu beenden. Gelegentlich sind zwar in der Rechtsliteratur zu den Atomausstiegsregelungen Äußerungen zu lesen, in denen das Erfordernis der hoheitlichen Güterbeschaffung nicht als für die Enteignung konstitutiv eingestuft wird.[80] Derartige Einschätzungen stehen aber im Kontrast zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, indem sie einen von dieser abweichenden, erweiterten Enteignungsbegriff zugrunde legen.[81]

Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht das Vorliegen einer Enteignung auch bei Entziehungen von Eigentum verneint, die dazu dienen, eine von der Eigentumsnutzung ausgehende Gefahr zu beseitigen.[82] In diesem Sinne geht das Gericht davon aus, dass stets eine Inhaltsbestimmung und keine Enteignung vorliegt, wenn der Gesetzgeber Eigentum entzieht, um „Rechtsgüter der Gemeinschaft […] vor Gefahren zu schützen"[83]. So liegt es sowohl bei der Abschaltung von Atomkraftwerken aus Sicherheitsgründen als auch bei der Beendigung der Nutzung von Kohlekraftwerken auf Grund von Klimaschutzerwägungen.

---

[75] BVerfGE 104, 1/10. Ebenso BVerfGE 112, 93/109. Hieran anknüpfend BVerfGE 115, 97/112 f.

[76] BVerfGE 104, 1/10 f.

[77] Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Nutzung zur Elektrizitätserzeugung vom 22. April 2002 (BGBl. I S. 1351).

[78] 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 31. Juli 2011 (BGBl. I S. 1704).

[79] In diesem Sinne auch Schlömer, ZNER 2014, 363/367; Bruch/Greve, DöV 2011, 794/796 f.; Kloepfer, DVBl. 2011, 1437/1439; ähnlich schon Stüer/Loges, NVwZ 2000, 9/13. Für die herrschende Rechtslehre Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 77 m.w.N.

[80] So Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstieges aus der Kernenergie (2012), 37 ff. (insb. S. 51 f.); hieran anknüpfend Battis/Ruttloff, NVwZ 2013, 817/821 f.; ähnlich de Witt, UPR 2012, 281/285.

[81] Entgegen Battis/Ruttloff, NVwZ 2013, 817/821 f., die die oben zitierte Passage der Baulandumlegungsentscheidung des BVerfG als „missverständlich" bezeichnen (ebenda, Fn. 64). Für die herrschende Rechtslehre siehe Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 77 m.w.N.

[82] Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 81 m.w.N.; Roller, ZUR 1999, 244/245.

[83] BVerfGE 20, 351/359. Vgl. auch BVerfG-K NVwZ 1999, 979/979 f.

Eine zielgerichtete Enteignung ist für die ganz überwiegende Zahl der hier erwogenen Instrumentenoptionen auf dieser Beurteilungsgrundlage nicht erkennbar. Maßgebend ist für die betreffenden Optionen daher allein Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

Etwas anderes könnte allenfalls für die sehr spezielle Möglichkeit gelten, den Betreibern bestimmter Kraftwerke die Berechtigung zur Teilnahme am allgemeinen Strommarkt zu entziehen und den Kraftwerken stattdessen eine strategische Reservefunktion zuzuweisen. Für einen derartigen Sonderfall wäre die eigentumsrechtliche Klassifizierung vergleichsweise unsicher, weil es gut vertretbar ist, die Erfüllung der Reservefunktion als konkrete öffentliche Aufgabe anzusehen. In einem solchen Fall läge es aber ohnehin nahe, eine angemessene Entschädigungsregelung zu treffen, so dass es konstruktionstechnisch nicht schwierig wäre, die Anforderungen von Art. 14 Abs. 3 GG zu erfüllen. Keine Bedeutung hätte das Problem im Übrigen, wenn Entsprechendes auf Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung (und nicht durch hoheitliche Festlegung) geregelt würde.

3.2.3 Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit

3.2.3.1 Legitimationsgrundlage

Einschränkungen des Grundrechts auf Eigentum, die sich nicht als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG darstellen, können grundsätzlich auf jegliche vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gestützt werden.[84] Je nach der Schwere des Eingriffs muss jedoch geprüft werden, ob sich die angestellten Erwägungen zur Erreichung der gesetzten Ziele konkret als hinreichend tragfähig erweisen.

Mit den hier erörterten Rechtsinstrumenten verfolgt der Gesetzgeber (ggf.) die Zielsetzung, die Treibhausgasemissionen zu mindern und günstige Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass das System der Stromversorgung auf eine ganz überwiegende Nutzung von EE umgestellt wird (siehe oben, 2.1). Mit dieser Intention kann er sich auf das „Staatsziel Umweltschutz“ aus Art. 20a GG stützen, weil es ihm bei der Klimaschutzpolitik – auch im Interesse der zukünftigen Generationen – um den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen geht. Damit liegt ein herausragendes Gemeinwohlziel von Verfassungsrang[85] vor, welches vom Ansatz her auch schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte zu rechtfertigen geeignet ist und sich in der Verhältnismäßigkeitsprüfung durchsetzen kann, soweit – bezogen auf die jeweilige Instrumentenoption – ein milderes Mittel vergleichbarer Wirksamkeit nicht zur Verfügung steht und die Regelungen auf zumutbare Weise konkret ausgestaltet werden.[86]

Die Motivation des Gesetzgebers schließt dabei eine energiepolitische Gestaltungskomponente eine. Es geht dem Gesetzgeber auch darum, einen möglichst störungsfreien, geordneten

---

[84] Vgl. schon BVerfGE 8, 71/80.

[85] Grundlegend zum Gewicht von Art. 20a GG BVerfGE 128, 1/41 ff. (insb. Rdnr. 151 und 243).

[86] Weitgehend ins Leere geht die Argumentation von Frenz in DVBl. 2013, 688/689 f. (ähnlich in EnWZ 2013, 1), nach der sich aus Art. 20a GG keine *Verpflichtung* zum Kohleausstieg ergebe. Das steht nicht im Raum (und wurde entgegen Frenz, a.a.O. Fn. 16 auch in Klinski, ER 2012, 47/53 nicht behauptet). Es geht um die Frage, ob sich der Gesetzgeber für einen Kohleausstieg legitimierend auf Art. 20a GG berufen kann.

Prozess der Transformation des Energiesystems sicherzustellen. Die gezielte Steuerung dieses Prozesses wird für notwendig erachtet, weil die Marktsignale – auch in Ansehung des Emissionshandels – in eine der Transformation entgegenstehende, diese tendenziell gefährdende Richtung weisen. Auch mit dieser energiepolitischen Steuerungsintention kann sich der Gesetzgeber auf ein hochrangiges Ziel des Gemeinwohls stützen, dem in der Abwägung mit grundrechtlich geschützten Interessen einzelner Wirtschaftsakteure ein sehr großes Gewicht zukommen kann.[87]

Eine noch größere Bedeutung käme dem Interesse an der Transformation des Energiesystems rechtsdogmatisch zu, wenn man die Aufgabe, eine an der Nachhaltigkeit orientierte Wirtschaftsweise aufzubauen, nicht lediglich als Gemeinwohlziel und Bestandteil von Art. 20a GG verortete, sondern auch als Gegenstand und Forderung des Grundrechtsschutzes betrachtete. Die traditionelle Verfassungsdogmatik sieht in den Grundrechten in erster Linie die Funktion, vor Eingriffen in die Freiheit zu bewahren. Sie blendet dabei weitgehend aus, dass aus den Grundrechten auch ein Anspruch darauf abgeleitet werden kann, die Voraussetzungen dafür zu sichern, dass Freiheit überhaupt dauerhaft ausgeübt werden kann. Wo die Möglichkeiten der (künftigen) Freiheitsausübung bedroht sind, ist staatliches Handeln daher auch zum Schutz der Grundrechte geboten – wie im Falle des Klimawandels. Diese mit beachtlichen Argumenten von *Ekardt* entwickelte Neuakzentuierung des Grundrechtsverständnisses[88] muss hier aber nicht bemüht werden, denn auch auf der Basis der traditionellen Grundrechtsdogmatik ist eindeutig, dass die verfolgten Ziele verfassungsrechtlich so hochrangig einzustufen sind, dass sie geeignet sind, die entgegenstehenden einzelwirtschaftlichen Interessen in der Abwägung zu überwinden.

3.2.3.2 Geeignetheit – Erforderlichkeit – Angemessenheit: Allgemeines

Mit der Kriterientrias Geeignetheit – Erforderlichkeit – Angemessenheit ist für jedes einzelne Instrument zu prüfen, ob der Gesetzgeber den Grundrechten (hier dem Eigentumsgrundrecht) hinreichend Rechnung trägt.

Was die Geeignetheit betrifft, steht dem Gesetzgeber ein relativ großer politischer Einschätzungsspielraum zu, der sich der gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzieht.[89] Es reicht aus, dass die jeweilige Maßnahme der gesetzlichen Zielsetzung überhaupt förderlich ist.[90] Das kann hier für alle diskutierten Instrumente bejaht werden.

Bei der Erforderlichkeit geht es darum, ob unter mehreren geeigneten Mitteln dasjenige gewählt worden ist, welches den am wenigsten belastenden Eingriff in die Rechte der Betroffenen zur Folge hat.[91] Es ist demnach die Wirkungen sowohl auf der auf der Gestaltungsseite als auch

---

[87] Zur Bedeutung energiepolitischer Zielsetzungen in der grundrechtlichen Abwägung BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 (1 BvR 3386/08) – Garzweiler II –, NVwZ 2014, 211 (Rdnr. 287 ff. m.w.N.).

[88] Eingehend Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (2011), insb. S. 188 ff.

[89] Grundlegend BVerfGE 16, 147/181 ff.

[90] BVerfGE 70, 278/286; BVerfGE 76, 220/238.

[91] Vgl. BVerfGE 75, 78/97 f.; BVerfGE 110, 1/28.

auf der Belastungsseite zu untersuchen. Sehr häufig wird man feststellen können, dass es mildere Handlungsmöglichkeiten gibt, jedoch zugleich erkennen müssen, dass sich diese im Hinblick auf die (konkrete!) Zielerreichung auch als weniger wirksam darstellen. Dann sind sie mit dem Kriterium der Erforderlichkeit zu vereinbaren. Nur wenn es insoweit zu einer Disproportionalität kommt, liegt ein Verstoß vor. Im Kern kommt es daher darauf an, ob die Wahl der (ggf. schärfer eingreifenden) Handlungsoption durch sachliche Gründe getragen wird, die sich auf die jeweils konkret verfolgte Zielsetzung zurückführen lassen.

Wendet man diese Überlegungen auf die hier vorzunehmende Vergleichsbetrachtung zwischen verschiedenen Instrumentenoptionen an, so wird die Problematik schnell deutlich. So stellt z.B. die gesetzliche Festlegung von Abschaltdaten gegenüber der Vorgabe von Restlaufzeiten oder Restmengen einen weiter reichenden Eingriff dar – ist aber möglicherweise zu rechtfertigen, wenn es dem Gesetzgeber in seinem Interesse an der gezielten Steuerung des Prozesses gerade darauf ankommt, exakte Termine zu fixieren. Stattdessen Restlaufzeiten oder Restmengen – ggf. auch handelbar – festzulegen, kann zur Abmilderung des Grundrechtseingriffs sinnvoll sein, ist aber unter Umständen mit einem Steuerungsverlust verbunden.

Für welche der einzelnen Instrumentenoptionen in der Gegenüberstellung ein Problem im Hinblick auf die Erforderlichkeit bestehen würde, lässt sich an dieser Stelle allgemein nicht klären. An dieser Stelle lässt nur die allgemein gehaltene Folgerung formulieren, dass es jedenfalls grundsätzlich *möglich* ist, zur Erreichung der hier verfolgten Ziele Instrumentenoptionen zu wählen und Ausgestaltungsmerkmale für diese zu identifizieren, mit denen dem Erforderlichkeitskriterium Rechnung getragen werden kann.

Der Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt im vorliegenden Zusammenhang bei dem Kriterium der Angemessenheit. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist insoweit bei Maßnahmen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG danach zu fragen, ob „bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe […] die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt“ wird.[92] An anderer Stelle formuliert das Gericht, der Eingriff dürfe „seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und den vom Bürger hinzunehmenden Einbußen stehen“[93]. Dabei ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für Beschränkungen des Eigentums umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung.[94]

Die als Eigentumseingriffe klassifizierten Instrumentenoptionen (siehe oben, 3.2.1) treffen die Grundrechtsträger unterschiedlich schwer. Besonders einschneidend sind Regelungen, welche die Eigentümer dazu verpflichten, ihre Anlagen vor dem Erreichen der – ggf. auch unter Berücksichtigung von Runderneuerungen („Retrofit“) – an sich bestehenden Lebensdauer stillzulegen (wie es auch bei den Atomausstiegsregelungen der Fall ist). Das ist insbesondere für auf einzelne Kraftwerke bezogene Vorgaben von Abschaltzeitpunkten, Restlaufzeiten oder Restmengen an Strom bzw. CO_2 anzunehmen. Auch die ordnungsrechtliche Festlegung von neuen Anforderungen für CO_2-Grenzwerte, Effizienzstandards oder einer flexiblen Betriebsweise kann

---

[92] BVerfGE 113, 167/260; ähnlich BVerfGE 90, 145/173; BVerfGE 102, 197/220.

[93] BVerfGE 65, 1/54; ähnlich BVerfGE 76, 1/51.

[94] BVerfGE 102, 1/17; BVerfGE 50, 290/340 f.; BVerfGE 53, 257/292; BVerfGE 100, 226/241.

sich entsprechend auswirken. Bei Kontingentierungen entsteht eine vergleichbare unmittelbare Wirkung auf die einzelne Anlage nicht, so dass der Eingriffsschwerpunkt bei Art. 12 GG liegt, während rein finanzielle Zusatzbelastungen ohnehin nicht als Eingriffe in Art. 14 GG zu werten sind (siehe oben, 3.2.1).

Die in Art. 14 GG eingreifenden Instrumente zielen nicht darauf ab, den Anlagenbetreibern ihre Grundstücke oder ihre Anlagen zu entziehen, sondern deren Nutzung zum Zwecke der Stromerzeugung aus Kohle vorzeitig zu beenden. Von der praktischen Wirkung her wird dies als belastend empfunden, weil damit die in die Anlagen getätigten Investitionen weniger Gewinn abwerfen, als es ohne die gesetzliche Neuregelung möglich (oder zu erwarten) wäre – und dies, obwohl der Staat die Investitionen durch die erteilte Anlagengenehmigung gewissermaßen (mit) veranlasst hat. Damit stellt sich die Frage nach der Angemessenheit aus der Sicht der Anlagenbetreiber praktisch als ein Problem der Wirtschaftlichkeit und des Vertrauensschutzes dar – und aus der Perspektive des Gesetzgebers fragt sich, wie er im Hinblick auf diese Interessen die Angemessenheit sicherstellen kann (und ggf. muss), ohne die Wirksamkeit der angestrebten Regelungen substanziell zu gefährden. In diesem Zusammenhang kann auch Entschädigungsregelungen unter Umständen eine Rolle zukommen.

Zugespitzt ergeben sich daraus für die vertiefende Angemessenheitsprüfung drei – miteinander verwobene – Kernfragen:

1. Inwieweit genießen die Anlagenbetreiber für die getätigten Investitionen einen Vertrauensschutz, auf den in der Abwägung in besonderer Weise Rücksicht zu nehmen ist?
2. Inwieweit muss bei Neuregelungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Anlagenbetreiber Rücksicht genommen werden?
3. Welche Übergangs- oder Ausgleichsmaßnahmen sind ggf. möglich und/oder erforderlich, um die eintretenden Belastungen in der Gesamtabwägung zumutbar erscheinen zu lassen?

3.2.3.3 Insbesondere: Vertrauensschutz

Der Gesetzgeber ist grundsätzlich nicht daran gehindert, die Rechtslage für die Zukunft zu ändern. Er darf aber grundsätzlich keine belastenden Rechtsänderungen vornehmen, die in die Vergangenheit hinein wirken (Verbot der Rückwirkung von Gesetzen). Zu unterscheiden ist insoweit zwischen der „echten“ und der „unechten“ Rückwirkung. Eine „echte Rückwirkung“ ist anzunehmen, wenn eine Regelung in bereits abgewickelte Tatbestände nachträglich eingreift, mithin wenn sie Rechtsfolgen für die Vergangenheit selbst festlegt. Demgegenüber wird von einer „unechten Rückwirkung“ gesprochen, wenn für Vorgänge, die in der Vergangenheit liegen oder dort begonnen haben, nachteilige Rechtsfolgen für die Zukunft ausgesprochen werden.[95]

Auf Grundlage des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die „echte“ Rückwirkung von gesetzlichen Neuregelungen an sich unzulässig ist und daher nur unter sehr strengen Voraussetzungen ausnahmsweise

[95] Grundlegend zur Unterscheidung BVerfGE 51, 356/362; BVerfGE 72, 200/242 ff. m.w.N.; BVerfG ZNER 2009, 27.

gerechtfertigt werden kann – während es die „unechte“ Rückwirkung als einen normalen Fall des Grundrechtseingriffs einordnet, der nach Maßgabe der jeweiligen Grundrechtsbestimmungen zulässig ist, sofern sich dieser unter Anwendung der üblichen Kriterien als verhältnismäßig erweist.[96] Insofern ist dann innerhalb der Abwägung das konkrete Gewicht des in den Fortbestand der gesetzlichen Regelung gesetzten Vertrauens gegen das Interesse des Gesetzgebers an einer Neuregelung abzuwägen.

Vorliegend geht es ausschließlich um Varianten einer unechten Rückwirkung, so dass es darauf ankommt, ob und inwieweit die Anlagenbetreiber ein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Rechtslage gesetzt haben. Entscheidend ist insoweit die konkrete Vertrauensposition, deren Bedeutung mit zunehmender Betriebsdauer und erfolgter Ausnutzung der jeweiligen Genehmigung abnimmt.[97]

Reichweite des Vertrauens auf Grund der BImSchG-Genehmigung

Rechtlich maßgebender Bezugspunkt für die Beurteilung ist hier die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung für das jeweilige Kraftwerk (bzw. ggf. zwischenzeitlich erfolgte Änderungsgenehmigungen nach § 15 BImSchG oder ergangene nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG).

Es ist bereits oben festgestellt worden, dass der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung[98] grundsätzlich eine Schutzfunktion für das in den Bestand der Genehmigung gesetzte Vertrauen zukommt (siehe oben, 3.2.1). Weitergehend ist im Rahmen der Angemessenheitsprüfung danach zu fragen, worauf sich die aus der Genehmigung abgeleitete Vertrauensschutzwirkung konkret erstreckt. Maßgeblich ist dafür der jeweilige Genehmigungsinhalt, wie er sich auf Grundlage der zum Genehmigungszeitpunkt geltenden Fassung des BImSchG darstellte (wobei spätere Änderungsgenehmigungen und nachträgliche Anordnungen in entsprechender Weise zu berücksichtigen sind). Deshalb ergeben sich für Anlagen unterschiedlichen Alters (bzw. Genehmigungszeitpunkts) unterschiedliche Beurteilungsgrundlagen.

Das für Kraftwerke geltende Genehmigungsregime des BImSchG hat sich seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1974 zwar in einigen inhaltlichen Vorgaben, nicht jedoch in seiner Struktur wesentlich geändert. Das Gesetz sah – wie heute (siehe oben, 2.2.1) – von Beginn einen Genehmigungsanspruch für Kraftwerke vor, sofern einerseits die immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten erfüllt wurden (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG in der jeweils geltenden Fassung) und andererseits andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG in der jeweils geltenden Fassung). Zu den einzuhaltenden immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten gehörte von Anfang an unter anderem die Vorsorgepflicht zur Emissionsminderung nach dem Stand der Technik (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG in der jeweils geltenden Fassung). Die zuständige Behörde ist weiter – wie heute (siehe oben, 2.2.2) – seit jeher dazu befugt, zur Erfüllung der Pflichten des BImSchG und der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen nachträgliche Anordnungen zu treffen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG in der jeweils

---

[96] Vgl. BVerfGE 72, 175/196 m.w.N., BVerfG ZNER 2009, 27, Rdnr. 66 m.w.N.

[97] Einleuchtend Bruch/Greve, DöV 2011, 794/798; ähnlich Schlömer, ZNER 2014, 363/368.

[98] Beachte erneut: Hieraus kann nicht auf die Rechtslage für Anlagengenehmigungen in anderem Kontext geschlossen werden (siehe dazu oben, Fn. 56).

geltenden Fassung). Innerhalb des Anwendungsbereichs von § 17 Abs. 1 BImSchG konnte und kann der Anlagenbetreiber daher grundsätzlich darauf vertrauen, dass er vor weitergehenden nachträglichen Rechtsänderungen geschützt ist. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 17 Abs. 1 BImSchG galt und gilt das jedoch nicht. § 17 Abs. 1 BImSchG war und ist seinerseits auf Pflichten aus anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die nach Maßgabe von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG für die Genehmigungserteilung mit zu berücksichtigen sind, nicht anwendbar.[99]

Diese Zusammenhänge sind hier deshalb von Bedeutung, weil sich aus ihnen ergibt, dass die Genehmigungsinhaber von Anfang an *nicht* darauf vertrauen konnten, dass der Gesetzgeber künftig darauf verzichtet, in den von § 6 Abs. 2 BImSchG in Bezug *anderen Rechtsbereichen* (außerhalb des BImSchG) selbst Regelungen zu treffen, die sich auf die Ausnutzung der Genehmigung später einschränkend auswirken. Die Vertrauensschutzwirkung war von vornherein auf das in § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG angesprochene Immissionsschutzrecht im engeren Sinne beschränkt. Diesem Verständnis entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht ein im Tierschutzrecht ausgesprochenes Verbot der Käfighaltung von Legehennen auch auf immissionsschutzrechtlich genehmigte Mastanlagen für anwendbar erklärt, obwohl immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlagen deshalb ab einem bestimmten Zeitpunkt stillgelegt werden mussten.[100] Das Bundesverfassungsgericht nahm die gegen dieses Urteil gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an[101] und schloss sich in seinem Beschluss hierzu ausdrücklich der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts an, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung als solche im Bereich des § 6 Absatz I Nr. 2 BImSchG keinen Schutz vor nachträglichen Rechtsänderungen gewährt.[102]

Vertrauen auf den dauerhaften Verzicht auf energiewirtschaftliche Steuerung?

Energiewirtschaftsrechtliche Anforderungen gehörten zu keinem Zeitpunkt zu den Gegenständen, die bei der Erteilung von BImSchG-Genehmigung zu prüfen waren. Das ergab sich jedoch nicht daraus, dass im BImSchG ausdrücklich die Irrelevanz energiewirtschaftlicher Belange erklärt worden wäre, sondern war schlicht darauf zurückzuführen, dass der BImSchG-Gesetzgeber des Jahres 1974 gar nicht auf die Idee kam, energiewirtschaftliche Aspekte bei der Anlagengenehmigung mit zu prüfen. Nach damaligem Energiewirtschaftsrecht verfügten die Energieversorgungsunternehmen über Gebietsmonopole, die erste – bis 1998 geltende – geltende Fassung EnWG von 1935 sah für Errichtung und Inbetriebnahme nur eine Anzeigepflicht vor (vgl. § 4 Abs. 1 EnWG 1935).[103] Im Zuge der grundlegenden Neufassung des EnWG 1998[104] wurde lediglich die allgemeine Anforderung ins EnWG eingeführt, die technische Sicherheit der Anlagen zu gewährleisten und insoweit die allgemein anerkannten Regeln der Technik zu beachten – verbunden mit einer gesetzlichen Regelung, nach der die Einhaltung bei Erfüllung von DIN-Normen vermutet wird (vgl. § 16 EnWG 1998). Eine energiewirtschaftliche Bedarfsprüfung,

---

[99] Vgl. nur Jarass, BImSchG, § 17 Rdnr. 15 m.w.N.

[100] BVerwG ZUR 2009, 83/83 f.

[101] BVerfG-K NVwZ 2010, 771/772.

[102] BVerfG-K NVwZ 2010, 771/774.

[103] Energiewirtschaftsgesetz vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I S. 1435).

[104] Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730).

ein spezielles energierechtliches Genehmigungserfordernis oder ein Berücksichtigungsgebot energiewirtschaftlicher Belange bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung wurden nicht eingeführt. Das Gesetz belässt es bis heute grundsätzlich dabei, die Einhaltung der technischen Sicherheit von Kraftwerken zu vermuten, wenn die einschlägigen technischen Normen beachtet werden (vgl. § 49 Abs. 2 EnWG in der heutigen Fassung). Die Frage, welche Energieträger zur Stromerzeugung eingesetzt werden, gehört nicht zu den Regelungsgegenständen des EnWG, obwohl das durchaus möglich und rechtssystematisch passend wäre.

In der Konsequenz bedeutet das: Die Kraftwerksbetreiber konnten aus der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht darauf schließen, dass es der Gesetzgeber auf Dauer bei dieser Rechtslage belässt. Auf Grund des nicht ausdrücklich erklärten, stillschweigenden Regelungsverzichts konnte kein schutzwürdiges Vertrauen darauf gebildet werden, dass es der Gesetzgeber auf unbestimmte Zeit unterlässt, mit Hilfe des Energierechts Einfluss darauf zu nehmen, auf welche Energieträger die zukünftige Stromversorgung gestützt werden soll (und auf welche nicht). § 17 Abs. 1 BImSchG vermag die Anlagenbetreiber nicht davor zu schützen, dass sich der Gesetzgeber außerhalb des Immissionsschutzrechts dazu entschließt, nachträglich eigenständige energierechtliche Anforderungen aufzustellen, die sich auf die Ausnutzbarkeit der Anlagengenehmigung sachlich oder zeitlich einschränkend auswirken. Um solcherart Regelungen geht es jedoch hier, denn die Instrumente sind darauf gerichtet, die Transformation der Stromversorgung zu einem primär auf EE basierten System zielgerichtet zu steuern.

Das gilt ungeachtet dessen, dass die Instrumente klimapolitisch motiviert sind und zugleich auch unmittelbar der Verminderung von Treibhausgasemissionen dienen. Mit ihnen wird eine strukturelle Neuordnung des Stromversorgungsystems angestrebt. Die hinter ihnen stehenden Regelungsmotive schließen zwar die immissionsschutzrechtlich ebenfalls verfolgte Vorsorge vor dem Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen mit ein, so dass sich eine Überschneidung in der Zielsetzung ergibt. Zugleich gehen sie aber darüber hinaus, indem sie darauf gerichtet sind, die für die Bewältigung des Klimaschutzproblems im Strombereich entscheidenden energiewirtschaftlichen Strukturen umzugestalten – was im immissionsschutzrechtlichen Regelungssystem gar nicht möglich wäre.

Anders liegt es, sofern es um Regelungen geht, die ihrer Art und ihrem Inhalt nach an sich vom Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG mit umfasst sind, wie es bei anlagenbezogenen Grenzwertbestimmungen und Energieeffizienzstandards der Fall wäre, da sich diese den immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten nach § 5 BImSchG zuordnen ließen. Als nicht dem originären immissionsschutzrechtlichen Regelungsbereich zugehörig sind demgegenüber Vorgaben über Abschaltzeitpunkte, Restlaufzeiten oder Reststrommengen (mit/ohne Handelskomponente) sowie Flexibilitätsanforderungen einzuordnen.

Fraglich ist, wie im Hinblick auf den Vertrauensschutz die Option einzuordnen ist, Restemissionsmengen für CO_2 festzulegen, ggf. auch verbunden mit der Möglichkeit eines Handels mit Restmengen.[105] Diese Option weist, da sie unmittelbar die CO_2-Emissionen zum Gegenstand erhebt, eine größere Nähe zum Immissionsschutzrecht auf als die von der Wirkung her gleiche Fixierung von Reststrommengen. Da es aber auch hier im Kern um die Umgestaltung des

[105] Vgl. Oei/Kemfert u.a., DIW 2014, 603/608.

Stromversorgungssystems geht, spricht mehr für die Annahme, dass die Anlagenbetreiber wiederum keinen Vertrauensschutz geltend machen können – zumal Restemissionsmengen, erst recht mit Handelskomponente, auf andere Weise wirken als starre anlagenbezogene Grenzwerte, wie sie für das Immissionsschutzrecht prägend sind.

Vertrauen auf den dauerhaften Verzicht auf CO_2-Grenzwerte und Effizienzstandards?

Nicht ohne weiteres anwendbar sind diese abgrenzenden Überlegungen auf die Festlegung von anlagenbezogenen CO_2-Grenzwerten oder Energieeffizienzstandards, da diese – letztere seit 2001[106] – zu den Regelungsgegenständen der BImSchG-Genehmigung und daher zumindest zum potenziellen Anwendungsbereich von § 17 Abs. 1 BImSchG gehören. Insofern stellt sich die Ausgangslage etwas anders dar – womit jedoch nicht gesagt ist, dass diesen Optionen gegenüber ein uneingeschränkter Vertrauensschutz besteht:

Da Kohlendioxid nicht zu den klassischen Luftschadstoffen gehört und bis zur Schaffung des EU-Emissionshandels im Immissionsschutzrecht keine Rolle spielte, können sich die Betreiber älterer Kohlekraftwerke der Sache nach nicht darauf berufen, die Genehmigung hätte ihnen gegenüber den Eindruck vermittelt, es werde dauerhaft auf Regelungen zu CO_2-Grenzwerten verzichtet. Geändert hat sich das jedoch im Jahr 2004, als im Zuge der Bestimmungen zum Emissionshandel in § 5 Abs. 1 BImSchG eine Klausel eingefügt wurde, nach der eine Festlegung von CO_2-Grenzwerten im Rahmen der Genehmigung von dem Emissionshandel unterliegenden Anlagen nicht erfolgt und für diese auch keine Energieeffizienzanforderungen aufgestellt würden (heute § 5 Abs. 2 BImSchG). Bei Genehmigungen, die nach dem Inkrafttreten dieser Regelungen ausgesprochen wurden, ist es denkbar, dass die Anlagenbetreiber darauf Vertrauen entwickelt haben, dass es zu Grenzwertfestsetzungen für CO_2-Emissionen und Energieeffizienzanforderungen nicht kommen werde.

Dafür spricht, dass den hinter den deutschen Regelungen stehenden Bestimmungen der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG (in ihrer damals geltenden Fassung[107]) durchaus die Absicht entnommen werden kann, ein auf Dauer angelegtes eigenständiges Rechtsregime für den Emissionshandel aufzubauen (vgl. Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie) – und geregelt wurde, dass im Hinblick darauf in der betreffenden Anlagengenehmigung keine CO_2-Grenzwerte festgesetzt werden (vgl. Art. 26 der Richtlinie, zugleich Art. 9 Abs. 1 der damals geltenden sog. IVU-Richtlinie[108]). Weniger eindeutig ist das allerdings im Hinblick auf Effizienzstandards, denn die Aufstellung solcher wurde den Mitgliedstaaten in der betreffenden Bestimmung ausdrücklich nicht untersagt (vgl. Art. 26 der Richtlinie, zugleich Art. 9 Abs. 2 der damals geltenden sog. IVU-Richtlinie – siehe zum Ganzen unten 4.1).

Der Gesetzgeber hat mit den zitierten Sonderregelungen des BImSchG zwar keine Garantie dafür ausgesprochen, dass dauerhaft auf die bezeichneten Vorschriften im BImSchG verzichtet wird und die deshalb dazu führen würde, die Möglichkeit entsprechender nachträglicher Rechtsänderungen an sehr enge Voraussetzungen zu binden. Ungeachtet dessen ist anzuerkennen, dass sich aus den Regelungen eine gewisse Signalwirkung ableiten lässt, die es unter dem

---

[106] Änderungsgesetz vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1950).

[107] ABl. EU 2003 Nr. L 275, 32.

[108] ABl. EG 1996 Nr. L 257, 26 (Ursprungsfassung).

Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes geboten erscheinen lässt, auf die grundrechtlich geschützten der betroffenen Anlagenbetreiber ggf. besondere Rücksicht zu nehmen.

Folgerungen

Die Kraftwerksbetreiber können somit im Regelfall auf Grund der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung keinen spezifischen Vertrauensschutz gegenüber gesetzlichen Instrumenten zum zielgerichteten Kohleausstieg für sich in Anspruch nehmen, mit denen die Transformation zu einem EE-basierten Stromversorgungssystem gesteuert wird. Einzig gegenüber der Setzung von anlagenbezogenen CO_2-Grenzwerten und Energieeffizienzanforderungen ist auf die Belange der Anlagenbetreiber aus Gründen des Vertrauensschutzes erhöhte Rücksicht zu nehmen, dies aber auch nur für Investitionen, die nach dem Inkrafttreten des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes getätigt wurden.

3.2.3.4 Insbesondere: Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Interessen

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind die wirtschaftlichen Interessen an der Nutzung des Eigentums bei der Interessenabwägung zur Angemessenheit zu berücksichtigen. Sie können darüber hinaus auch im Rahmen der Erforderlichkeit eine Rolle spielen.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 14 GG nicht, dass die Wirtschaftlichkeit beeinflussende Auferlegungen des Gesetzgebers belastungsneutral oder gar gewinnbringend sein müssten.[109] Der grundrechtliche Eigentumsschutz kennt für Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG weder ein Gebot betriebswirtschaftlicher Neutralität noch gar ein Gebot zur Sicherstellung eines betriebswirtschaftlichen Gewinns.[110]

Im Rahmen der Neuordnung eines Rechtsgebiets steht dem Gesetzgeber grundsätzlich ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zu. Weder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch das Gebot des Vertrauensschutzes verpflichten den Gesetzgeber dabei zu einer Übergangsregelung, die jedem Betroffenen die Fortsetzung einer früheren Tätigkeit ohne Rücksicht auf deren Umfang gestattet.[111] Auch ein Recht darauf, von Neuregelungen verschont zu bleiben, bis einmal getätigte Investitionen sich vollständig amortisiert haben, besteht nicht.[112] Strengere Maßstäbe können nur angelegt werden, soweit sich aus einer konkreten Rechtsbestimmung ein qualifizierter, spezifischer Vertrauensschutzanspruch mit einer Art Garantiefunktion ergibt, wie

[109] Vgl. BVerfGE 102, 1/19 ff.; BVerfGE 100, 226/243; BVerfG NJW 1992, 361/361 f.

[110] Eingehend Bürger/Klinski u.a., Konzepte für die Beseitigung rechtlicher Hemmnisse des Klimaschutzes im Gebäudebereich (UBA Climate Change 11/2013), S. 122 ff. m.w.N.

[111] BVerfGE 68, 272/287.

[112] BVerwG ZUR 2009, S. 83, 85 (Rdnr. 41). Das BVerfG hat diese dezidierte Formulierung des BVerwG in seinem auf die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des BVerwG ergangenen Kammerbeschluss nicht beanstandet, sondern vielmehr die Ausführungen des BVerwG zum Vertrauensschutz als „überzeugend“ tituliert (BVerfG-K NVwZ 2010, 771/777 (Rdnr. 84).

er beispielsweise in auf die Zukunft gerichteten in sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen[113] oder in der zwanzigjährigen Vergütungsgarantie des EEG[114] erkannt werden kann. Ein solcher kann aus der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung – wie gezeigt – aber gerade nicht abgeleitet werden, namentlich nicht im Hinblick auf künftige energierechtliche Systementscheidungen. Ein Grundsatz, nach dem Anlagenbetreiber eingeräumte Rechtspositionen trotz Rechtsänderungen zu belassen seien und nur gegen Entschädigung entzogen werden dürften, ist dem BImSchG nicht zu entnehmen.[115] Darin liegt kein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG.[116]

In der Rechtsliteratur zum Atomausstieg werden großenteils strengere Maßstäbe angelegt. Häufig folgen sie der Annahme, die Regelungen zur Restlaufzeit müssten aus Gründen des Vertrauensschutzes die Amortisation des eingesetzten Kapitals und darüber hinaus eine gewinnträchtige Nutzungsdauer ermöglichen.[117] Eine entsprechend vorsichtige Herangehensweise lag auch den Bestimmungen des sog. Atomausstiegsgesetzes aus dem Jahr 2001 zur (entschädigungslosen) Begrenzung der Laufzeiten der Kraftwerke zugrunde, mit denen sichergestellt werden sollte, „dass den Betreibern die Amortisation ihrer Investitionen ermöglicht wird und darüber hinaus ein angemessener Gewinn erzielt werden kann“[118]. Diesen Gedanken griffen erneut die Atomausstiegsregelungen der Energiewendegesetze aus dem Jahr 2011 auf.[119]

Mit einer derartigen Herangehensweise versucht der Gesetzgeber beim Atomausstieg offenkundig, jedes „Restrisiko“ einer möglichen Verfassungsklage auszuschließen. Die zugrunde liegenden Befürchtungen lassen sich indessen aus der Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht ableiten, die – auch in anderen Rechtsbereichen wie dem Denkmalschutzrecht[120], dem Mietrecht[121] oder bei der Stellplatzpflicht[122] – immer wieder zum Ausdruck bringt, dass den Eigentümern aus gewichtigen Gemeinwohlinteressen heraus Kostenbelastungen zugemutet werden können, die den Wert der Sache oder die Rentabilität ihrer Nutzung – auch wesentlich – mindern. Dem entsprechend wird auch in Verhältnismäßigkeitstatbeständen des Umweltrechts üblicherweise nicht danach gefragt, wie groß die Kostenbelastungen im Verhältnis zur wirtschaftlichen Kraft des Betroffenen sind, sondern ob die Kostenbelastungen außer Verhältnis zu dem mit der jeweiligen Rechtspflicht angestrebten Erfolg stehen (vgl. z.B. § 17 Abs. 2 Satz 1 BImSchG, § 7 Abs. 4 Satz 3 KrWG[123]).[124]

---

[113] BVerfGE 102, 68/97 f.

[114] Eingehend Klinski, EEG-Vergütung: Vertrauensschutz (Rechtsgutachten, 2009), 28 f.

[115] BVerwG NVwZ 2009, 1441/1442 (Rdnr. 22) m.w.N.

[116] Ausdrücklich BVerfG-K NVwZ 2010, 771/772 (Rdnr. 35).

[117] Dezidiert Stüer/Loges, NVwZ 2000, 9/14; Schmidt-Preuß, NJW 2000, 1524/1527.

[118] BT-Drs. 14/6890, 16.

[119] BT-Drs. 17/6070, 6.

[120] BVerfGE 100, 226/242 f.

[121] Vgl. BVerfGE 11, 115/137; BVerfGE 27, 142/159; BVerfGE 112, 268/280 f.

[122] BVerwG NVwZ 1993, 169/169 m.w.N. für die st. Rspr. Eingehend zur Stellplatzpflicht Klinski, Die novellierten Stellplatzvorschriften (2001), 93 ff.

[123] Gesetz für Förderung der Kreislaufwirtschaft und zur Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (KrWG) vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212).

[124] Eingehend Bürger/Klinski u.a., Konzepte für die Beseitigung rechtlicher Hemmnisse des Klimaschutzes im Gebäudebereich (UBA Climate Change 11/2013), S. 126 ff. m.w.N.

Für eine Berücksichtigung der Amortisationschancen mag hier – wie auch beim Atomausstieg – sprechen, dass die betreffenden Grundstücke und Anlagen typischerweise einer anderweitigen Nutzung nur mit großem wirtschaftlichen und technischen Aufwand zugeführt werden könnten (ggf. auch gar nicht), so dass die Nutzungsmöglichkeiten durch die gesetzlichen Neuregelungen sehr massiv beeinträchtigt werden.[125] Das Verfassungsrecht gebietet eine Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Interessen des Eigentümers – im Sinne des Zurücktretens der gesetzlichen Ziele oder einer Kompensation durch Entschädigung – aber nur, wenn und soweit sich der Betroffene auf Vertrauensschutz berufen kann. Als unangemessen können sich nur nachträgliche Rechtseinwirkungen erweisen, wenn die Betroffenen von Verfassungs wegen auf den Fortbestand des früheren Rechts vertrauen durften.[126] Schutzwürdig ist nur ein aus einem gesetzlichen Vertrauenstatbestand abgeleitetes Vertrauen.[127] Außerhalb eines gesetzlich gewährten Vertrauensschutzes nimmt das Recht den Wirtschaftsbeteiligten das unternehmerische Risiko nicht ab.

Der in der *hier* zu beurteilenden Rechtskonstellation maßgebende, von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ausgehende Vertrauensschutz reicht aber – wie aufgezeigt – gerade nicht so weit, dass auch ein Schutz vor außerhalb des von § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG umfassten (originär immissionsschutzrechtlichen) Regelungsbereiches ergehenden Rechtsänderungen beansprucht werden könnte.[128] Insoweit unterscheidet sich die Problematik rechtsstrukturell vom Atomausstieg, bei dem es ausschließlich um Vertrauensschutz in Bezug auf Änderungen desselben Rechtsgebiets ging, innerhalb dessen die Genehmigung erteilt wurde. Im hier zu betrachtenden Zusammenhang liegt es anders. Angesichts des Umstands, dass sich der Vertrauensschutz aus der BImSchG-Genehmigung nicht auf den Schutz vor Änderungen auf der Ebene energierechtlicher Systementscheidungen erstreckt, kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass die angestrebten gesetzlichen Regelungen die Grenze der Unzumutbarkeit überschreiten, wenn durch die Regelungen einschließlich ihrer Übergangsbestimmungen eine (gewinnbringende) Amortisation nicht gewährleistet wird.

Zu beachten ist bei alledem jedoch, dass sich die Frage, wie weit der Gesetzgeber mit Belastungen aus Neuregelungen gehen kann, nicht nur auf der Angemessenheitsebene stellt, sondern auch in Bezug auf die Erforderlichkeit. Zulässig sind nur Rechtsänderungen, die sich mit Blick auf die gesetzliche Zielsetzung als erforderlich – also als das mildeste Mittel zur Erreichung des jeweiligen Zwecks – darstellen. Der Gesetzgeber ist folglich gehalten, die ihm im Rahmen der Angemessenheit gegebenen Spielräume nicht auszureizen, sondern nach Wegen zu suchen, die wirtschaftlichen Belastungen aus Eigentumsbeeinträchtigungen so gering zu halten, wie es ohne Wirkungsverlust im Hinblick auf die angestrebten gesetzlichen Ziele möglich ist. Das dürfte dazu führen, dass dem Interesse an einer (gewinnbringenden) Amortisation praktisch im Regelfall genüge getan werden kann, da es prioritär darauf ankommt, die besonders emissionsträchtigen und zugleich besonders unflexiblen älteren Kohlekraftwerke aus dem

---

[125] Vgl. etwa Stüer/Loges, NVwZ 2000, 9/13; kritisch Schlömer, ZNER 2014, 363/368.

[126] BVerfGE 122, 374 (Rdnr. 61); BVerfGE-K NVwZ 2010, 770/776 (Rdnr. 76).

[127] BVerwG NVwZ 2009, 1441/1443 (Rdnr. 37).

[128] So auch BVerfG-K NVwZ 2010, 770/774 (Rdnr. 45 f.), bestätigend BVerwG NVwZ 2009, 1441.

System zu nehmen, während jüngeren, in der Regel weniger problematischen Anlagen längere Auslaufzeiträume zugestanden werden können.

Für ältere, bereits (gewinnbringend) amortisierte Anlagen gilt ohnehin, dass die Anlagenbetreiber keinen Vertrauensschutz mehr genießen.[129] Hier kann mit relativ kurzen Übergangsregelungen operiert werden, durch die lediglich abgesichert wird, dass der Betrieb der Anlage auf geordnete Weise zu Ende geführt werden kann.

Ein strengerer Maßstab ist nur anzulegen, soweit sich Anlagenbetreiber auf einen gegenüber dem Regelfall erhöhten Vertrauensschutz berufen können. Das kann speziell für die Fallkonstellation angenommen werden, dass sich der Gesetzgeber entscheidet, CO_2-Grenzwerte oder Energieeffizienzstandards einzuführen, obwohl das BImSchG seit 2004 regelt, dass derartige Auferlegungen ausgeschlossen sind. Durch Genehmigung abgesicherte Investitionen in neue oder bestehende Anlagen, die Im Vertrauen auf den dauerhaften Bestand dieser Regelungen vorgenommen wurden, dürften einen erhöhten Vertrauensschutz genießen, so dass der Gesetzgeber im Falle einer Wahl derartiger Instrumentenoptionen (CO_2-Grenzwerten oder Effizienzanforderungen) zur Vermeidung von Härten ggf. geeignete Regelungen treffen sollte.

Allgemein lässt sich aus dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit im Übrigen empfehlen, die Möglichkeiten für Komponenten wie Tauschmöglichkeiten und Handelbarkeiten soweit auszuschöpfen, wie es zielgerecht sinnvoll und möglich ist (ggf. auch unter Ausschluss von klimaschädlichen Tausch-/Handelsoptionen). Denn mit ihnen kann von der Wirkungsweise her ein besonders schonender Übergang gestaltet werden, weil damit gerechnet werden kann, dass sich auf Basis der entstehenden Marktmechanismen eine vergleichsweise kostengünstige Belastungsverteilung einstellt.

3.2.3.5 Insbesondere: Übergangs- und Ausgleichsregelungen, Entschädigung

Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen.[130] Maßnahmen, die für sich genommen die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten würden, hat der Gesetzgeber durch geeignete Vorkehrungen zu vermeiden, abzumildern oder zu kompensieren. Dabei kommt sachlichen Übergangs- und Ausgleichsregelungen gegenüber solchen rein finanzieller Art grundsätzlich der Vorrang zu.[131]

Sofern sich der belastende Eingriff nicht ohnehin vermeiden lässt, ist der Gesetzgeber daher vorrangig gehalten, geeignete Übergangsregelungen zu treffen, wenn sich die betreffende Maßnahme ohne die Übergangsregelung im Lichte der gebotenen Gesamtabwägung nicht mehr als zumutbar darstellen würde.[132] Als spezielle Arten von Übergangsregelungen lassen sich – wie eben erwähnt – insbesondere auch Möglichkeiten zum Austausch oder Handel von Restmengen einsetzen. Geht es speziell um die Berücksichtigung einzelner, besonders gelagerter Fälle, kommt stattdessen auch die Aufstellung geeigneter Ausnahmetatbestände oder Härtefallregelungen in Betracht. Nur für Fallgestaltungen, in denen die Zumutbarkeit nicht oder

---

[129] Ähnlich Schlömer, ZNER 2014, 363, 368 f.; Bruch/Greve, DöV 2011, 793/798.

[130] BVerwGE 134, 355 (Rdnr. 16).

[131] Vgl. BVerfGE 100, 226/245 f. m.w.N.

[132] Vgl. BVerfGE 100, 226/244.

nur unter unverhältnismäßigem Aufwand durch Übergangs- oder Ausnahmeregelungen hergestellt werden kann, darf der Gesetzgeber stattdessen den Weg einer Kompensation durch Entschädigung vorsehen.[133]

Der Gesetzgeber muss demnach im ersten Schritt prüfen, ob es möglich ist, sowohl das gesetzliche Ziel als auch die Verhältnismäßigkeit durch sachbezogene Regelungen zu wahren. Sofern die Erreichung des gesetzlichen Ziels indes durch (denkbare) Übergangs- und Ausnahmeregelungen vereitelt oder wesentlich abgeschwächt würde, ist eine Kompensation durch Geldleistungen zulässig – und zugleich geboten, sofern anders die Verhältnismäßigkeit nicht sichergestellt werden kann.[134]

In der vorliegend zu betrachtenden Situation wird der Gesetzgeber vermutlich allenfalls für besonders gelagerte Einzelfälle zu einer Entschädigungsregelung greifen müssen:

- Im Rahmen von individualisierenden Festlegungen über Abschaltzeitpunkte, Restlaufzeiten oder Restmengen an Strom bzw. CO_2 wird er auf die schützenswerten wirtschaftlichen Interessen der Kraftwerksbetreiber systematisch relativ einfach Rücksicht nehmen können, weil es möglich ist und nahe liegt, bei der Bemessung der maßgeblichen Zeiträume bzw. Strommengen das Betriebsalter und damit auch die Dauer der Möglichkeit zum wirtschaftlichen Anlagenbetrieb zu berücksichtigen. Besonders gelagert können hierbei Fälle sein, in denen eine vorzeitige Außerbetriebnahme der Sache nach besonders dringlich ist, die Anlage aber noch relativ jung ist oder in jüngerer Vergangenheit erhebliche Investitionen getätigt wurden, die sich bei kurzfristiger Außerbetriebnahme nicht mehr (gewinnbringend) amortisieren lassen. Hierfür ist genauer zu prüfen, ob im Lichte der Zielsetzungen eine Härtefallausnahme oder eine Entschädigung in Betracht zu ziehen ist.
- Als etwas schwieriger stellt sich die Ausgangslage für die nachträgliche Auferlegung von für die einzelnen Anlagen geltenden Anforderungen über CO_2-Grenzwerte, Energieeffizienzstandards oder Flexibilitätsanforderungen dar, da diese Anforderungen grundsätzlich auch bei jüngeren Anlagen einzuhalten wären, so dass mit einer gewissen Zahl von Fällen zu rechnen sein dürfte, in denen die Investitionen noch relativ weit von einer Amortisation entfernt sind. Insoweit muss auch unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes (siehe unten, 3.5) geprüft werden, ob hierauf durch die Bildung von differenzierenden Fallgruppen oder Härtefallausnahmen reagiert oder mit Entschädigungen operiert werden sollte (und darf).

3.2.4 Sonderfrage: Verbotenes Einzelfallgesetz?

Im Zusammenhang mit Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG stellt sich die weitere Frage, ob in bestimmten Regelungstypen ein nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verbotenes Einzelfallgesetz zu erkennen ist. Nach dieser Vorschrift muss ein Gesetz, durch welches nach dem GG ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, „allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten“.

---

[133] Eingehend BVerfGE 100, 226/245 f. m.w.N.

[134] Vgl. BVerfGE 83, 201/212 f.; BVerfGE 126, 331/363 f.

Auf den ersten Blick scheint das bei Regelungen der Fall zu sein, die auf der gesetzlichen Ebene individualisierend festlegen, welches Kraftwerk zu welchem Zeitpunkt vom Netz zu nehmen ist oder über eine bestimmte Restlaufzeit bzw. Restmenge an Strom bzw. CO_2 verfügt.

Der Eindruck, dass hierin ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG liegen könnte, täuscht jedoch. Das Bundesverfassungsgericht interpretiert die Vorschrift einschränkend dahin, dass dem Gesetzgeber lediglich verboten wird, „aus einer Reihe gleichartiger Sachverhalte willkürlich einen Fall herauszugreifen“[135]. Nicht gemeint ist demgegenüber die Regelung eines Einzelfalles, „wenn der Sachverhalt so beschaffen ist, dass es nur einen Fall dieser Art gibt und die Regelung dieser singulären Sachverhalte von sachlichen Gründen getragen ist“[136].

Sofern der Gesetzgeber eine Art Ausstiegsplan aus der Kohlenutzung entwirft, innerhalb dessen für einzelne Kraftwerke bzw. Blöcke konzeptionell begründet differenzierende Regelungen getroffen werden, kann darin folglich keine verbotene Einzelfallregelung liegen.[137]

3.2.5 Konsequenzen

Nach alledem kann im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht zusammenfassend festgestellt werden:

- Die Aufstellung nachträglicher Anforderungen an genehmigte Kraftwerke und die Festlegung von laufzeitbegrenzenden Regelungen für einzelne Kraftwerke sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu qualifizieren, nicht als Enteignungen im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG.
- Zu den eigentumskräftig geschützten Rechten zählt neben dem privaten Eigentum an den Grundstücken und Kraftwerken insbesondere auch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, da ihr eine vertrauensschützende Funktion innewohnt.
- Die in den Regelungen liegende Nutzungsbeschränkung für das Eigentum ist durch die gesetzlichen Ziele des Klimaschutzes und der Transformation des Energieversorgungssystems als herausragende Gemeinwohlbelange hinreichend legitimiert.
- Die Vertrauensschutzfunktion der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erstreckt sich nur auf den Bereich des Immissionsschutzrechts im engeren Sinne, nicht auch auf den Fortbestand der Regelungen in anderen Rechtsgebieten. Namentlich konnte auf Grundlage der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kein schützenswertes Vertrauen darauf gebildet werden, dass es der Gesetzgeber auf Dauer unterlässt, im Bereich des Energierechts Einfluss darauf zu nehmen, auf welche Energieträger die zukünftige Stromversorgung gestützt werden soll.

---

[135] BVerfGE 25, 371/399.

[136] BVerfGE 25, 371/399; BVerfGE 85, 360/374.

[137] Überzeugend für den Parallelfall der Laufzeitbegrenzungen beim Atomausstieg Bruch/Greve, DöV 2011, 793/799.

- Die wirtschaftlichen Interessen der Anlagenbetreiber sind in der Gesamtabwägung bei der Prüfung der Angemessenheit (Zumutbarkeit) zu berücksichtigen, grundsätzlich jedoch nicht geeignet, sich hierin gegen die überwiegenden Gemeinwohlinteressen durchzusetzen. Ein Anspruch darauf, von Neuregelungen verschont zu bleiben, bis einmal getätigte Investitionen sich vollständig (gewinnbringend) amortisiert haben, lässt sich in der vorliegenden Rechtskonstellation aus Art. 14 Abs. 1 GG auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht herleiten.
- Stärker ausgeprägt ist der Vertrauensschutz speziell im Hinblick auf den Nichterlass von CO_2-Grenzwerten und Energieeffizienzanforderungen, soweit es um Anlagen geht, die nach der Änderung des BImSchG im Zuge der Einführung des Emissionshandels (2004) Genehmigungen oder nachträgliche Anordnungen ergangen sind.
- Für ältere, bereits (gewinnbringend) amortisierte Anlagen kann davon ausgegangen werden, dass die Anlagenbetreiber sich ohnehin nicht mehr auf einen Vertrauensschutz berufen können.
- Zulässig sind allerdings nur Rechtsänderungen, die sich mit Blick auf die gesetzliche Zielsetzung als erforderlich – also als das mildeste Mittel zur Erreichung des jeweiligen Zwecks – darstellen. Das dürfte dazu führen, dass dem Interesse an einer (gewinnbringenden) Amortisation praktisch im Regelfall genüge getan werden kann, da es von der Zielsetzung her ohnehin naheliegt, zunächst die meist besonders emissionsträchtigen älteren Kraftwerke aus dem System zu nehmen.
- Ein Anspruch auf Entschädigung kann und muss nur für diejenigen Fallgestaltungen vorgesehen werden, in denen trotz der vorrangig gebotenen Übergangs- und Ausnahmeregelungen unzumutbare wirtschaftliche Belastungen verbleiben. Praktisch dürfte das allenfalls in wenigen Ausnahmekonstellationen der Fall sein.

3.3 Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

3.3.1 Eingriff in den Schutzbereich

Das Grundrecht der Berufsfreiheit hat sich in den letzten Jahrzehnten zu dem für die unternehmerische Betätigung praktisch wichtigsten Grundrecht entwickelt. Hintergrund dessen ist einerseits, dass die Vorschrift auch den Beruf des „Unternehmers“ in seinen verschiedenen Varianten schützen soll, andererseits der Umstand, dass es zahlreiche Einwirkungen des Staates auf die Betätigung von Unternehmen gibt. Da die unternehmerische Betätigung als Gegenstand der Berufsfreiheit begriffen wird, stellen sich derartige Einwirkungen des Staates verfassungsrechtlich als Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit dar.

In Abgrenzung zur Eigentumsfreiheit schützt die Berufsfreiheit nicht den erworbenen Bestand (an Eigentum oder eigentumskräftigen Rechten), sondern die Möglichkeiten des (künftigen) Erwerbs durch berufliche Betätigungen.[138] Anknüpfend an die Prüfung des Schutzbereichs für

[138] Klarstellend BVerfGE 95, 173/187 f. m.w.N.

das Eigentum (siehe oben, 3.2.1) geht es im Schwerpunkt bei denjenigen Instrumentenoptionen um die Vereinbarkeit mit Art. 12 GG, mit denen nicht auf ein vorhandenes eigentumskräftiges Recht eingewirkt wird, sondern darauf, wie groß die Chancen sind, ein Produkt am Markt zu verwerten. Weder Art. 14 GG noch Art. 12 GG ist demgegenüber betroffen, wenn weder ein Eingriff in den Eigentumsbestand vorliegt noch eine Regelung, die spezifisch auf eine berufliche Betätigung zielt; in diesem Falle kommt Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Funktion als Auffang-Grundrecht zum Tragen.[139] Dabei sieht das Bundesverfassungsgericht nicht jede Beeinflussung der beruflichen Tätigkeit als ausreichend an, um einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG anzunehmen, sondern hält insofern eine „objektiv berufsregelnde Tendenz" für nötig.[140]

- Entscheidend ist Art. 12 GG daher insbesondere für die verschiedenen Varianten von Kontingentierungsregelungen, da diese sich nicht direkt auf einzelne Anlagen beziehen, sondern die Gesamtheit der Marktteilnehmer treffen, deren Tätigkeit sich darauf richtet, Strom aus Kohle am Markt verwerten wollen.
- Einschlägig ist Art. 12 Abs. 1 GG auch bei finanziell ansetzenden Instrumenten, soweit mit ihnen auf den Wettbewerb am Strommarkt eingewirkt werden soll. Zwar geht das Bundesverfassungsgericht bei Steuern und Abgaben für den Regelfall davon aus, dass nicht der Schutzbereich des Art. 14 oder des Art. 12 GG berührt ist, sondern das allgemeine Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.[141] Ausnahmsweise sind sie aber dann als Beeinträchtigungen von Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen, wenn ihnen insofern eine berufsregelnde Tendenz zukommt, als die von ihnen ausgehende Belastung in erheblicher Weise auf die Ausübung bestimmter spezifischer beruflicher Tätigkeiten zielt.[142] Von einer Berührung des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG ist daher auszugehen für Instrumente wie Mindest-Zertifikatepreise oder spezielle Abgaben auf Emissionszertifikate.

Im Übrigen kann Art. 12 GG auch bei denjenigen Instrumenten Relevanz haben, die in ihrem Schwerpunkt in Art. 14 GG eingreifen. Beide Grundrechte grenzen sich zwar von der Schutzrichtung her ab, schließen sich aber nicht gegenseitig aus.

Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG könnte man meinen, die Vorschrift unterscheide streng zwischen der in Satz 1 angesprochenen „Berufswahl" und der von Satz 2 erwähnten „Berufsausübung". Das Bundesverfassungsgericht legt die Bestimmung ihrem Sinn und Zweck entsprechend etwas anders aus. Es sagt, es handele sich grundsätzlich um ein einheitliches Grundrecht der freien Wahl und Ausübung von Berufen. Allerdings stellt das Gericht auf der Ebene der Legitimation und der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen wesentlich darauf ab, ob in der Eingriff seiner Art und Intensität nach lediglich Aspekte der Berufsausübung betrifft oder so weit geht, die Berufswahl einzuschränken.[143] An Beeinträchtigungen auf der Ebene der Berufswahl stellt es erheblich höhere Anforderungen als an bloße Berufsausübungsregelungen.

---

[139] BVerfGE 110, 370/393; BVerfGE 124, 235/242.

[140] BVerfGE 97, 228/254; BVerfGE 47, 1/21.

[141] BVerfGE 110, 370/393; BVerfGE 124, 235/242.

[142] In diesem Sinne BVerfGE 98, 83/97; BVerfGE 111, 191/214.

[143] Grundlegend BVerfGE 7, 377/400 ff.

3.3.2 Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit

Im Hinblick auf die Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeit ist nach der (älteren) sog. Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts danach zu differenzieren, ob es um einen Eingriff in die Berufsausübung, um an subjektiven Merkmalen ansetzende Eingriffe in die Berufswahl oder an objektiven Merkmalen ansetzende Eingriffe in die Berufswahl geht. Eine (objektive) Beschränkung der Freiheit der Berufswahl würde vor Art. 12 Abs. 1 GG nur durch herausragende Erfordernisse des Gemeinwohls legitimierbar sein, während eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit grundsätzlich durch jede sachliche Gemeinwohlerwägung getragen werden könnte, sofern sich diese im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung als verhältnismäßig erweist.[144] In Zweifelsfällen betrachtet das Bundesverfassungsgericht die Stufenlehre aber weniger starr und stellt entscheidend auf die konkrete Eingriffstiefe ab. Je stärker mit der jeweiligen Regelung in die beruflichen Tätigkeitsmöglichkeiten eingegriffen wird, desto höher sind die Anforderungen an ihre Legitimation – wobei es in der Abwägung tragend darauf ankommt, welches normative Gewicht den jeweils verfolgten gesetzlichen Zielen zukommt.[145]

Für einige der hier betrachteten Instrumentenoptionen kommt eine Qualifizierung als Regelungen zur Berufswahl in Betracht. Denn mit Instrumenten, die darauf hinauslaufen, dass die Herstellung von Strom aus Kohle generell nicht mehr zulässig ist, wird eine bisher vorhandene Art der beruflichen Tätigkeit abgeschafft. Nimmt man an, das Betreiben eines Kohlekraftwerks stelle einen eigenständigen Beruf dar, so läge hierin eine objektive – da von subjektiven Merkmalen des Betreibers unabhängige – Regelung zu Berufswahl, die nur durch herausragende Beweggründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann. Handelt es sich bei der jeweiligen Tätigkeit nicht um einen eigenständigen Beruf, sondern lediglich um eine Modalität der Berufsausübung, so wäre der Eingriff demgegenüber nicht als Regelung zur Berufswahl zu qualifizieren und in der Regel an geringere Verhältnismäßigkeitsanforderungen geknüpft.[146]

Die Abschaffung der Möglichkeit, Kohlekraftwerke für die öffentliche Stromversorgung zu betreiben ist nach hiesiger Auffassung eher nicht als Regelung der Berufswahl zu begreifen, weil das Betreiben speziell eines Kohlekraftwerks nicht als eigenständiger Beruf aufzufassen sein dürfte. Das Bundesverfassungsgericht sieht es als typisch für eigenständige Berufe an, dass es für ihn eine eigenständige Berufsausbildung gibt.[147] Mit diesem Regelbeispiel wird die Zuordnungsfrage zwar für anders gelagerte Fälle nicht abschließend geklärt. Es wird jedoch deutlich, dass sich eigenständige Berufe typischerweise danach unterscheiden lassen, ob für ihre Ausübung spezielle Qualifikationen erforderlich sind. Die Energieversorgungsunternehmen betreiben meist unterschiedliche Arten von Kraftwerken. Prägend für das Berufsbild der Kraftwerksbetreiber ist das unternehmerische Tun, die Erzeugung und der Vertrieb von Strom – und nicht, welche Einsatzstoffe sich dafür jeweils verwenden. Für den Betrieb des Kraftwerks mögen die Betreiber speziell geschultes Personal benötigen, für die Führung des Unternehmens

---

[144] Grundlegend BVerfGE 7, 377/414; BVerfGE 21, 245/251; BVerfGE 77, 308/33.

[145] Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rdnr. 37 sowie Rdnr. 39 m.w.N.

[146] Eingehend Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rdnr. 39 und 45 m.w.N.

[147] BVerfGE 119, 59/78 f.

benötigen sie in erster Linie allgemeines betriebswirtschaftliches Know-how. Damit spricht Überwiegendes dagegen, hier einen Eingriff in die Berufswahl anzunehmen.[148]

Ungeachtet dessen ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass eine ganz erhebliche Eingriffstiefe vorliegt, die eine Anwendung von (zumindest) ähnlich hohen Verhältnismäßigkeitsmaßstäben nahe legt. Von daher mag die Zuordnungsfrage hier dahinstehen – zumal sich auch bei einer Einordnung als Berufswahlregelung keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Hindernisse zeigen:

Bei den hier diskutierten Regelungskonzepten kann sich der Gesetzgeber, motiviert durch konkrete Erwägungen der Klimaschutzpolitik, auf das „Staatsziel Umweltschutz“ aus Art. 20a GG stützen, weil es ihm, auch im Interesse der zukünftigen Generationen, um den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen geht. Damit liegt ein herausragendes Gemeinwohlziel von Verfassungsrang vor, welches auch einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufswahl zu rechtfertigen geeignet ist.[149]

Angesichts des außerordentlich großen Gewichts der hier verfolgten Regelungsziele kann kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass sich die betreffenden Regelungen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch durchsetzen würden. Insofern kann auf die Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht verwiesen werden (siehe oben, 3.2.3), denen gegenüber sich aus Art. 12 GG keine weitergehenden Anforderungen ergeben.

Einer gesonderten Betrachtung bedarf im Hinblick auf die Rechtfertigung als Eingriff in Art. 12 GG die spezielle Konstellation der Inanspruchnahme Dritter für öffentliche Zwecke, die hier bei finanziell wirkenden Instrumenten eine Rolle spielen kann:

3.3.3 Sonderfall: Inanspruchnahme Dritter für öffentliche Zwecke

Eine spezielle Problematik des Eingriffs in die Berufsfreiheit kann sich ergeben, wenn Wirtschaftsakteure dazu verpflichtet werden, bestimmte öffentliche Aufgaben wahrzunehmen oder sich an deren Finanzierung zu beteiligen. Derartige Fälle ordnet das Bundesverfassungsgericht als Indienstnahme Privater für öffentliche Zwecke ein. Beispiele dafür sind etwa die Pflicht zur unentgeltlichen Beförderung Schwerbehinderter durch Nahverkehrsunternehmen[150], die Verpflichtung von Arbeitgebern zur Erstattung von Arbeitslosengeld gegenüber dem Arbeitsamt nach der Entlassung[151] oder zur Gewährung von Bildungsurlaub[152] sowie die Indienstnahme der Tabakindustrie für Zwecke der Volksgesundheit durch Verpflichtung zum Aufdrucken von Warnhinweisen[153]

[148] So auch für das Betreiben eines Kernkraftwerks Bruch/Greve, DöV 2011, 793/799.

[149] Vgl. BVerfGE 128, 1/41 ff. (insb. Rdnr. 151 und 243).

[150] BVerfGE 68, 155/170.

[151] BVerfGE 81, 156/197 f.

[152] BVerfGE 77, 308/337.

[153] BVerfGE 95, 173/187.

Zur Legitimation fordert das Bundesverfassungsgericht bei der Inanspruchnahme Privater für öffentliche Zwecke eine „besondere Sach- und Verursachungsnähe“ des herangezogenen Dritten zu der zu bewältigenden Aufgabe.[154] Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung ist in Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Übrigen darauf zu achten, dass unter mehreren gleichwertigen Alternativen die jeweils am wenigsten belastende gewählt und insgesamt keine unangemessen große Belastung entsteht.

3.4 Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Die „allgemeine Handlungsfreiheit“ aus Art. 2 Abs. 1 GG stellt jedes menschliche Tun oder Unterlassen unter Schutz, sofern es nicht vom Schutzbereich eines anderen Grundrechts erfasst wird.[155] Damit schützt es auch vor der Belastung mit Nachteilen aller Art, die nicht anderweitig grundrechtlich geschützt sind, etwa vor Zahlungspflichten gegenüber dem Staat in Gestalt von Steuern oder anderen Abgaben, sofern diesen kein spezifischer Einschlag im Hinblick auf andere Grundrechte, insbesondere auf das Eigentumsgrundrecht oder auf die Berufsfreiheit zu eigen ist.[156]

Rechtsdogmatisch hat die „allgemeine Handlungsfreiheit“ den Status eines „Auffang-Grundrechts“, auf das nur insoweit zurückgegriffen wird, als nicht schon der Schutzbereich eines spezielleren Grundrechts berührt ist. Da (bzw. sofern) mit den im vorliegenden Zusammenhang diskutierten Instrumenten ganz überwiegend entweder in Art. 14 Abs. 1 GG oder in Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen wird, hat es im hiesigen Kontext keine Bedeutung. Als lediglich in Art. 2 Abs. 1 GG eingreifende Instrumente sind hier lediglich Steuern und Abgaben anzusehen, die nicht in spezifischer Weise bestimmte Wirtschaftsakteure treffen, sondern die Allgemeinheit. Das gilt im Grunde nur für denkbare Modifikation der Energiesteuer oder der Stromsteuer, soweit den Modifikationen keine ausgeprägte Lenkungsfunktion zur Wahl des Energieträgers innewohnt. Praktisch dürfte das nur der Fall sein können, soweit es um die Abschaffung von bestehenden Privilegien für Kohle im Rahmen der Energiesteuer geht (siehe dazu unten, 3.6.3.1).

Aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot folgen im Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG keine strengeren Anforderungen, als sie für Art. 14 Abs. 1 GG erörtert wurden (siehe oben, 3.2.3). Im Gegenteil kann auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass seine Schutzwirkung schwächer ausgeprägt ist, sofern in das Grundrecht nicht im Einzelfall besonders schwerwiegend eingegriffen wird.[157] Dafür ist hier nichts ersichtlich.

---

[154] Vgl. BVerfGE 68, 155/170; BVerfGE 81, 156/197 f.; BVerfGE 77, 308/337; BVerfGE 95, 173/187; ähnlich BVerfGE 75, 108/159 („spezifische Solidaritäts- und Verantwortungsbeziehung“).

[155] Grundlegend BVerfGE 6, 32/37.

[156] BVerfGE 91, 207/221.

[157] Vgl. BVerfGE 6, 32/37 ff.

3.5 Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Für alle Instrumentenoptionen ist im Übrigen als Querschnittsgrundrecht der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu beachten. Er ist namentlich dort von Bedeutung, wo es um den Zuschnitt des Adressatenkreises von Verpflichtungen, um die Zuordnung von Verpflichtungsanteilen oder um unterschiedliche Begünstigungs- oder Belastungswirkungen geht (die z.B. auch auf Grund von Pauschalisierungen oder Kategorisierungen entstehen können).

3.5.1 Prüfungsmaßstäbe

Der Gleichheitsgrundsatz verbietet es, ohne hinreichende Rechtfertigung wesentlich Gleiches ungleich oder wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln. Das BVerfG fragt insofern danach, ob sich der jeweils verfolgte Differenzierungszweck im Lichte der Ungleich- bzw. Gleichbehandlungswirkungen als verhältnismäßig erweist.[158]

Zu beachten ist, dass das Bundesverfassungsgericht je nach Art und Schwere der Ungleichbehandlung differenzierte Prüfungsmaßstäbe für die Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen anlegt. Differenzierungen bedürfen stets einer „Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind“.[159] Weiter führt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum bayerischen Betreuungsgeld unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen aus:[160]

> „Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können […]. Dem Gesetzgeber kommt im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zu […]. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich allerdings aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben […]. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind […] oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern […].

Einen tendenziell großzügigen Prüfungsmaßstab wendet das Gericht demnach an, soweit es um Unterschiedsbehandlungen auf der Ebene von *Begünstigungen* geht, auf die kein grundrechtlicher Anspruch besteht. In derartigen Fällen hat der Gesetzgeber einen großen Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum, so dass Ungleichbehandlungen nur unzulässig sind, wenn kein vernünftiger sachlicher Grund ersichtlich ist (Maßstab der „Willkürprüfung“).

Bei Unterschiedsbehandlungen auf der Ebene von *Belastungen*, wenn es also um die Auferlegung von Verpflichtungen geht, ist das Gericht strenger und prüft die Ungleichbehandlung auf

---

[158] Grundlegend BVerfGE 55, 72/88.

[159] BVerfGE 130, 240 (Rdnr. 40).

[160] BVerfGE 130, 240 (Rdnr. 42, mit zahlreichen – hier nicht abgedruckten – Nachweisen für die ständige Rechtsprechung).

ihre Verhältnismäßigkeit. Dabei müssen die Rechtfertigungsgründe für die Unterschiedsbehandlung besonders gewichtig sein, wenn es um Differenzierungen zwischen Personengruppen geht[161] oder wenn sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.[162] Das gilt vom Ansatz her für alle hier diskutierten Optionen an Instrumenten.

3.5.2 Gebot der Folgerichtigkeit

Bei Unterschiedsbehandlungen auf der Belastungsebene fordert das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber die Einhaltung des *Gebots der Folgerichtigkeit*. In seinem Nichtraucherschutz-Urteil fasst das Gericht den Inhalt dieses Gebot wie folgt zusammen:[163]

> „Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird (vgl. BVerfGE 107, 186/197)."

Für den vorliegenden Kontext führt der Folgerichtigkeitsgrundsatz dazu, dass der Gesetzgeber darauf achten muss, differenzierende Regelungen konsequent an den jeweils verfolgten Zielen auszurichten. Soweit Ausnahmen vorgesehen werden, müssen diese durch eine spezifische Rechtfertigung getragen sein und in der getroffenen Regelung einen widerspruchsfreien Ausdruck finden.

3.5.3 Generalisierungen, Pauschalierungen, Typisierungen

Von praktischer Bedeutung ist im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz weiter die spezielle Frage, ob und ggf. inwieweit bei den neuen Regelungen generalisiert, typisiert oder pauschaliert werden darf. Das ist etwa für die Setzung von Schwellenwerten, Fristen oder Restmengen sowie insbesondere für den Zuschnitt der Adressatenkreise von bestimmten Verpflichtungen relevant.

In seiner steuerrechtlichen Entscheidung zur sog. Entfernungspauschale erläutert das Bundesverfassungsgericht seine – auch auf sonstige Rechtsbereiche grundsätzlich übertragbare[164] – Haltung zu Typisierungen, Pauschalierungen und Generalisierungen unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung wie folgt:[165]

> „Jede gesetzliche Regelung muss verallgemeinern. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen ist der Gesetzgeber berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild zu

---

[161] Grundlegend BVerfGE 89, 365/376.

[162] BVerfGE 112, 164/174.

[163] BVerfGE 121, 317/374 (Rdnr. 135).

[164] Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rdnr. 29 m.w.N.

[165] BVerfG NJW 2009, 48/50 (Rdnr. 60 mit zahlreichen – hier nicht abgedruckten – Nachweisen für die ständige Rechtsprechung).

> erfassen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt […]. Auf dieser Grundlage darf er grundsätzlich generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen […]. Typisierung bedeutet, bestimmte in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen. Besonderheiten, die im Tatsächlichen durchaus bekannt sind, können generalisierend vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber darf sich grundsätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen […] Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssen allerdings auf eine möglichst breite, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließende Beobachtung aufbauen […]. Insbesondere darf der Gesetzgeber für eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen […]."

Insbesondere bei der Wahl und dem Zuschnitt des Adressatenkreises von verpflichtenden Regelungen, aber auch bei der Setzung von Schwellenwerten sowie zeitlichen und sachlichen Tatbestandsmerkmalen hat der Gesetzgeber somit darauf zu achten, realitätsnahe Typisierungen zu bilden, in denen die gesetzlichen Hauptziele wie auch die jeweiligen Nebenziele (z.B. zur Gewähr von Ausnahmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit) einen folgerichtigen Ausdruck finden.

Gut denkbar sind in diesem Sinne etwa Differenzierungen zwischen Braunkohle- und Steinkohle (u.U. auch eine generelle Beschränkung auf Braunkohle), zwischen Anlagen mit höheren oder niedrigeren CO_2-Emissionen oder zwischen Anlagen unterschiedlichen Betriebsalters (bzw. unterschiedlichen Genehmigungszeitpunkts).

3.6 Finanziell wirkende Instrumente – Vereinbarkeit mit dem Finanzverfassungsrecht

3.6.1 Finanziell wirkende Instrumentenoptionen und Varianten

Die verschiedenen Möglichkeiten der Konstruktion finanziell wirkender Instrumente zur (unterstützenden) Steuerung des Transformationsprozesses im System der Stromversorgung wurden bisher nur angedeutet, sind aber noch nicht näher differenziert betrachtet worden.

Um sie einer überschaubaren Prüfung auf ihre Zulässigkeit zuführen zu können, ist es auf Grundlage der finanzverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sinnvoll, sie systematisch danach zu unterscheiden, welchen Besteuerungsgegenstand sie jeweils haben und an wen die Einnahmen jeweils gehen.

In Betracht kommen als Besteuerungsgegenstand einerseits Energie in ihren verschiedenen Erscheinungsarten, andererseits CO_2-Emissionen und ihre Äquivalente. Innerhalb der beiden Hauptgruppen kommen unter Umständen Differenzierungen nach sachlichen Kriterien in Betracht, z.B. nach Brennstoffarten oder Emissionsfaktoren. Für die rechtliche Einordnung bedeutsamer ist, an wen die jeweiligen Einnahmen gehen – nämlich an den allgemeinen öffentlichen Haushalt, an einen Sonderfonds oder an private Dritte (wie die Netzbetreiber). Je nachdem, ergeben sich unterschiedliche Konsequenzen für die Einordnung unter den Abgabenarten und – darauf basierend – für ihre finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit.

Vom *Gegenstand* her lassen sich grundsätzlich folgende Optionen unterscheiden:

1. Erhebung eines Geldbetrags auf den Verbrauch von Brennstoffen (Primärenergie) – diese Abgabenart existiert in Gestalt der Energiesteuer bereits –,
2. Erhebung eines zwischen verschiedenen Brennstoffen differenzierenden Geldbetrages auf den Verbrauch von Strom (als Endenergie) – auch diese Abgabenart existiert bereits, hier in Gestalt der Stromsteuer –,
3. Erhebung eines Geldbetrags auf die Erzeugung oder auf die Einspeisung von Strom,
4. Erhebung eines Geldbetrages auf CO_2-Emissionen,
5. Erhebung eines Geldbetrages auf den Erwerb oder den Verbrauch (die Löschung) von Emissionszertifikaten (auch in Gestalt eines Zusatzbetrages zur Erreichung eines Mindestpreises denkbar),

Auf der *Einnahmeseite* bestehen praktisch drei Möglichkeiten:

1. Vereinnahmung im öffentlichen Haushalt des Bundes,
2. Vereinnahmung in einem besonderen Fonds,
3. Vereinnahmung durch Private – hier durch die Übertragungsnetzbetreiber.

Für die finanzverfassungsrechtliche Qualifikation ist die *Einnahmeseite* entscheidend.

3.6.2 Die zulässigen Abgabenarten im Finanzverfassungsrecht

3.6.2.1 Allgemeines

Im deutschen Rechtssystem stehen dem Staat unter dem Oberbegriff der „Abgaben“ grundsätzlich drei Arten von Geldleistungspflichten zur Verfügung, die in unterschiedlicher Weise auch zur Verwirklichung von Lenkungszwecken genutzt werden können: Steuern, gegenleistungsabhängige Abgaben und sonstige nichtsteuerliche Abgaben. Der allgemeine Begriff „Abgaben“ ist neutraler Oberbegriff für alle Arten von Geldleistungspflichten gegenüber dem Staat. Für die Abgrenzung ist hervorzuheben, dass es entscheidend nicht auf die Bezeichnung durch den Gesetzgeber ankommt. Maßgebend ist vielmehr allein der materielle Kern der jeweiligen Regelung.[166]

Um zu prüfen, ob eine durch staatliche Regelung angeordnete Geldleistungspflicht als (möglicherweise unzulässige) Art der Abgabe anzusehen ist, ist im ersten Schritt zu klären, ob es sich überhaupt um eine als (öffentliche) Abgabe zu qualifizierende Geldleistungspflicht handelt. Das ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nur der Fall, wenn eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand erreicht wird[167] - mit anderen Worten: wenn es sich um eine Geldleistungspflicht *gegenüber dem Staat* handelt. Dementsprechend hebt auch der BGH in seinen verschiedenen Entscheidungen über die Vergütungspflichtregelungen des

[166] BVerfGE 55, 274/304 f.; BVerfGE 67, 256/276; BVerfGE 92, 91/114.
[167] BVerfG-K NJW 1997, 573.

Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG) 1990[168], des StrEG 1998 und des EEG 2000[169] sowie des EEG 2012[170] darauf ab, ob eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand vorliegt, verneint dies und kommt in der Konsequenz zu dem Ergebnis, dass das Finanzverfassungsrecht durch die Vergütungspflichten nicht berührt werde.

Liegt eine Abgabe gegenüber dem Staat vor, so ist festzustellen, ob es sich der Art nach um eine Steuer, eine gegenleistungsabhängige Abgabe oder eine sonstige nichtsteuerliche Abgabe (= „Sonderabgabe im weiteren Sinne“[171]) handelt. Sollte Letzteres der Fall sein, so ist schließlich zu untersuchen, ob die Abgabe als sog. Sonderabgabe mit Finanzierungszweck (= „Sonderabgabe im engeren Sinne“[172]) zu qualifizieren ist und daher den für diese entwickelten (strengen) Zulässigkeitskriterien des Bundesverfassungsgerichts folgen muss – oder ob der Finanzierungszweck hinter einer besonderen Ausgleichs- und Lenkungsfunktion zurücktritt, so dass die strengen Kriterien für Sonderabgaben keine Anwendung finden.

3.6.2.2 Steuern

Die *Steuer* gilt als das klassische Mittel zur Finanzierung der staatlichen Haushalte. Das Grundgesetz definiert den Steuerbegriff allerdings nicht, sondern setzt ihn voraus. Es knüpft insoweit an den hergebrachten, auch in der Abgabenordnung (AO) gebrauchten Steuerbegriff an.[173] Danach sind Steuern „Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein“ (§ 3 Abs. 1 AO). Wesentliches Definitionsmerkmal der Steuern ist demnach, dass sie der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs des Gemeinwesens dienen. Sie sollen nach dem Grundgesetz das Regelinstrument der Finanzierung des Gemeinwesens darstellen, weshalb auch häufig von der Bundesrepublik Deutschland als einem „Steuerstaat“ gesprochen wird.[174]

Nach der herrschenden Auffassung in der Rechtslehre verfügt der Bund nicht über ein „Steuererfindungsrecht“ (häufig auch „Steuerfindungsrecht bezeichnet).[175] Präziser müsste man an

---

[168] BGHZ 134, 1/27 ff.

[169] BGH ZUR 2003, 411/413 sowie 414.

[170] BGH, Urt. v. 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13 –, ZUR 2014, 562.

[171] So BVerfG NVwZ 2009, 837/838.

[172] So ausdrücklich BVerfGE 122, 316 (Rdnr. 99).

[173] Instruktiv zum verfassungsrechtlichen Steuerbegriff Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 3 Art. 105 Rdnr. 2 ff.; Vogel/ Walter, in: BK-GG, Vorbem. Art. 104a – 115 (Stand: 2009 / Kommentierung 1997), Rdnr. 373 ff., 394 m.w.N.

[174] Vgl. BVerfGE 93, 319/342; BVerfGE 91, 186/201; BVerfGE 82, 159/178; BVerfGE 78, 249/266f.

[175] Eingehend Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 2 Rdnr. 4 f. m.w.N.; Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG. Bd. 3 Art. 105 Rdnr. 46 f. m.w.N.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 106 Rdnr. 2 m.w.N.; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rdnr. 46 f. sowie Art. 106 Rdnr. 20 m.w.N.; Kube, in: BeckOK GG, Art. 105 Rdnr. 42.

sich von einem „Steuerarten-Erfindungsrecht“ sprechen, weil es nicht um das Verbot der Erhebung neuer einzelner *konkreter* Steuern geht, sondern um ein Verbot, eine Steuer zu schaffen, die sich ihrer *Art* nach der im Grundgesetz vorgegebenen Steuertypologie entzieht.[176]

Die herrschende Auffassung wird damit begründet, dass das Grundgesetz einen abschließenden Katalog von zulässigen Steuerarten erkennen lasse, die jeweils auf Bundes-, Landes- oder Gemeindeebene erhoben werden können (vgl. Art. 105 GG) und für deren Erträge das Grundgesetz im Einzelnen festgelegt hat, wer über sie verfügen darf („Ertragskompetenz“, vgl. Art 106 GG). Für nicht vom Katalog des Art. 106 GG positiv umfasste Steuern fehlte es nämlich an einer Norm, aus der sich ergeben würde, wem die Erträge aus der neuen Steuer zustehen.[177] Die Erfindung durch Art. 106 GG nicht abgedeckten Steuerarten durch den Bund bringe daher das differenziert zwischen Bund, Ländern und Kommunen austarierte Gefüge der steuerlichen Gesetzgebungs- und Ertragskompetenzen ins Ungleichgewicht.[178] Auch wenn diese Auffassung von Seiten des BVerfG bislang keine ausdrückliche Bestätigung erfahren hat und in der Rechtsliteratur nicht unumstritten ist[179], kann sie doch bei der Konzeption neuer steuerlicher Instrumente nicht einfach übergangen werden. Sie verfügt innerhalb der Rechtslehre – erst recht nach der letzten Föderalismusreform – eine derart dominante Stellung, dass es ein hohes Risiko wäre, gleichwohl eine neue Steuer einzuführen, bei der von vornherein klar ist, dass sie sich keiner der allgemein anerkannten Steuerarten zuordnen lässt. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich die diskutierte neue Steuer noch aus anderen Gründen grundlegend von den bisher anerkannten Steuerarten unterscheidet.

Legt man der Prüfung in konservativem Verständnis die herrschende Auffassung zugrunde, so kann eine neue Steuer nur in Betracht kommen, wenn sie sich rechtssicher einer der Kategorien „Verbrauchsteuern“, „Verkehrsteuern“ oder „Aufwandsteuern“ zuordnen lässt.

- Unter einer *Verbrauchsteuer* versteht das Bundesverfassungsgericht eine Steuer, die auf den Verbrauch von konsumierbaren Gütern erhoben wird.[180] Verbrauchsteuern sind „Warensteuern, die den Verbrauch vertretbarer, regelmäßig zum baldigen Verzehr oder kurzfristigen Verbrauch bestimmter Güter des ständigen Bedarfs belasten“.[181] Sie zielen damit auf den konsumtiven Verbrauch als Indikator für die Zahlungsfähigkeit der (End-) Verbraucher.[182] Zu den typischen Merkmalen der heute vorzufindenden Verbrauchsteuern gehört, dass sie in der Regel bei demjenigen Unternehmer erhoben wer-

[176] In diesem Sinne ausdrücklich Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rdnr. 46; ähnlich Kube, in: BeckOK GG, Art. 105 Rdnr. 42.

[177] Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 105 Rdnr. 46 f. m.w.N.

[178] Vgl. nur Seer, in: Tipke/Lang: Steuerrecht, § 2 Rdnr. 4 f. m.w.N.; Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 105 Rdnr. 46 f. m.w.N.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG. Art. 106 Rdnr. 2 m.w.N.

[179] Kritisch insb. Wendt, in: HdStR Bd. VI (3. Auflage 2006), § 139 Rz. 29 f., Tipke, Steuerrechtsordnung, Bd. 3, S. 1325, 1353 ff.

[180] BVerfGE 14, 76/96; BVerfGE 27, 375/384.

[181] BVerfGE 98, 106/123 (Kommunale Verpackungssteuern).

[182] Jachmann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG III, Art. 105 Rdnr. 58 m.w.N.; vgl. auch BVerfG NJW 1984, 785/786.

den, der das Verbrauchsgut für die allgemeine Nachfrage anbietet, aber auf Überwälzung auf den Letztverbraucher angelegt sind.[183] So liegt es etwa bei der Energiesteuer, die bei den Herstellern bzw. Importeuren der Brennstoffe eingezogen und von diesen an die Endverbraucher weitergegeben wird. Strittig ist, ob eine Verbrauchsteuer auch in einer Ausgestaltung zulässig wäre, nach der die Steuer nicht auf Überwälzbarkeit angelegt ist, sondern direkt beim Endverbraucher erhoben wird.[184] Richtigerweise dürfte dies anzunehmen sein. Für ein derartiges Verständnis lässt jedenfalls das Bundesverfassungsgericht Raum, wenn es ausspricht, dass Verbrauchsteuern (lediglich) „in der Regel" auf Überwälzung vom Steuerschuldner auf die Verbraucher angelegt sind.[185] Die Frage ist aktuell Gegenstand der Auseinandersetzung um die Verfassungsmäßigkeit der 2011 eingeführten Kernbrennstoffsteuer. Einige Finanzgerichte[186] – nicht alle[187] - stehen auf dem Standpunkt, da die Steuer direkt bei den die besteuerten Brennstoffe einsetzenden Unternehmen ansetze, sei sie nicht auf Überwälzung auf die Endverbraucher angelegt und daher keine zulässige Verbrauchsteuer; die Fragestellung wurde deshalb dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt.[188]

- Im Gegensatz zur Verbrauchsteuer knüpft die *Verkehrsteuer* nicht an einen Verbrauchs- oder Nutzungsvorgang an, sondern an einen Akt oder Vorgang des Rechtsverkehrs.[189] Gelegentlich wird von ihnen daher auch als „Rechtsverkehrsteuern" gesprochen, die sich von den Verbrauchsteuern danach unterscheiden, ob spezifische verbrauchsfähige Güter oder spezifische Rechtspositionen besteuert werden sollen.[190] Belastet wird hier die im Abschluss spezieller Arten von Rechtsgeschäften zum Ausdruck kommende Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners.[191] Für Verkehrsteuern gilt als typisch, dass der Steuertatbestand beide Vertragspartner des jeweiligen Rechtsgeschäfts erfasst.[192] Als Bemessungsmaßstab werden dem Belastungsgrund entsprechend typischerweise wertbezogene Kriterien verwandt.[193] Allseits anerkannte Beispiele für Verkehrssteuern sind die Versicherungssteuer und die Grunderwerbsteuer.[194]

---

[183] Vgl. BVerfGE 98, 106/123 f.; BVerfGE 110, 274/294, Rdnr. 62 ff. (Ökosteuer).

[184] Eingehend Hidien, in: BK-GG, Art. 106 Rdnr. 1413 ff. m.w.N.; vgl. auch Heintzen, in: von Münch/ Kunig, GG, Bd. 3, Art. 105 Rdnr. 56 m.w.N.

[185] BVerfGE 98, 106/124.

[186] So FG Hamburg, ZUR 2012, 54; FG München, ZUR 2012, 555; vgl. BFH, DStRE 2012, 53.

[187] FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, 252.

[188] FG Hamburg, ZUR 2012, 54; eingehend zum Ganzen Wernsmann, NVwZ 2011, 1367 ff.; Martini, ZUR 2012, 219 f.; Bruch/ Greve, BB 2012, 234 ff.

[189] Grundlegend BVerfGE 16, 64/73; zur Abgrenzung zu den Verbrauchsteuern Kirchhof, in: HdStR Bd. V (2007), § 118 Rdnr. 247 m.w.N.; ferner Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG. Art. 106 Rdnr. 19.

[190] Einleuchtend Hidien, in: BK-GG, Art. 106 Rdnr. 1425.

[191] Jachmann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG III, Art. 105 Rdnr. 55 m.w.N.

[192] Vgl. BVerfGE 98, 106/124. Ferner Kirchhof, in: HdStR Bd. V (2007), § 118 Rdnr. 247 m.w.N.

[193] Vgl. Kirchhof, in: HdStR Bd. V (2007), § 118 Rdnr. 248.

[194] Vgl. Heintzen, in: von Münch/ Kunig, GG, Art. 106 Rdnr. 24; Kirchhof, in: HdStR Bd. V (2007), § 118 Rdnr. 248 m.w.N.

- *Aufwandsteuern* belasten ihrerseits wie die Verbrauchsteuer den privaten Konsum. Belastungsgrund ist bei ihnen die in der Finanzierung eines Aufwands zum Ausdruck kommende persönliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.[195] Allerdings beziehen sie sich nicht auf den *Verbrauch* von Gütern, sondern auf bestimmte Vorgänge des Gebrauchs.[196] Das Bundesverwaltungsgericht beschreibt die Aufwandsteuer als Besteuerung „von – in der Regel nicht verbrauchsfähigen – Gütern oder Dienstleistungen".[197] Auch das Bundesverfassungsgericht verwendet in seiner Entscheidung zur Zweitwohnungssteuer eine entsprechend weite, sich auch auf die Inanspruchnahme von Dienstleistungen erstreckende Begriffsdefinition.[198] Als Anknüpfungspunkt der Aufwandsteuer gilt das Halten eines Gegenstandes, seine Verwendung oder ein tatsächlicher oder rechtlicher Zustand.[199] Anerkannte Praxisbeispiele für Aufwandsteuern sind z.B. auf Gemeindeebene die Hundesteuer, die Zweitwohnungsteuer[200], die Jagdsteuer[201] oder die Vergnügungssteuer[202].

Nachdem lange Zeit weitgehend Unklarheit darüber herrschte, inwieweit der Gesetzgeber im Steuerrecht anderweitige Ziele als die Vereinnahmung von Geldmitteln für die Finanzierung des Gemeinwesens zum Tragen bringen kann, ist diese Frage seit einiger Zeit nicht mehr ernstlich strittig. Das Bundesverfassungsgericht erkennt in mittlerweile ständiger Rechtsprechung an, dass der steuerrechtliche Gesetzgeber grundsätzlich nicht gehindert ist, außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele aus Gründen des Gemeinwohls zu verfolgen.[203] Das gilt sowohl für Differenzierungen hinsichtlich der Festsetzung von Steuertarifen als auch in Bezug auf die Festlegung von Verwendungszwecken. Unzulässig sind Zweckbindungen erst, wenn durch sie die Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers unvertretbar eingeengt wird.[204]

Hinsichtlich der Höhe der Steuersätze ist einerseits das Gebot der Belastungsgleichheit[205] zu beachten, andererseits das sog. Erdrosselungsverbot.

- Das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Gebot der Belastungsgleichheit besagt in vertikaler Hinsicht, dass die Besteuerung niedriger Einkommen im Vergleich zur Belastung höherer Einkommen gerecht ausgestaltet werden muss.[206] In horizontaler Hinsicht müssen Steuerpflichtige mit gleicher Leistungsfähigkeit gleich hoch belastet werden.

---

[195] BVerfGE 16, 65/74; BVerfG NJW 1984, 785/786.

[196] Vgl. Kirchhof, in: HdStR Bd. V (2007), § 118 Rdnr. 240 m.w.N.; Jachmann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG III, Art. 105 Rdnr. 62 f.

[197] BVerwGE 98, 272/281 (Kommunale Verpackungssteuern).

[198] Vgl. BVerfG NJW 1984, 785/785 f. m.w.N.

[199] BVerfG NJW 1984,785; vgl. Kirchhof, in: HdStR Bd. V (2007), § 118 Rdnr. 240.

[200] BVerfG NJW 1984, 785.

[201] BVerfG NVwZ 1989, 1152.

[202] BVerfGE 40, 56; vgl. auch Kirchhof, in: HdStR Bd. V (2007), § 118 Rdnr. 240.

[203] Eingehend BVerfGE 93, 121/147; BVerfGE 99, 280/296; BVerfGE 105, 73/112; BVerfGE 116, 164/182.

[204] BVerfGE 110, 274/294.

[205] BVerfGE 105, 73/126: zum Ganzen Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rdnr. 44 ff. m.w.N.

[206] BVerfGE 107, 27/46 f.

Im Übrigen geht es insoweit um die Folgerichtigkeit steuerlicher Regelungen, die dadurch zu gewährleisten ist, dass Einzelregelungen entweder aus dem jeweiligen Zielkonzept ableitbar oder als Ausnahme davon durch eigenständig tragfähige spezifische Erwägungen gerechtfertigt sein müssen.[207]

- Das sog. Erdrosselungsverbot ist verletzt, wenn sich aus der Höhe der Steuer ergibt, dass der Steuertatbestand nicht erfüllt werden soll (die Steuer ihrer Höhe nach also wie ein Verbot des besteuerten Verhaltens wirkt).[208]

Als steuerliches Instrument zur Unterstützung des Transformationsprozesses im Stromsektor kommt einerseits eine Modifikation bestehender Steuern (der Energiesteuer und/oder der Stromsteuer) in Betracht, andererseits auch die Schaffung einer neuen Steuer auf die Erzeugung bzw. die Einspeisung von Strom aus bestimmten Brennstoffen sowie auf CO_2-Emissionen, CO_2-Zertifikate oder deren Äquivalente.

3.6.2.3 Gegenleistungsbezogene Abgaben

Die Zulässigkeit von gegenleistungsbezogenen Abgaben ist allgemein anerkannt. Sie sind legitimiert durch ihren Gegenleistungscharakter (Entgeltcharakter). Maßgebliches Kennzeichen ist, dass mit ihnen ein dem jeweiligen Abgabenschuldner vom Staat individuell zugeführter Vorteil abgegolten wird. Grundtypen sind die Gebühren und Beiträge (sog. Vorzugslasten), wobei das Bundesverfassungsgericht weitergehend auch die Zuführung individueller rechtlicher Vorteile als gegenleistungsfähig anerkennt (z.B. die Gewähr der Grundwassernutzung im Rahmen eines Grundwassernutzungsregimes).[209] Sie können ihrer Funktionsweise nach als Abschöpfungsabgaben bezeichnet werden.[210]

Konkrete Modelle einer gegenleistungsabhängigen Abgabe kommen im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht in Betracht.

3.6.2.4 Sonderabgaben

Alle anderen Abgaben nichtsteuerlicher Art können als Sonderabgaben im weiteren Sinne betrachtet werden. Sie sind für das Finanzverfassungsrecht untypisch, weil sie im Grundgesetz an sich nicht vorgesehen sind. Zentrales Unterscheidungskriterium von den Steuern ist, dass die Einnahmen nicht zur allgemeinen Verwendung in die öffentlichen Haushalte fließen, sondern in eigenständige Haushalte („Fonds“) oder zwar in öffentliche Haushalte gehen, dort aber nicht zur freien Verfügung stehen, sondern ausschließlich für bestimmte Zwecke verwendet werden dürfen.[211] Im letztgenannten Fall ist für die Einordnung zu beachten, dass eine Beschränkung von Verwendungszwecken auch bei Steuern vorkommen kann. Ob es sich um eine

---

[207] BVerfGE 105, 73/126.

[208] BVerfGE 16, 147/161; BVerfGE 38, 61/80 f.

[209] Grundlegend BVerfGE 93, 319/343 ff.

[210] Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 105 Rdnr. 17 (die Begrifflichkeit ist allerdings nicht allgemein anerkannt).

[211] Vgl. BVerfGE 101, 141/148.

Steuer oder eine Sonderabgabe handelt, entscheidet sich in diesen Fällen danach, ob die Abgabe den verfassungsrechtlich vorgesehenen Steuerarten zugeordnet werden kann oder nicht.

Tendenziell als kritisch stuft das Bundesverfassungsgericht Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion ein.[212] Sie werden auch als Finanzierungs-Sonderabgaben oder als Sonderabgaben im engeren Sinne bezeichnet. Die Bezeichnungen in der Rechtsliteratur sind nicht immer deckungsgleich, auch weil es in dieser Hinsicht mitunter Interpretations- und Wertungsunterschiede gibt. Die Kernkriterien für die Zulässigkeit von Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion sind:

- Die in Anspruch genommene Gruppe muss durch eine gemeinsame, in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorgefundene Interessenlage oder durch besondere Gegebenheiten von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgrenzbar sein; es muss sich in diesem Sinne um eine homogene Gruppe handeln (Gruppenhomogenität).
- Die Erhebung der Sonderabgabe setzt eine spezifische Beziehung zu dem mit der Abgabe verfolgten Zweck voraus (Sachnähe); die belastete Gruppe muss dem verfolgten Zweck evident näher stehen als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit; hieraus muss eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der zu finanzierenden Aufgabe entspringen (Gruppenverantwortung).
- Schließlich muss das Aufkommen im Interesse der Gruppe der Abgabepflichtigen „gruppennützig“ verwendet werden. Insoweit reicht es aus, wenn die Mittel im überwiegenden Interesse der Gesamtgruppe verwendet werden.[213]

In der Rechtsprechung sind allerdings auch diverse nichtsteuerliche Abgaben als verfassungskonform akzeptiert worden, ohne dass es dabei auf die strengen Zulässigkeitskriterien für Sonderabgaben im engeren Sinne ankommen würde. Insbesondere Ausgleichsabgaben (auch: „Ersatzabgaben“) können das finanzverfassungsrechtliche Gefüge nicht gefährden, weil sie nur von denjenigen erhoben werden, die einer an sich bestehenden sachlichen Pflicht nicht nachkommen. Sie stehen deshalb den gegenleistungsabhängigen Abgaben von der Funktion her nahe. Anerkannt sind in diesem Sinne unter anderem die nach Landesrecht häufig statuierten naturschutzrechtlichen Ausgleichsabgaben[214], die Fehlbelegungsabgabe in der Wohnungswirtschaft[215], die bauordnungsrechtliche Stellplatzablösung[216] sowie die Schwerbehindertenabgabe[217]. Ihnen ist gemein, dass sie in Fällen erhoben werden, in denen der Adressat eine an sich primär bestehende gesetzliche Verpflichtung nicht erfüllt. Als Ausgleich für die Nichterfüllung wird er zur Zahlung eines Geldbetrages herangezogen, der seinerseits dafür verwandt wird, zur Erreichung der mit der Primärpflicht verfolgten Zwecke auf andere Weise beizutragen.

---

[212] BVerfGE 101, 141/148: Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 105 Rdnr. 9 m.w.N.

[213] Grundlegend BVerfGE 55, 274/307 f.

[214] Vgl. z.B. § 12b des Niedersächsischen Naturschutzgesetzes (NNatG).

[215] BVerfGE 78, 249/266 ff.

[216] BVerfG NVwZ 2009, 837/837.

[217] Dazu eingehend BVerfGE 57, 139 (insb. 165 ff.).

Praktisch wird mit ihnen so – ähnlich wie bei den gegenleistungsbezogenen Abgaben – ein Sondervorteil abgeschöpft.[218]

Zum Teil werden in der Rechtsliteratur noch weitere Arten der Sonderabgabe für zulässig erachtet.[219] Deren rechtliche Einordnung und Bewertung kann aber nicht als gesichert angenommen werden.[220]

Im hier betrachteten Zusammenhang ist es im Sinne einer Sonderabgabe insbesondere denkbar, einen Fonds einzurichten, der durch von den Betreibern der Kohlekraftwerke (oder generell der fossilen Kraftwerke) erhobene Geldleistungsbeträge gespeist wird und zur Deckung eines Teilbetrages der EEG-Umlage oder einer anderen sinnvollen Finanzierungsaufgabe der Energiewende verwendet wird (z.B. für den Netzausbau).

3.6.2.5 Geldleistungspflichten unter Privaten

Die Auferlegung von Geldleistungspflichten, die Private gegenüber anderen Privaten zu erfüllen haben, berührt das Finanzverfassungsrecht nicht, weil es hier nicht zu Einnahmen seitens des Staates oder einer ihm zuzuordnenden Institution kommt (siehe bereits oben, 3.6.2.1). Es fehlt an einer Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand, die für die Einordnung als öffentliche Abgabe konstitutiv ist.

Die Zulässigkeit derartiger Regelungen stellt sich in erster Linie als ein auf der grundrechtlichen Ebene zu klärendes Problem dar, denn mit einer derartigen Verpflichtung werden bestimmte Wirtschaftsbeteiligte mit der Finanzierung einer Aufgabe belastet, die an sich eine öffentliche Aufgabe ist. Auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wäre eine derartige Regelung als Indienstnahme Privater für öffentliche Zwecke einzuordnen, die ihrerseits durch eine besondere Rechtfertigung getragen sein muss (siehe oben, 3.3.3). Finanzverfassungsrechtlich sind solcherart Modelle unproblematisch, weil die im Grundgesetz festgeschriebene, sensible föderalistische Architektur der staatlichen Einnahmen und Ausgaben nicht berührt wird.[221]

Als Geldleistungspflicht unter Privaten wäre eine Pflicht der Erzeuger von Kohlestrom (oder allgemeiner: fossil erzeugtem Strom) zu betrachten, die an die Netzbetreiber zu entrichten ist. In diesem Sinne ist es beispielsweise denkbar, eine Regelung zu schaffen, nach der ein auf die Einspeisung von fossil erzeugtem Strom ins öffentliche Netz ein Geldbetrag zu entrichten ist, der den Übertragungsnetzbetreibern (ÜNB) zur Abdeckung eines Teilbetrages der EEG-Umlage oder zur Finanzierung einer anderen Aufgabe im Zusammenhang mit dem Transformationsprozess des Energiesystems zufließt.

---

[218] Vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 105 Rdnr. 17 m.w.N.

[219] Vgl. Germelmann, in: GewArch 2009, 476/478 ff.; Brandt, in: Seefeldt u.a., Fachliche und juristische Konzeption eines haushaltsunabhängigen Instruments für erneuerbare Wärme (2013), Anhang 7.3, S. 145 ff.

[220] Eingehend Bürger/Klinski u.a., Konzepte für die Beseitigung rechtlicher Hemmnisse des Klimaschutzes im Gebäudebereich (UBA Climate Change 11/2013), S. 110 ff.

[221] Dezidiert zum EEG 2012 BGH, Urt. v. 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13 –, ZUR 2014, 562; ferner schon BVerfG-K, NJW 1997, 573; BGH ZUR 2003, 411/413 f. ; BGHZ 134, 1/27 ff. (zum StrEG 1990). Zum Ganzen auch Bürger/Klinski, a.a.O. S. 106 ff.

3.6.3 Zulässigkeit von Instrumentenoptionen steuerlicher Art

3.6.3.1 Besteuerung des Verbrauchs von Primärenergie / Energiesteuer

Mittels der Besteuerung des Einsatzes von Kohle als Primärenergieträger ist es möglich, den bislang sehr niedrigen Gestehungspreis für Kohlestrom zu erhöhen. In der Wirkung käme das einer Erhöhung des Zertifikatepreises für die CO_2-Emissionen der Kohleverstromung gleich – weshalb der Modellansatz in der Literatur als Ausgestaltungsvariante eines „CO_2-Mindestpreises“ diskutiert wird.[222] Wahrgenommen wird diese Möglichkeit unter den EU-Staaten bislang in den Niederlanden und in Großbritannien („Carbon Price Floor“), wobei sich die Konditionen im Einzelnen recht stark unterscheiden. In den Niederlanden bewegt sich die Höhe der Steuer auf die Kohleverstromung bei einem Preisäquivalent von knapp 5 €/t CO_2, in Großbritannien bei gestaffelt ansteigenden Beträgen zwischen (umgerechnet) ca. 5 und ca. 21 €/t CO_2.[223]

Da es dem deutschen Steuergesetzgeber grundsätzlich frei steht, Steuersätze unter umweltpolitischen Lenkungsgesichtspunkten zu staffeln, könnte er die Tarife der Energiesteuer für Kohle neben einer einheitlichen Besteuerung auch etwa zwischen verschiedenen Kohlearten (Braunkohle, Steinkohle) oder den jeweiligen spezifischen Emissionsfaktoren für CO_2 staffeln. Eine Differenzierung nach einer dieser Varianten empfiehlt sich auch deshalb, weil der besonders CO_2-intensive Braunkohlestrom am Markt wesentlich billiger angeboten wird als Steinkohlestrom – und entsprechend der gesetzlichen Motivation gerade Braunkohlestrom als problematisch angesehen wird.

Die Besteuerung würde zur Anhebung des Angebotspreises für Kohlestrom im Stromhandel führen und den bislang wegen der günstigen Kohlestrompreise bestehenden Kaufanreiz mindern. Auf die Einsatzreihenfolge der Merit Order würde das in der Regel keinen Einfluss haben, weil die Unterschiede zwischen den Angebotspreisen der verschiedenen Stromerzeugungsarten zwar kleiner würden, aber nicht vollständig nivelliert. Innerhalb der Merit Order würden sich die Verhältnisse jedoch insoweit ändern, als (außerhalb der Zeiträume, in denen ausschließlich EE-Strom benötigt wird) der in der Merit Order gebildete Preis ansteigen würde[224]. Dadurch würde sich in der Folge auch die durch die EEG-Umlage auszugleichende Differenz zwischen dem Börsenpreis für EEG-Strom und dem beanspruchten Vergütungssatz verkleinern. Denn für den von den ÜNB (verpflichtend) und den Direktvermarktern an der Börse angebotenen EEG-Strom ist stets der Merit-Order-Preis erzielbar. Steigt dieser, so steigen auch die Einnahmen der ÜNB für den EEG-Strom.

Eine Besteuerung von Primärenergie existiert in Deutschland seit langem in Gestalt der Energiesteuer (der früheren Mineralölsteuer). Die Energiesteuer ist eine Verbrauchsteuer und als solche verfassungsrechtlich abgesichert; die Einnahmen stehen dem Bund zu (Art. 106 Abs. 1

---

[222] Vgl. Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 81 ff.; Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises (2014), S. 14 ff.

[223] Vgl. Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises (2014), S. 15 m.w.N. sowie S. 17 m.w.N. (auf Grundlage einer Daten- und Wechselkursbasis von 2013); vgl. auch Oei/Kemfert, Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 86 ff.

[224] Sofern ein Kohlekraftwerk zu diesem Zeitpunkt preissetzend ist.

Nr. 2 GG). Sie wird zwar bei denjenigen erhoben, die die zu versteuernden Energien im Inland in Verkehr bringen, ist jedoch auf eine Überwälzung an die Endverbraucher angelegt. Das wird für Verbrauchssteuern als typisch angesehen (siehe zum Ganzen oben, 3.6.2.2).

Im bestehenden Energiesteuergesetz[225] fällt im Hinblick auf Kohle auf:

- Der Ausgangstarif für die Verwendung von Kohle beträgt 0,33 €/GJ (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 EnergieStG). Insoweit wird nicht zwischen verschiedenen Kohlearten differenziert.
- Aus § 37 Abs. 2 Nr. 3 EnergieStG („Steuerbefreiung“) ergibt sich, dass die Verwendung von Kohle zum Zwecke der Stromerzeugung generell von der Besteuerung befreit ist, hierauf also von vornherein keine Steuer erhoben wird.

Demgegenüber gilt für die Verwendung von Erdgas:

- Der Ausgangstarif für die Steuer für Verwendung von Erdgas als Heizstoff liegt gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EnergieStG bei 5,50 €/MWh. Das entspricht umgerechnet einem Steuersatz von 1,527 €/GJ, also bezogen auf den Energiegehalt bei dem rund 4,6-fachen des Satzes für Kohle.
- Für größere Anlagen zur Stromerzeugung aus Erdgas kommt es allerdings ebenfalls effektiv zu einer Steuerminderung auf null, hier im Wege der „Steuerentlastung“. Gemäß § 53 Abs. 1 EnergieStG wird auf Antrag eine Steuerentlastung für die Verwendung von (jeglichen) Energieerzeugnissen zur Stromerzeugung in ortsfesten Anlagen mit einer elektrischen Nennleistung von mehr als zwei Megawatt gewährt. Diese Vorschrift findet auch auf gasbetriebene Anlagen Anwendung. Steuertechnisch unterscheidet sie sich von der Befreiung im Sinne von § 37 EnergieStG dadurch, dass es hier zu einer rückwirkenden Entlastung kommt.

Für KWK-Anlagen können die genannten Befreiungs- und Entlastungsbestimmungen (ungeachtet des Brennstoffs) nur hinsichtlich des Stromanteils, nicht der Wärme in Anspruch genommen werden. Bei einer Verwendung in KWK-Anlagen (auch kleineren) sieht § 53a EnergieStG für hocheffiziente Anlagen eine auf Antrag zu gewährende Entlastung auf null unter bestimmten Voraussetzungen vor, allerdings nur für den Zeitraum bis zum Ablauf der einkommensteuerrechtlichen sog. Abschreibung. Soweit § 53a EnergieStG nicht greift, ermöglicht § 53b EnergieStG unter bestimmten Voraussetzungen eine teilweise Entlastung.

Im Ergebnis besteht somit im Falle der Verwendung zur Stromerzeugung eine weitgehende, aber nicht vollständige Belastungsneutralität zwischen Kohle und Erdgas. Auf den ersten Blick erscheint das durchaus gerecht. Im Sinne der hier verfolgten gesetzlichen Ziele ergeben sich daraus aber Fehlanreize, weil es umwelt- und klimapolitisch an sich sinnvoll wäre, die Verwendung von Kohle ausgeprägt stärker zu belasten als die Verwendung von Erdgas. Das gilt auch außerhalb des Bereichs der Stromerzeugung, weshalb es klimapolitisch nicht einsichtig ist, die Grundtarife der Energiesteuer für Heizzwecke bei Verwendung von Kohle nur in einer Größenordnung von rund 20 % des Steuersatzes für Erdgas und Erdöl anzusetzen.

[225] Gesetz vom 15. Juli 2006 (BGBl. I 1534), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2014 (BGBl. I S. 1042).

Verfassungsrechtlich ließe es sich unter Lenkungsgesichtspunkten ohne weiteres rechtfertigen,

- den Grundtarif zur Kohlebesteuerung auf das Niveau von Erdgas (und Heizöl) anzuheben,
- dabei ggf. auch eine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Kohle entsprechend ihrer Klimaschädlichkeit vorzunehmen,
- sowie die Verwendung von Kohle zum Zwecke der Stromerzeugung künftig zu besteuern – im Gegenzug jedoch eine vollständige oder teilweise Befreiung von Erdgas vorzusehen.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Konzepte stünde nicht deshalb in Frage, weil die Endverbraucher für den Bezug von Strom bereits mit der Stromsteuer als Steuer auf den Endenergieverbrauch belastet werden, so dass hier dieselbe Quelle der Leistungsfähigkeit zweimal besteuert würde (neben der außerdem noch zu entrichtenden Umsatzsteuer). Ein Verbot der Gleichartigkeit neuer mit bereits bestehenden Steuern stellt das Grundgesetz nur für Landessteuern auf, die Bundessteuern gleichartig sind (Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG).[226] Außerhalb dessen kennt das Finanzverfassungsrecht kein Verbot, dieselbe Quelle der steuerlichen Leistungsfähigkeit mehrfach in Anspruch zu nehmen – wie es im Anwendungsbereich der Umsatzsteuer ohnehin typisch ist. Die Grenze des Zulässigen ist erst dort erreicht, wo insgesamt eine nicht mehr verhältnismäßige Belastung entsteht. Davon ist so lange nicht auszugehen, wie dem Betroffenen „ein angemessener Spielraum verbleibt, sich frei zu entfalten“[227].

Sollte sich bei der näheren finanzwirtschaftlichen Prüfung – die hier nicht geleistet werden kann – insoweit ein Problem herausstellen oder es sonst konzeptionell sinnvoll erscheinen, so könnte im Übrigen auch daran gedacht werden, die beiden Steuern dadurch aufeinander abzustimmen, dass es im Gegenzug zur Einführung einer Energiesteuer auf zur Stromerzeugung eingesetzte Brennstoffe zu einer Senkung oder Umgestaltung der Stromsteuer kommt.

Die Einhaltung des Gebots der Belastungsgleichheit (siehe oben, 3.6.2.2) kann durch entsprechende Ausgestaltung gewährleistet werden. Mit der Angleichung der Grundtarife für Kohle und Erdgas würde sogar eine bestehende, sachlich ungerechtfertigte und für die Klimaschutzpolitik schädliche Privilegierung der Kohle beseitigt. Auf diese Weise würde die Folgerichtigkeit insoweit erst hergestellt. In der damaligen Gesetzesbegründung[228] wird der mit dem Energiesteuergesetz eingeführte Steuersatz für Kohle damit erklärt, dass dieser dem in der EU-Energiesteuerrichtlinie (2003/96/EG)[229] festgesetzten Mindestbesteuerungssatz für Kohle entspreche. Das rechtfertigt aber nicht, hinsichtlich der Kohle wesentlich andere Maßstäbe als bei anderen Heizstoffen anzulegen. Bei diesen wird der jeweilige Mindeststeuersatz – der gemäß Anhang I Tabelle C der Energiesteuer-RL bei Kohle und Erdgas identisch ist – nämlich um ein

[226] Eingehend dazu Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 105 Rdnr. 26 m.w.N.

[227] BVerfGE 75, 108/155 f.; ähnlich BFHE 141, 369/384.

[228] BT-Drs. 16/1172, S. 34 f.

[229] RL 2003/96/EG zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABl. EG Nr. L 283, 51.

Mehrfaches überschritten. Von daher kann das ungleiche Vorgehen nicht mit der Energiesteuerrichtlinie erklärt werden. Die Festsetzung des sehr niedrigen Satzes hätte damals unter Umständen damit begründet werden können, dass es zuvor überhaupt keine Kohlebesteuerung gegeben habe und ein moderater Übergang angestrebt werde. Auf Dauer dürfte sich an der massiven Privilegierung aber in Ansehung des Folgerichtigkeitsgebots nicht festhalten lassen. Möglicherweise stehen dahinter auch soziale Überlegungen. Aber das kann nur gemutmaßt werden, denn es lässt sich aus den Gesetzgebungsunterlagen nicht herauslesen. Damit genügt die Privilegierung nicht der Forderung des Bundesverfassungsgerichts für Ausnahmeregelungen im Steuerrecht, nach denen diese von „erkennbaren gesetzliche Entscheidungen getragen“ sein müssen.[230]

Eine andere Frage ist, ob die Besteuerung der Verwendung von Brennstoffen für die Stromerzeugung mit der Energiesteuerrichtlinie der EU zu vereinbaren ist. Dieses Thema wird weiter unten noch anzusprechen sein (siehe unten, 4.3). Aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel bestehen gegen das beschriebene Vorgehen jedenfalls keine Bedenken.

3.6.3.2 Besteuerung des Verbrauchs von Endenergie / Stromsteuer

Die Besteuerung des Verbrauchs von Stroms eignet sich für die hier verfolgten Zielsetzungen nicht in vergleichbarer Weise, weil bei der Stromsteuer nicht systematisch danach unterschieden wird, aus welcher Quelle der Strom jeweils stammt (vgl. § 3 Stromsteuergesetz[231], der nur einen einheitlichen Steuertarif kennt) und die Steuer bei denjenigen Unternehmen erhoben wird, die Strom zum Letztverbrauch leisten (vgl. § 5 StromStG), also nicht bei den Erzeugern des Stroms. Eine differenzierende Besteuerung nach der Art der zur Stromherstellung eingesetzten Energie würde sich demgegenüber als systemfremd darstellen und wäre auch nicht geeignet, einen mit der Direktbesteuerung der Primärenergie vergleichbaren Anreizeffekt im Markt auszulösen.

Von daher erübrigt sich eine genauere rechtliche Betrachtung.

3.6.3.3 Besteuerung der Einspeisung von Kohlestrom

Mit einer Besteuerung der Einspeisung[232] von Strom in das öffentliche Netz beträte man finanzverfassungsrechtliches Neuland.

Eine solche Steuer ließe sich den Verbrauchsteuern nicht zuordnen, weil mit ihr nicht der Verbrauch eines konsumierbaren Guts besteuert würde (siehe zum Ganzen oben, 3.6.2.2). Entsprechendes gilt für die Einordnung als Aufwandsteuer.

---

[230] BVerfGE 107, 73/112 f.; BVerfGE 93, 121/147 f.; BVerfGE 99, 280/296.

[231] Gesetz vom 24. März 1999 (BGBl. I S. 378; 2000 I S. 147), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2436, 2725).

[232] Eine Anknüpfung an die Erzeugung als solche kommt demgegenüber aus Praktikabilitätsgründen nicht in Betracht, da es hierfür an einer handhabbaren Bemessungsgrundlage fehlen würde.

Denkbar ist speziell für die Variante der Steuer auf die Einspeisung von Strom eine Einstufung als Verkehrsteuer, weil sich insofern an den rechtlichen Vorgang der Veräußerung des Stroms an einen Lieferanten oder Zwischenhändler (oder auch an Letztverbraucher) anknüpfen ließe.

Wenngleich damit keine grundlegenden finanzverfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Besteuerung der Einspeisung von Strom als Verkehrsteuer bestehen, muss jedoch konzeptionell bedacht werden, dass diese Art der Steuer systematisch nicht zum bestehenden Besteuerungssystem für Energie passt, welches von dem Nebeneinander von Energiesteuer und Stromsteuer geprägt ist. Im Grunde würde es sich bei einer Einspeisungssteuer um eine Steuer handeln, die sachlogisch an die Stelle der Stromsteuer treten müsste. Erforderlich wäre also eine grundlegende Reform des Energiesteuerrechts, die zudem gründlich auf ihre Vereinbarkeit mit der EU-Energiesteuerrichtlinie zu überprüfen wäre.

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch diese Regelungsoption im Vergleich zu einer denkbaren Reform der Primärenergiebesteuerung als weniger interessant dar – jedenfalls sofern eine solche ihrerseits mit der EU-Energiesteuerrichtlinie zu vereinbaren ist (siehe unten, 4.3).

3.6.3.4 Besteuerung von CO_2-Emissionen

Eine direkte Besteuerung der CO_2-Emissionen erscheint von ihrer Wirkungsweise her demgegenüber hochinteressant, zumal sie in anderen Staaten erfolgreich in die Praxis umgesetzt wurde.

Im deutschen Steuerrecht stellt sich eine derartige Steuer jedoch als Fremdkörper dar, für den die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit nur als sehr unsicher betrachtet werden kann.

Auf Basis der in der Rechtsliteratur dominierenden Auffassung verfügt der Bund nicht über das Recht, neue Steuerarten zu „erfinden“, die den im Grundgesetz vorgesehenen Typen von Steuern nicht zugeordnet werden können (siehe oben, 3.6.2.2). Bei einer CO_2-Emissionssteuer wäre das nicht der Fall. Hier kann es sich jedoch weder um eine Verbrauchsteuer noch um eine Verkehrsteuer oder eine zulässige Aufwandsteuer handeln:

- Das verursachte Treibhausgas CO_2 wird nicht konsumiert. Für die Entstehung von CO_2 ist zwar der Verbrauch von Energie entscheidend. Als Verbrauchsgut könnte von daher indirekt die verwendete Energie angesehen werde. Diese wird aber bereits mit einer Verbrauchsteuer belegt – nämlich mit der Energiesteuer.
- Die Verursachung von klimarelevanten Emissionen ist kein Akt des Rechtsverkehrs. Also kann die neue Steuerart auch keine Verkehrsteuer sein.
- Am ehesten denkbar wäre noch die Einordnung als Aufwandsteuer, denn man könnte es so sehen, dass die Steuer auf das Betreiben einer emittierenden Anlage erhoben wird. Darin kommt die Leistungsfähigkeit des Betreibers zum Ausdruck, ähnlich wie bei einer Vermögensteuer. Zu bedenken ist aber, dass das Halten („Innehaben“) einer Immobilie bereits über die Grundsteuer belastet wird und die Menge der CO_2-Emissionen nicht in Korrelation zur Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners stünde.

Somit unterscheidet sich die CO_2-Emissionssteuer ihrem Wesen nach von den allgemein akzeptierten Steuerarten.[233] Dieses Problem wiegt umso schwerer, als sie auch in einem weiteren wesentlichen Charakteristikum nicht mit den üblichen Steuerarten übereinstimmt: Für Steuern ist es an sich typisch, dass mit ihnen ein Verhalten oder ein Zustand belegt wird, in dem die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der jeweils belasteten Bürger zum Ausdruck kommt[234] – wie bei der Einkommensteuer das Erwerbseinkommen, bei der Energiesteuer der Verbrauch eines Konsumgutes, bei der Grundsteuer das Grundvermögen oder bei der Grunderwerbsteuer die Beschaffung von Grundvermögen. Hier ist Entsprechendes nicht ersichtlich, denn in den CO_2-Emissionen findet die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betreiber keinen Ausdruck.

Auf Grundlage des geltenden Finanzverfassungsrechts muss deshalb davon abgeraten werden, eine CO_2-Emissionssteuer ernsthaft zu erwägen.

Etwas anders würde allerdings gelten, wenn auf politischer Ebene ein breiter Konsens erreicht werden sollte, der es ermöglicht, das Konzept mit verfassungsändernden Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat im Grundgesetz selbst zu verankern. Die für die negative Gesamteinschätzung maßgebenden finanzverfassungsrechtlichen Bedenken sind nicht unveränderlich. Mit einer Änderung des Grundgesetzes ließe sich der Weg dafür ebnen.

3.6.3.5 Besteuerung des Verbrauchs von CO_2-Zertifikaten

In Bezug auf die Besteuerung des Verbrauchs[235] von CO_2-Emissionszertifikaten sind ähnliche Bedenken geltend zu machen.

Zwar legt die Bezeichnung als Steuer auf den „Verbrauch von Zertifikaten“ eine Klassifizierung als Verbrauchsteuer nahe. Bei Lichte besehen erscheint diese Einordnung aber zu unsicher, um einen Gesetzgebungsprozess für eine derartige Steuer in Gang zu setzen (ohne die einschlägigen Vorschriften des Grundgesetzes dafür anzupassen).

Für eine Einordnung von Emissionszertifikaten als verbrauchsfähiges Wirtschaftsgut spricht, dass es (vor seiner Entwertung) handelbar ist und mit der Löschung seinen Nutzwert verliert. Emissionszertifikate unterscheiden sich jedoch grundlegend von konsumierbaren Gütern, wie sie das Steuerrecht sonst als Gegenstände von Verbrauchsteuern kennt. Beispiele wie die Energiesteuer, die Kaffee- oder Sektsteuer, die Tabaksteuer oder die Stromsteuer lassen deutlich werden, dass es bei den Verbrauchsteuern typischerweise um Gegenstände geht, die physisch verbrauchbar sind – anders als das unkörperliche Rechtskonstrukt des Emissionszertifikats.[236] Auch die kürzlich eingeführte Kernbrennstoffsteuer, deren Einordnung hoch umstritten ist[237], weist insofern eine deutlich größere Nähe zu den allgemein anerkannten Verbrauchsteuern auf.

---

[233] In diesem Sinne ablehnend zur Zulässigkeit einer (allgemeinen) CO_2-Steuer Heintzen, in: v. Münch/Kunig/GG, Art. 105 Rdnr. 47.: Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 2 Rdnr. 66.

[234] Zum Ganzen eingehend Kirchhof, in: HdStR V, 3. Auflage 2007, § 116 Rdnr. 100 ff. m.w.N.

[235] Eine Besteuerung des Erwerbs der Zertifikate ergäbe keinen Sinn, weil der Erwerb nicht zwangsläufig zu Emissionen führt.

[236] Ähnlich Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises, S. 36.

[237] Vgl. Wernsmann, NVwZ 2011, 1367; Martini, ZUR 2012, 219; Bruch/ Greve, BB 2012, 234.

Eine denkbare Einordnung als Verkehrsteuer begegnet ebenso erheblichen Zweifeln. Weder der „Verbrauch“ noch die Löschung der Zertifikate stellt sich im bürgerlich-rechtlichen Sinne als Rechtsgeschäft dar, an das hier in der für Verkehrssteuern anerkannten Weise angeknüpft werden könnte. Es fehlt schon an der für Rechtsgeschäfte typischen Art des Zustandekommens durch übereinstimmende Willenserklärungen, zumal die Abgabe der Zertifikate nichts anderes darstellt als die Ausführung einer Rechtspflicht.[238]

Es mag sein, dass sich das Bundesverfassungsgericht davon überzeugen ließe, eine derartige neue Steuer in Ausweitung seiner bisherigen Rechtsprechung als Verbrauch- oder Verkehrsteuer zu akzeptieren. Sie aber in Ansehung der ungeklärten verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsfragen politisch durch die Gesetzgebung zu bringen, dürfte ein außerordentlich schwieriges Unterfangen sein.

3.6.4 Zulässigkeit von nichtsteuerlichen Instrumentenoptionen

Auf der steuerlichen Ebene sind die instrumentellen Gestaltungsspielräume relativ begrenzt. Möglicherweise lassen sich weitergehende und zielgenauere Steuerungseffekte durch die Einführung zusätzlicher Abgaben erreichen. In diesem Sinne lässt sich vorstellen, die Erzeuger von nicht erneuerbarem Strom dazu zu verpflichten, für den von ihnen ins öffentliche Netz eingespeisten Strom einen zusätzlichen Geldbetrag zu entrichten, der nach klima- oder energiepolitischen Kriterien erhoben und gestaffelt wird. Für ein solches Modell müsste konzeptionell insbesondere geklärt werden, auf welche Tatbestände der Betrag zu entrichten ist, nach welchen Bemessungskriterien er gestaffelt wird, zu welchem Zweck die Einnahmen verwendet werden und an wen der Geldbetrag jeweils geht.

Letzteres ist für die rechtliche Einordnung der entscheidende Ansatzpunkt:

- Wird der Geldbetrag durch einen allgemeinen öffentlichen Haushalt vereinnahmt, handelt es sich um eine Steuer. Eine solche Steuer wäre unzulässig (siehe soeben, 3.6.3.3 bis 3.6.3.5).
- Geht das Geld in einen Fonds (Sonderhaushalt), aus dem eine spezielle Aufgabe finanziert wird, handelt es sich um eine Sonderabgabe. Für diese müsste geklärt werden, ob eine finanzverfassungsrechtlich haltbare Ausgestaltung gefunden werden kann (siehe dazu oben, 3.6.2.4).
- In Betracht kommt alternativ auch eine Konstruktion, bei der das Geld direkt durch die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) vereinnahmt wird – die ihrerseits Rechtspersonen des Privatrechts sind, so dass es sich bei der Geldleistung dann nicht um eine öffentliche Abgabe im Sinne des Finanzverfassungsrechts handeln würde (siehe oben, 3.6.2.5).

[238] Ähnlich Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises, S. 37.

3.6.4.1 Sonderabgabe: „Anpassungsumlage“

Die Erwägung einer Fondslösung ergibt rechtspolitisch nur Sinn, wenn die Regelungen so ausgestaltet werden können, dass sie nicht den strengen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion unterliegen. Anderenfalls müssten sich die mit der Abgabe Belasteten als homogene Gruppe darstellen, der als solche eine gemeinsame Verantwortung zukommt und in deren Gesamtinteresse auch die Einnahmen verwendet werden (siehe oben, 3.6.2.4). Das ist im hier verfolgten Steuerungsinteresse schwerlich vorstellbar. Zwar ließe sich grundsätzlich daran denken, die Gruppe der Strom aus anderen als erneuerbaren Quellen produzierenden Kraftwerksbetreiber zu adressieren und den ihnen abverlangten Geldbetrag in den Netzausbau zu investieren. Gruppennützig dürfte das aber nur sein, wenn der finanzierte Netzausbau gerade ihnen – und nicht primär dem Ausbau der EE-Nutzung – dienen würde.

Als rechtssicher kann von daher nur ein Regelungsmodell angesehen werden, bei dem der Abgabe eine Ausgleichsfunktion zukommt, sie also als Ersatz- oder Gegenleistung verstanden werden kann, die den Belasteten zum Ausgleich eines ihnen zugewandten Vorteils auferlegt wird. So würde es liegen, wenn die Abgabe zu entrichten ist, sofern die Belasteten einer an sich für sie bestehenden Rechtspflicht nicht nachkommen können, müssen oder wollen – oder anders ausgedrückt: Wenn der Vorteil abgeschöpft wird, einer an sich bestehenden Pflicht nicht nachkommen zu wollen, können oder müssen (siehe oben, 3.6.2.4).

Ein mit diesem Muster zwar nicht vollständig übereinstimmender, aber doch vergleichbarer abschöpfbarer Vorteil kann sich für Zeiträume ergeben, in denen Strom aus fossil oder atomar betriebenen Anlagen ins Netz eingespeist und am Markt abgesetzt wird, während gleichzeitig Angebote aus EEG-Anlagen vom Netz genommen werden müssen. Der abschöpfbare Vorteil für die Erzeuger konventionellen Stroms läge darin, ihre Anlagen in diesen Situationen nicht abschalten zu müssen, obwohl das eigentlich der Fall sein müsste, weil EEG-Strom vorrangig eingespeist werden soll. In der Konsequenz ist in diesen Situationen die über die EEG-Umlage auszugleichende Differenz besonders groß, so dass es sich rechtfertigt, die Geldmittel für eine Minderung der EEG-Umlage zu verwenden.

Ein vergleichbares Modell wurde von *IZES/Bofinger/BET* in ihrer Studie „Stromsystem-Design“ (2013) unter der Bezeichnung „Anpassungsumlage“ als denkbar vorgestellt und in den Kernelementen beschrieben.[239] Aus fachlicher Sicht wären insofern noch einige offene Fragen zu klären,[240] zumal das Modell von der damaligen Rechtslage des EEG ausging, die sich mittlerweile in einigen relevanten Aspekte wesentlich geändert hat (insbesondere in Ansehung der demnächst den Regelfall bildenden Direktvermarktung von EEG-Strom). Rechtlich käme es in erster Linie darauf an, eine Bemessungsgrundlage zu finden, die den erlangten wirtschaftlichen

[239] Leprich/Bofinger/Ritzau u.a., Stromsystem-Design: Das EEG 2.0 und Eckpfeiler eines zukünftigen Regenerativwirtschaftsgesetzes (Studie, 2013), S. 70 ff. Dort steht es allerdings im Kontext von Überlegungen zu einer Direktvermarktungspflicht und einer EE-Finanzierung über Leistungsprämien. Insofern müsste die dort beschriebene Anpassungsumlage noch einmal überdacht werden, wenn man sie in die Vorgaben nach gegenwärtigem EEG einpassen will.

[240] Leprich/Bofinger/Ritzau u.a., Stromsystem-Design (2013), S. 72.

Vorteil – ggf. auch pauschaliert – angemessen widerspiegelt. Letzteres dürfte nicht einfach sein, weil sich die Ausgangssituation als sehr komplex darstellt.

Außerdem ist aus rechtlicher Sicht zu beachten, dass das EEG in seiner jetzigen Gestalt (anders als unter dem ursprünglichen Wälzungsmechanismus) mittlerweile keinen Nutzungsvorrang für EEG-Strom durch die Endverbraucher innerhalb Deutschlands mehr vorsieht. Vielmehr besteht lediglich

a) für einen Teil der EEG-Anlagen ein Abnahmeanspruch gegenüber dem nächstgelegenen Netzbetreiber sowie eine Art „Hochwälzungsanspruch" bis zum Übertragungsnetzbetreiber, der den Strom seinerseits am Börsen-Spotmarkt vermarktet,

b) für einen anderen Teil – bzw. wahl-/zeitweise für die unter a) genannten Anlagen – eine Einspeisegarantie unter den Bedingungen der Direktvermarktung mit Marktprämie, wobei in diesem Modell die mögliche Abregelung bereits anreiztechnisch impliziert wird.

Unter diesen rechtlichen Ausgangsbedingungen erscheint die Möglichkeit der Einführung einer „Anpassungsumlage" zumindest unsicher, weil es an einer ausgleichbaren Primärpflicht fehlt. Günstiger wäre die rechtliche Ausgangssituation, wenn die gesetzlichen Bestimmungen auf geeignete Weise klar einen Vermarktungsvorrang für EEG-Strom zum Ausdruck brächten, welcher zurücktritt, soweit die Betreiber der jeweiligen fossilen/atomaren Anlagen für die Einspeisung ihres Stroms einen Ausgleichsbetrag entrichten. Unter dieser Voraussetzung dürfte die Erhebung einer entsprechenden Sonderabgabe vom Konzept her finanzverfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig sein.

Von der Belastungswirkung her ist dabei zu bedenken, dass die wirtschaftlichen Nachteile der Betreiber fossil/atomar betriebener Kraftwerke wesentlich dadurch relativiert würden, dass sie den Zusatzbetrag bei ihren Angeboten einpreisen könnten. Die Menge des in Deutschland absetzbaren Stroms würde sich nicht verringern. Anders wäre das lediglich, sofern zugleich preislich günstigere Stromimporte zur Bedarfsdeckung angeboten würden, auf welche die Abgabe nicht zu entrichten wäre. Nachteilig würde sich die Abgabe außerdem auch auf Stromexporte aus den belasteten Kraftwerken auswirken, da diese sich ebenfalls verteuern würden. Insoweit käme zwar eine Ausnahme in Betracht, diese wäre aber EU-rechtlich problematisch, da sich die Ausnahme als staatliche Beihilfe darstellen dürfte, die sich diskriminierend gegenüber ausländischen Konkurrenten auswirkt. Eine Erhebung der Flexibilitätsabgabe auch für Stromimporte wäre ähnlich problematisch, da auch dies als nachteilig für Stromanbieter aus anderen EU-Staaten anzusehen wäre.

Hinsichtlich der konkreten Höhe der Abgabe ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner für das Finanzverfassungsrecht wegweisenden *Wasserpfennig*-Entscheidung die Grenze für die Zulässigkeit von Abschöpfungsabgaben dort gezogen hat, wo ein über den Wert des erlangten Vorteils hinausgehender Betrag verlangt wird.[241]

Legt man diesen Maßstab zugrunde, so wird deutlich, dass die „Anpassungsumlage" im vorliegenden Kontext nicht als zentrales Steuerungsinstrument fungieren kann. Ihr kann allenfalls eine eng begrenzte Aufgabe zukommen. Denn der abschöpfbare (relative) Vorteil der Betreiber fossiler/atomarer Anlagen läge hier lediglich darin, die Anlagen nicht abschalten zu müssen. In

[241] BVerfGE 93, 319/347.

den betreffenden Situationen erbringen die Anlagen bereits unter den Grenzkosten liegende Einnahmen. Durch den Fortbetrieb werden lediglich die im Falle eines Abschaltens entstehenden weitergehenden Verluste vermieden. Diese weitergehenden Verluste kommen im Gebotsverhalten zum Ausdruck. Denn die Differenz zwischen Grenzkosten und Gebot ist ein Maß für die dadurch eingesparten weiteren Kosten oder anderweitigen Gewinnmöglichkeiten des fossilen Kraftwerks. Insofern kann zumindest der negative Preis eines Gebots als untere Grenze des durch ein Fortlaufen entstehenden Vorteils angesehen werden. Damit wird deutlich, dass durch diese Art der Ausgleichsabgabe insgesamt nur ein sehr kleiner Abgabenbetrag generiert werden könnte.

Betrachtet man die Abgabe in einem abgewandelten Sinne nicht als Vorteilsausgleich, sondern als Ausgleich für den verursachten Nachteil gegenüber Dritten – nämlich den Betreibern der abgeregelten EEG-Anlagen und der Endverbraucher als Zahler der EEG-Umlage – so ließe sich auch daran denken, die Höhe der Abgabe an dem relativen Verlust der betreffenden EEG-Anlagenbetreiber auszurichten. Aus der Sicht des Verfassers spricht viel dafür, auch eine derartige Konstruktion mit Blick auf ihre Ausgleichsfunktion finanzverfassungsrechtlich grundsätzlich für zulässig zu erachten. Wollte man diesen konzeptionellen Ansatz weiter verfolgen, so erforderte dies jedoch eine inhaltlich genauere Ausformung des Modells und eine vertiefte juristische Untersuchung. Im vorliegenden Kontext bedarf es insoweit keiner weitergehenden Betrachtung, weil das Modell jedenfalls für die hier diskutierte Aufgabenstellung keinen zentralen Beitrag leisten kann.

3.6.4.2 Geldleistung unter Privaten: „Energiewendeumlage“

Da die Frage der Vereinbarkeit mit dem Finanzverfassungsrecht bei der Schaffung von Geldleistungspflichten unter Privaten nicht tangiert wird, sind die Spielräume des Gesetzgebers für derartige Instrumente wesentlich größer als bei den Sonderabgaben. Die Grenze zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit wird hier allein durch die Grundrechte markiert, womit die Frage in den Mittelpunkt rückt, ob den betroffenen Kraftwerksbetreibern die (finanzielle) Indienstnahme für das verfolgte Gemeinwohlziel der Energiewende vor Art. 12 Abs. 1 GG zugemutet werden kann.

Hierfür kommt es darauf an, ob für die Kraftwerksbetreiber eine den Eingriff hinreichend rechtfertigende „Sach- und Verursachungsnähe“ anzunehmen ist. Steht die Verpflichtung hierzu in einem angemessenen (nicht unzumutbaren) Verhältnis, so begegnet die Grundrechtsbeeinträchtigung keinen durchgreifenden Bedenken. Ob das der Fall ist, hängt praktisch wesentlich von den konkreten Ausgestaltungsmerkmalen der jeweiligen Regelung ab:

Das sehr große Angebot an Kohlestrom stellt für den Transformationsprozess hin zu einer weitgehend klimaneutralen Stromversorgung eine erhebliche Belastung dar – vor allem wegen der hohen CO_2-Emissionen. Kohlestrom kann am Markt nur deshalb so preisgünstig angeboten werden, weil die externen Umweltkosten insbesondere der Klimaerwärmung nur einen unzureichenden Niederschlag in den Preisen finden. Das gilt trotz des Emissionshandels, da es bisher nicht gelungen ist, den Emissionshandel so auszugestalten, dass sich die externen Klimaschadenskosten in den Zertifikatepreisen adäquat niederschlagen. Hiervon profitieren die

Betreiber insbesondere der Braunkohlekraftwerke in enormem Umfang, wie es sich an der Entwicklung am Strommarkt in den vergangenen Jahren deutlich erkennen lässt.[242]

Zur Bewältigung der Energiewende stehen die Kraftwerksbetreiber mehr als nur in einer „Sach- und Verursachungsnähe". Die Kohlekraftwerke selbst sind im Stromsektor der Hauptverursacher des Problems und zugleich ein starkes Hindernis auf dem Weg der Energiewende. Von daher kann es keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, dass hier eine ausreichende Verantwortlichkeitsbeziehung der Kraftwerksbetreiber zur Bewältigung der Energiewende zu bejahen ist. Deswegen rechtfertigt es sich, die Betreiber der fossil betriebenen Kraftwerke als Adressaten zu einem finanziellen Beitrag für die Transformation des Stromsystems heranzuziehen.

Dem steht nicht entgegen, dass diese Adressatengruppe ein gegenläufiges einzelwirtschaftliches Interesse hat – nämlich an der möglichst großen Veräußerungsmenge fossil erzeugten Stroms. Ein mit dieser Situation strukturell vergleichbarer Interessenkonflikt lag auch der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit von abschreckenden Gesundheitswarnungen auf Zigarettenverpackungen zugrunde – ohne dass das Gericht dies zum Anlass genommen hätte, die Zulässigkeit in Abrede oder auch nur in Frage zu stellen.[243] Ähnlich stellt sich die Interessenlage auch bei dem im Abfallrecht verankerten Prinzip der „Produktverantwortung" dar.[244]

Allerdings muss für den von den Kraftwerksbetreibern verlangten finanziellen Beitrag auch auf der Vereinnahmungsseite eine aufgabenadäquate Verwendung gewährleistet werden. Dem dürfte Rechnung getragen werden können, indem die Einnahmen einerseits zur Senkung der EEG-Umlage sowie andererseits zur Finanzierung von Netzausbaumaßnahmen der Energiewende verwendet werden.[245]

Zu beachten ist für die nähere Ausgestaltung ferner, dass der Adressatenkreis bei dieser Art der nichtsteuerlichen Geldleistungspflicht nicht auf die Betreiber der Kohleraftwerke beschränkt werden kann. Die betreffenden Regelungen müssen im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes folgerichtig ausgestaltet werden (siehe oben, 3.5.2). Geht es im Kern um die Verringerung von Treibhausgasemissionen, so kann nicht daran vorbei gegangen werden, dass andere Kraftwerke ebenfalls CO_2 emittieren, wenn auch relativ in geringeren Mengen. Man wird die „Energiewendeumlage" folglich nicht auf Kohlekraftwerke oder gar Braunkohlekraftwerke beschränken können, sondern die Höhe der Zahlungspflicht vielmehr grundsätzlich an der Emissionsmenge auszurichten haben.

---

[242] Vgl. Oei/Kempfert, DIW 2014, 603 ff.; Jarass, ZNER 2014, 231 ff.

[243] BVerfGE 95, 173/187.

[244] Mit der abfallrechtlichen Produktverantwortung werden die an der Herstellung und dem Vertrieb von Produkten beteiligten Unternehmen in die Pflicht genommen, Erzeugnisse „möglichst so zu gestalten, dass bei ihrer Herstellung und ihrem Gebrauch das Entstehen von Abfällen vermindert wird und sichergestellt ist, dass die nach ihrem Gebrauch entstandenen Abfälle umweltverträglich verwertet oder beseitigt werden" (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KrWG v. 24.02.2012, BGBl. I S. 212). Ähnliche Regelungen galten schon nach der vorangehenden Rechtslage, vgl. § 22 Abs. 1 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) v. 27.09.1994 (BGBl. I S. 2705).

[245] Wobei darauf hingewiesen sei, dass sich eine Verwendung für Netzausbaumaßnahmen praktisch als nicht empfehlenswert darstellen könnte, weil hierfür in ein äußerst komplexes eigenständiges Rechts- und Interessengeflecht eingegriffen werden müsste.

Soweit die Höhe des Beitrags nicht proportional zu den jeweiligen CO_2-Emissionen bemessen werden soll, bedarf es dafür unter Gleichheitsgesichtspunkten eines besonderen sachlichen Grundes. Ein solcher könnte darin liegen, dass bestimmte Kraftwerke außerdem noch ein Flexibilitätsproblem aufwerfen. Es dürfte sich rechtfertigen lassen, diesen einen gewissen Zuschlag aufzuerlegen – nicht aber, sie allein als Verpflichtete zu adressieren.

Im Ergebnis führt die verfassungsrechtliche Prüfung für eine derartige „Energiewendeumlage", die von den Betreibern fossiler Kraftwerke an die Übertragungsnetzbetreiber zu zahlen ist, zu einem positiven Gesamtergebnis. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Steuerungskraft im Vergleich zu den direkten Ausstiegsinstrumenten – namentlich zu Restlaufzeiten und Restmengen sowie den verschiedenen Arten der Kontingentierung – weniger zielgerecht ist, weil sich die Differenz der Angebotspreise für Strom aus unterschiedlichen fossilen Quellen dadurch nur relativ verringern lässt, besonders emissionsintensiver Braunkohlestrom aber grundsätzlich immer noch preisgünstiger bleiben wird als die anderen Arten fossil erzeugten Stroms.

3.7 Verfassungsrecht: Gesetzgebungskompetenzen

3.7.1 Sachgesetzgebungskompetenz

Außerhalb des Steuerrechts, für das in Art. 105 und 106 GG eigenständige Regelungen über die Gesetzgebungskompetenz gelten, richtet sich die Frage, ob dem Bund oder den Ländern die Gesetzgebungskompetenz zusteht, nach Art. 70 bis 74 GG. Das gilt auch für die Auferlegung von Geldleistungspflichten nichtsteuerlicher Art.[246]

Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat.

Von einer Verleihung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz an den Bund ist auszugehen, wenn ihm ein passender Sachkompetenztitel aus Art. 74 GG zusteht, dessen Anwendung keinen Beschränkungen aus Art. 72 Abs. 2 GG unterliegt.

Als Sachkompetenztitel kommen im vorliegenden Regelungszusammenhang einerseits Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) und andererseits Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Recht der Luftreinhaltung) in Betracht:

- Für den hier im Kern intendierten Klimaschutz gibt es keine spezielle Kompetenznorm in den Art. 70 bis 74 GG. Es ist jedoch mittlerweile weithin anerkannt, dass der Klimaschutz insoweit Gegenstand des Kompetenztitels „Luftreinhaltung" (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) ist, als es praktisch um Maßnahmen zur Minderung der Kohlendioxidemissio-

[246] Vgl. nur Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 105 Rdnr. 8 m.w.N.

nen geht, die ihrerseits schädlich für die Erdatmosphäre sind und dadurch den Klimawandel (mit) hervorrufen.[247] Zwar wird in der Rechtsliteratur verschiedentlich bemängelt, dass es im Grundgesetz an einem zusammenführenden Kompetenztitel des „Umweltschutzes“[248] bzw. des „Klimaschutzes“[249] fehle und der Bund deshalb zur Regelung umfassender Instrumente in diesen Bereichen eine Art Kompetenzmosaik zusammenstellen müsse.[250] Das ändert aber nichts daran, dass sich der Kompetenztitel „Recht der Luftreinhaltung“ seinem eindeutigen Wortlaut nach jedenfalls insoweit auf den Klimaschutz erstreckt, als es um gesetzliche Maßnahmen geht, mit denen eine Reduzierung des Ausstoßes von klimaschädlichen Luftschadstoffen bezweckt wird. Dementsprechend leitet die Bundesregierung z.B. die Gesetzgebungskompetenz für das EE-WärmeG in der allgemeinen Begründung des Gesetzentwurfs ebenfalls aus dem Titel „Recht der Luftreinhaltung“ ab.[251]

- Soweit es dem (Bundes-) Gesetzgeber allerdings um mehr geht als die unmittelbare Reduzierung von Treibhausgasen, ist fraglich, ob er sich allein auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG stützen kann oder zusätzlich bzw. stattdessen auf die Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen (können) muss. Der Begriff „Recht der Wirtschaft" ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weit zu verstehen. Zudem konkretisiert die Vorschrift den Terminus durch einen Klammerzusatz, in dem unter anderem die „Energiewirtschaft“ ausdrücklich erwähnt wird. Dieser soll daher in einem weiten, umfassenden Sinne zu verstehen sein, so dass auch Regelungen zur Steuerung der Energiegewinnung und -verteilung sowie zur Energieeinsparung umfasst sind.[252]

Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wird sich der Bund für Regelungen, mit denen über die reine Emissionsminderung als solche eine Transformation der Stromversorgung zu einem weitgehend auf erneuerbare Energien gestützten System anstrebt, zumindest auch, möglicherweise sogar in erster Linie auf den Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ zu stützen haben.

Das hat insofern Konsequenzen für die weitere Prüfung, als der Bund gemäß Art. 72 Abs. 2 GG das Gesetzgebungsrecht (unter anderem) auf dem Gebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nur hat, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“. Auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG findet Art. 72 Abs. 2 GG demgegenüber keine Anwendung.

Die Anwendung der Erforderlichkeitsklausel aus Art. 72 Abs. 2 GG bildet allerdings für die hier betrachteten Instrumente angesichts ihrer Zielsetzung und des Umstands, dass es um eine

---

[247] Vertiefend Milkau, ZUR 2008, 561/562 f. sowie 564 f. m.w.N.

[248] Vgl. Kloepfer, Umweltrecht, 3. Auflage 2004, § 3 Rdnr. 91 ff.; Heselhaus, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage 2007, § 1 Rdnr. 107 f.; Koch/Krohn, NuR 2006, 673/676 m.w.N.

[249] Kritisch Koch/Krohn, NuR 2006, 673/677.

[250] Vgl. Kloepfer, Umweltrecht, § 3 Rdnr. 91; Heselhaus, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, § 1 Rdnr. 108; Koch/Krohn, NuR 2006, 673/676.

[251] BR-Drs. 9/08, S. 17 f.

[252] Pieroth, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 74 Rdnr. 25 m.w.N.

umfassende Transformation des nationalen – nicht föderal gegliederten – Energieversorgungssystems im Stromsektor geht, kein wirkliches Hindernis. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts muss es dem Bund bei der Inanspruchnahme des Tatbestandsmerkmals der „Wahrung der Wirtschaftseinheit“ um „die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland durch einheitliche Rechtssetzung“ gehen.[253] Davon kann hier ohne weiteres ausgegangen werden.

Von daher kann auch die rechtsdogmatisch ungeklärte Frage dahinstehen, ob Art. 72 Abs. 2 GG überhaupt Anwendung findet, wenn eine Regelung auf einen von Art. 72 Abs. 2 GG an sich erfassten Sachkompetenztitel gestützt wird, zugleich aber auch auf einen weiteren Kompetenztitel, dessen Gebrauch an sich nicht von einem bundesrechtlichen Regelungsbedürfnis nach Art. 72 Abs. 2 GG abhängig ist.[254]

Den Ländern steht nach alledem die Gesetzgebungskompetenz zu, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, sie könnten deshalb selbst die hier diskutierten Instrumente ergreifen. Denn sowohl die Bestimmungen des BImSchG für die Zulassung genehmigungsbedürftiger Anlagen als auch die strukturellen Festlegungen des EnWG zum System der Stromversorgung müssen für ihren jeweiligen Anwendungsbereich als abschließende Regelungen des Bundes begriffen werden.

3.7.2 Steuergesetzgebungskompetenz

Gemäß Art. 105 Abs. 2 GG hat der Bund „die konkurrierende Gesetzgebung über die […] Steuern, wenn ihm das Aufkommen aus diesen Steuern ganz oder zum Teil zusteht oder die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG zustehen.“

Wesentlich für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist nach Art. 105 Abs. 2 GG also, ob dem Bund nach den Bestimmungen des GG die Einnahmen aus den betreffenden Steuern ganz oder zum Teil zustehen („Ertragskompetenz“). Ist das nicht der Fall, so steht ihnen die Gesetzgebungskompetenz dennoch zu, sofern die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind. Diese Vorschrift fordert ein spezifisches Erfordernis für eine Regelung auf Bundesebene (siehe soeben).

Das Aufkommen aus der Energiesteuer und aus der Stromsteuer steht gemäß Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG allein dem Bund zu, da es sich um typische Verbrauchsteuern handelt.[255] Folglich hat der Bund auch die alleinige Gesetzgebungskompetenz.

Da sich andere steuerliche Instrumente in der obigen Prüfung nicht rechtssicher als zulässig erwiesen haben (siehe 3.6.3.3 bis 3.6.3.5), erübrigen sich weitere Ausführungen dazu.

---

[253] BVerfGE 111, 226 (Rdnr. 101); vgl. auch BVerfGE 106, 62 (Rdnr. 328).

[254] Streitbar die Ausführungen von Milkau (ZUR 2008, 561/563 f.), der von einer Anwendbarkeit des Art. 72 Abs. 2 bei einer derartigen Doppelkompetenz ausgeht, dabei aber übersieht, dass Art. 72 Abs. 2 GG eine Ausnahme von der Regel darstellt, die folglich eng auszulegen ist.

[255] BVerfGE 110, 274/295.

3.8 Fazit zum Verfassungsrecht

Aus der Perspektive des Grundgesetzes lassen sich die meisten betrachteten Instrumentenoptionen als tragfähig erachten, sofern gewisse Randbedingungen für die Ausgestaltung beachtet werden.

Unter den direkt wirkenden Instrumenten erweisen sich überraschenderweise diejenigen verfassungsrechtlich als am stabilsten, mit denen auf den ersten Blick besonders hart agiert wird: Die Festlegung von Abschaltdaten/Restlaufzeiten und Restmengen an Strom bzw. CO_2 sowie die Kontingentierung von Reststrommengen oder Restemissionsmengen. Das liegt daran, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Kraftwerke als für Art. 14 Abs. 1 GG maßgebliche Rechtsposition einen Vertrauensschutzanspruch begründet – dies allerdings nur für den Regelungskontext des BImSchG selbst, nicht für anderweitige gesetzliche Bereiche wie das Energierecht. Die Transformation des Stromsystems ist aber eine energierechtliche Aufgabe, auch wenn sie klimapolitisch motiviert ist. Diesen Rechtsbereich umfasst der von der BImSchG-Genehmigung ausgelöste Vertrauensschutz nicht – anders als die originär immissionsschutzrechtlichen Fragestellungen wie die Höhe von Emissionen oder Energieeffizienzanforderungen. Folglich ist die Schutzwirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gegenüber CO_2-Grenzwerten oder Energieeffizienzstandards ausgeprägter als gegenüber energiepolitischen Systementscheidungen, die in Abschaltdaten, Restlaufzeiten, Restmengen an Strom bzw. CO_2 oder in Kontingentregelungen für Strom aus Kohle ihren Ausdruck finden.

Für die indirekt wirkenden finanziellen Instrumentenoptionen ist entscheidender, welche instrumentellen Spielräume sich aus dem Finanzverfassungsrecht ergeben. Diese sind eng begrenzt. Dennoch ergeben sich interessante Handlungsmöglichkeiten. Eindeutig ist, dass die Lenkungspotenziale der Energiesteuer längst nicht ausgeschöpft sind. Es kann festgelegt werden, dass Kohle effektiv in ähnlicher Höhe wie Erdgas oder sogar höher besteuert wird. Außerdem kann für Kohle geregelt werden, dass ihre Verwendung zur Stromerzeugung künftig besteuert wird – anders oder in größerem Umfang als Erdgas. Darüber hinaus es ist denkbar, durch nichtsteuerliche Instrumente die Betreiber der fossilen Kraftwerke zu einem generellen Beitrag für die Bewältigung der Energiewende heranzuziehen, der nach der CO_2-Emissionshöhe bemessen wird. Unzulässig wäre demgegenüber die Einführung einer CO_2-Emissionssteuer oder einer Zertifikatesteuer.

4 Vereinbarkeit mit dem EU-Recht

Im EU-Recht muss unterschieden werden zwischen den Vorgaben der primärrechtlichen Ebene,

- also den Bestimmungen der EU-Verträge, hier insbesondere des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV)[256],

und der sekundärrechtlichen Ebene,

- d.h. den auf Grundlage der Verträge erlassenen Rechtsvorschriften in Gestalt von Richtlinien und Verordnungen.

Die nachfolgende Prüfung beginnt mit den sekundärrechtlichen Vorschriften, da es auf das Primärrecht nur ankommt, soweit sekundärrechtliche Bestimmungen keine abschließenden Regelungen aussprechen.

Ausgangs- und Mittelpunkt der Ausführungen ist die Vereinbarkeit mit der Emissionshandel-Richtlinie und der Industrieemissions-Richtlinie, weil sich aus ihnen ein Verbot weitergehender Klimaschutzregelungen für die von ihnen erfassten Anlagen ergeben könnte, insbesondere für national festgelegte CO_2-Grenzwerte. Relevant sind für einzelne Instrumentenoptionen außerdem die Vorschriften zum Elektrizitätsbinnenmarkt sowie der Energiesteuer-Richtlinie.

4.1 Emissionshandels-RL und Industrieemissions-RL

4.1.1 Die Bestimmungen der Richtlinien: Textanalyse

Die Richtlinie 2003/87/EG vom 13. Oktober 2003 „über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates“[257] – im Folgenden: ETS-RL[258] – gehört zu den zentralen Instrumenten der EU-Klimaschutzpolitik. Sie kann insoweit als eine Art Leitinstrument für die Senkung der CO_2-Emissionen aus dem Industriesektor begriffen werden, füllt diese Rolle aber weder auf EU-Ebene noch auf nationaler Ebene allein aus, sondern steht neben zahlreichen anderen Maßnahmen der Klimaschutzpolitik, die großenteils Wechselwirkungen zum Emissionshandel entfalten.

Mit der ETS-RL hat der EU-Gesetzgeber für den von der Richtlinie umfassten Anwendungsbereich ein System geschaffen, nach dem für die Betreiber der betreffenden Industrieanlagen eine schrittweise sinkende Gesamtmenge von Emissionsberechtigungen festgelegt wird. Unterhalb der in den ersten Phasen auf nationaler Ebene und nunmehr auf Grundlage der Änderungsrichtlinie 2009/29/EG[259] zentral EU-weit festgelegten Gesamtmenge („Cap“) findet ein Handel mit den Emissionszertifikaten statt („Trade“) statt. Die Industrieunternehmen sollen

[256] ABl. EU 2010 Nr. C 83, 47.

[257] ABl. EU 2003 Nr. L 275, 32.

[258] Abgeleitet von „Emission Trading Scheme“.

[259] ABl. EU 2009 Nr. L 140, 63.

durch das Cap-and-Trade-System einen Marktanreiz erhalten, nach möglichst kostengünstigen Wegen zur Senkung ihrer Emissionen zu suchen.[260]

Mit der Einführung des Emissionshandels war eine Art Systementscheidung dazu verbunden, die betroffenen Anlagenbetreiber nicht im Wege ordnungsrechtlicher Verpflichtungen zu CO_2-mindernden Aktivitäten anzuhalten, sondern durch den Mechanismus des Cap and Trade. Deshalb entschied man sich, die für das (ordnungsrechtliche) Genehmigungsrecht der Mitgliedstaaten maßgebende Richtlinie 96/61/EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzungen[261] (sog. IVU-Richtlinie) anzupassen.

In diesem Interesse bestimmte Art. 26 der ETS-RL, Art. 9 der bestehenden IVU-RL zu ändern. Danach erhielt Art. 9 Abs. 3 der IVU-RL folgende (erste) drei Unterabsätze:

> „Sind Treibhausgasemissionen einer Anlage in Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG […] in Zusammenhang mit einer in dieser Anlage durchgeführten Tätigkeit aufgeführt, so enthält die Genehmigung keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen dieses Gases, es sei denn, dies ist erforderlich, um sicherzustellen, dass keine erhebliche lokale Umweltverschmutzung bewirkt wird.
>
> Den Mitgliedstaaten steht es frei, für die in Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG aufgeführten Tätigkeiten keine Energieeffizienzanforderungen in Bezug auf Verbrennungseinheiten oder andere Einheiten am Standort, die Kohlendioxid ausstoßen, festzulegen.
>
> Falls erforderlich, wird die Genehmigung durch die zuständigen Behörden entsprechend geändert."

Mittlerweile wurde die IVU-RL durch die heute geltende Richtlinie 2010/75/EU „über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (Neufassung)"[262] – im Folgenden: IE-RL – ersetzt. Die Formulierung des früheren Art. 9 Abs. 3 der IVU-RL wurde bei Änderung der inneren Untergliederung nahezu wortgleich in Art. 9 der IE-RL überführt:

> „Artikel 9
> Treibhausgasemissionen
>
> (1) Sind Treibhausgasemissionen einer Anlage in Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG in Zusammenhang mit einer in dieser Anlage durchgeführten Tätigkeit aufgeführt, so enthält die Genehmigung keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen dieses Gases, es sei denn, dies ist erforderlich, um sicherzustellen, dass keine erhebliche lokale Umweltverschmutzung verursacht wird.
>
> (2) Den Mitgliedstaaten steht es frei, für die in Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG aufgeführten Tätigkeiten keine Energieeffizienzanforderungen in Bezug auf Verbrennungseinheiten oder andere Einheiten am Standort, die Kohlendioxid ausstoßen, festzulegen.
>
> (3) Falls erforderlich, wird die Genehmigung durch die zuständigen Behörden entsprechend geändert."

Aus dem Wortlaut der Anpassungsklausel lässt sich für den Kontext der Genehmigung von durch die IE-RL erfassten Anlagen Folgendes schließen (wobei die Regelungen nach Maßgabe von Art. 21 der IE-RL sinngemäß auch für Auflagen bei bestehenden Anlagen Anwendung finden):

---

[260] Erläuternd Weinreich, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, TEHG Vorbem. Rdnr. 5 ff.

[261] ABl. EG 1996 Nr. L 257, 26 (Ursprungsfassung).

[262] ABl. EU 2010 Nr. L 334, 17.

- In der Anlagengenehmigung (in Deutschland: nach dem BImSchG) für die betroffenen Anlagen dürfen keine CO_2-Grenzwerte zum Zwecke des Klimaschutzes festgesetzt werden.
- Den Mitgliedstaaten steht jedoch die Entscheidung darüber frei, in der Anlagengenehmigung Energieeffizienzanforderungen auszusprechen oder nicht.
- Keine Aussagen enthalten die zitierten Bestimmungen der Richtlinien im Übrigen dazu, ob es den Mitgliedstaaten gestattet ist, aus Klimaschutzgründen oder auf Grund von anderweitigen Erwägungen festzulegen, welche Brennstoffe in Industrieanlagen (hier: in Kraftwerken) eingesetzt werden dürfen oder welche Art von Kraftwerken errichtet und betrieben werden sollen bzw. dürfen.

Die ersten beiden Folgerungen finden eine zusätzliche Stütze in den Erwägungsgründen zu den beiden Richtlinien.

So heißt es im 21. Erwägungsgrund der ETS-RL 2003/87/EG:

> „(21) Mit der Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung wurde eine allgemeine Regelung zur Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung eingeführt, in deren Rahmen auch Genehmigungen für Treibhausgasemissionen erteilt werden können. Die Richtlinie 96/61/EG sollte dahin gehend geändert werden, dass — unbeschadet der sonstigen in jener Richtlinie geregelten Anforderungen — keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen von Treibhausgasen aus Anlagen, die unter die vorliegende Richtlinie fallen, vorgeschrieben werden und dass es den Mitgliedstaaten freisteht, keine Energieeffizienzanforderungen in Bezug auf Verbrennungseinheiten oder andere Einheiten am Standort, die Kohlendioxid ausstoßen, festzulegen."

Erwägungsgrund 9 der IE-RL, der nur die Frage der Emissionsgrenzwerte anspricht, klingt insoweit etwas weniger kategorisch:

> „(9) Um Doppelregelungen zu vermeiden, sollte die Genehmigung einer unter die Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft […] fallenden Anlage keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen von Treibhausgasen gemäß Anhang I der genannten Richtlinie enthalten, es sei denn, dies ist erforderlich, um sicherzustellen, dass keine erhebliche lokale Umweltverschmutzung verursacht wird, oder wenn eine Anlage aus dem genannten System ausgeschlossen wurde."

Es fällt auf, dass als Intention lediglich das Motiv genannt wird, Doppelregelungen zu vermeiden – was nicht danach klingt, als ob hier eine generelle Unverträglichkeit angenommen würde. Auch wirkt der Wortlaut etwas milder, da nur noch davon die Rede ist, die Genehmigung „sollte" keine Treibhausgas-Emissionsgrenzwerte erhalten.

Die Zulässigkeit speziell von Energieeffizienzanforderungen wird in den Erwägungsgründen der IE-RL nicht mehr erwähnt. Allerdings findet sich nunmehr eine noch offene Formulierung für weitergehende nationale Regelungen in Erwägungsgrund Nr. 10:

> „(10) Im Einklang mit Artikel 193 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hindert diese Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, zum Beispiel Vorschriften für die Treibhausgasemission, sofern solche Maßnahmen mit den Verträgen vereinbar sind und der Kommission notifiziert wurden."

Sowohl der Wortlaut als auch die betreffenden Erwägungsgründe sprechen demnach dafür, dass es den Mitgliedstaaten zur Harmonisierung mit dem Emissionshandel jedenfalls ursprünglich untersagt sein sollte, Grenzwerte für Treibhausgase in der Anlagengenehmigung aufzustellen. Eindeutig ist danach auch, dass die Aufstellung von Energieeffizienzanforderungen gestattet bleiben sollte – obwohl diese faktisch ähnlich wirken können wie ein CO_2-Grenzwert. Und eindeutig ist auch, dass die Frage, welcher Brennstoff eingesetzt werden darf und welche Kraftwerke betrieben werden dürfen oder sollen, in der ETS- und der IE-RL nicht angesprochen wird.

Weniger klar ist, inwieweit sich durch den 9. und 10. Erwägungsgrund der IE-RL eine Öffnung derart ergibt, dass es den Mitgliedstaaten gestattet sein soll, in Wahrnehmung der Schutzverstärkungsklausel aus Art. 193 AEUV entgegen dem Regelfall des Art. 9 der IE-RL in der Anlagengenehmigung Grenzwerte für CO_2 zu verankern. Auf diese Frage wird noch zurückzukommen sein (siehe unten, 4.1.2).

Besonders interessant ist aus dem Blickwinkel dieser Studie darüber hinaus die Frage, wie es erklärt werden kann, dass sich der ETS-RL und der IE-RL keine Aussagen über die Wahl der Energieträger entnehmen lassen, obwohl die Wahl der Energieträger gerade bei Kraftwerken mitentscheidend für die Höhe der CO_2-Emissionen ist. Auf den ersten Blick könnte man meinen, das liege daran, dass auch die Entscheidung über die Wahl des Energieträgers allein durch die Anwendung des Cap-and-Trade-Mechanismus der ETS-RL getroffen werden solle. Das wäre aber ein zu voreiliger Schluss, der zudem in den Erwägungsgründen zu den beiden Richtlinien keine Stütze findet. Hintergrund dessen ist vielmehr, dass die Frage nach den einzusetzenden Energiequellen im Rahmen der Elektrizitätsversorgung Gegenstand einer weiteren Richtlinie ist: der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie (früher die Richtlinie 2003/54/EG[263], heute die Richtlinie 2009/72/EG[264]), die den Mitgliedstaaten in ihrer früheren wie in ihrer derzeitigen Fassung ausdrücklich die Aufgabe überantwortet, im Rahmen der Genehmigung von Elektrizitätserzeugungsanlagen über die einzusetzenden Primärenergieträger zu entscheiden, und zwar auch unter Umweltschutzerwägungen.[265] Hierauf wird weiter unten noch genauer einzugehen sein (siehe 4.2).

Als Zwischenergebnis lässt sich damit auf Basis der bisher nur vorgenommenen Textanalyse – also vorbehaltlich der weiteren Prüfungsschritte – festhalten:

1. Die Regelungen der ETS-RL und der IE-RL geben keine Hinweise darauf, dass es den Mitgliedstaaten untersagt wäre, Energieeffizienzanforderungen für dem ETS unterliegende Anlagen aufzustellen. Das gleiche gilt für Anforderungen an die Flexibilität (d.h. an die ggf. auch fernsteuerbare Regelbarkeit) der Anlagen.

---

[263] RL 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 96/92/EG, ABl. EU Nr. L 176, 37.

[264] RL 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG, ABl. EU 2009 Nr. L 211, 55.

[265] Eingehend Klinski, ER 2012, 49/50; dem folgend Verheyen, Rechtliche Instrumente zur Verhinderung neuer Kohlekraftwerke und Tagebaue (2013), S. 11 f.

2. Die ETS-RL und die IE-RL hindern die Mitgliedstaaten ihrem Wortlaut nach auch nicht daran, generell festzulegen, welche Energieträger zur Stromerzeugung eingesetzt werden dürfen und welche Kraftwerksarten zulässig sind. Damit lassen sie auch die nötigen Spielräume festzulegen, dass keine neuen Kohlekraftwerke mehr errichtet werden dürfen und bestehende Kohlekraftwerke zu bestimmten Zeitpunkten oder nach Ausschöpfung bestimmter Restmengen an Strom bzw. CO_2 bzw. Kontingenten nicht mehr in das öffentliche Versorgungsnetz einspeisen dürfen.
3. Allerdings spricht der Wortlaut von Art. 9 der IE-RL recht eindeutig dagegen, dass es den Mitgliedstaaten im Speziellen erlaubt wäre, CO_2-Grenzwerte für dem ETS unterliegende Kraftwerke aufzustellen.

Zu dem dritten – für einige Instrumentenkonstruktionen mit entscheidenden – Punkt stellt sich die weitergehende Frage nach seiner genauen inhaltlichen Reichweite. Denn die Anpassungsklausel des Art. 9 IE-RL richtet sich ihrem Wortlaut nach nur auf Grenzwerte „in der Genehmigung". Und sie verwendet den Begriff „Emissionsgrenzwert" – woraus sich die Frage ergibt, was unter einem Emissionsgrenzwert in diesem Regelungskontext zu verstehen ist.

Die „Genehmigung" wird in Art. 3 Nr. 7 der IE-RL legaldefiniert als:

> „eine schriftliche Genehmigung zum Betrieb einer Anlage, Feuerungsanlage, Abfallverbrennungsanlage oder Abfallmitverbrennungsanlage oder eines Teils von diesen".

Praktisch ist also der behördliche Akt zur Zulassung des Betriebs einer von der IE-RL erfassten Anlage gemeint. In Deutschland ist das die Genehmigung nach § 6 BImSchG. In dieser Anlagengenehmigung, aus der sich ergibt, dass die Anlage betrieben werden darf, dürfen also nach Maßgabe von Art. 9 der IE-RL keine Emissionsgrenzwerte für Treibhausgase enthalten sein, die dem Emissionshandel unterliegen.

Bei sehr enger Lesart könnte daraus geschlossen werden, dass entsprechende Grenzwerte an anderer Stelle durchaus aufgestellt werden könnten. Untersagt seien solche nur in der Anlagengenehmigung selbst. Eine derart enge Sichtweise verbietet sich jedoch. Die Vorschrift würde ihren Sinn nicht erfüllen können, wenn ein Mitgliedstaat das Verbot schlicht dadurch umgehen könnte, dass er den Grenzwert von der Ebene der Einzelgenehmigungen auf die Ebene der den Anlagengenehmigungen zugrunde liegenden Rechtsvorschriften verlagert. Nichts anderes kann gelten, wenn ein Mitgliedstaat eine in der Anlagengenehmigung an sich untersagte Grenzwertfestsetzung in eine andere Gesetzesmaterie verlagert (z.B. vom Immissionsschutzrecht in ein neues Klimaschutzgesetz). Sofern eine konkrete Vorgabe in der Sache wie eine Regelung in der Anlagengenehmigung wirkt, wird man sie daher als von Art. 9 der IE-RL mit umfasst ansehen müssen.

Entscheidender als der (rechtstechnische) Regelungsort ist daher, was Art. 9 der IE-RL unter „Emissionsgrenzwerten für direkte Emissionen" von Treibhausgasen genau versteht. Diese Frage ist deshalb relevant, weil es von der instrumentellen Ausgestaltung her unterschiedliche Möglichkeiten für die Begrenzung von Emissionen bei einzelnen Anlagen gibt. Während der „klassische" Typ des Emissionsgrenzwerts für Luftschadstoffe, wie ihn die Vorschriften des deutschen Immissionsschutzrechts kennen, auf die Menge des Schadstoffs im Abgas abstellt – wobei es entweder auf die Konzentration oder auf die Menge in einer kürzeren Zeiteinheit (meist pro Stunde) ankommt –, werden im Rahmen von sog. Budgetansätzen über sehr lange

Zeiträume summierte Gesamtmengen (Höchstmengen) festgesetzt. Von daher ist klärungsbedürftig, ob budgetartige Festlegungen begrifflich überhaupt von Art. 9 der IE-RL mit erfasst sind.

Der Terminus „Emissionsgrenzwert“ wird in Art. 3 Nr. 5 der IE-RL definiert als:

> „die im Verhältnis zu bestimmten spezifischen Parametern ausgedrückte Masse, die Konzentration und/oder das Niveau einer Emission, die in einem oder mehreren Zeiträumen nicht überschritten werden dürfen“.

Der Wortlaut der Definitionsvorschrift legt als solcher nahe, auch budgetartige Festlegungen als „Grenzwerte“ anzusehen, sofern sie auf bestimmte Zeiträume (z.B. ein Jahr) bezogen sind. Dieses Verständnis ist aber keineswegs zwingend. Untersucht man den weiteren Kontext der Bestimmungen, so kann nicht übersehen werden, dass es eine mit Jahres-Budgets oder Rest-Emissionsmengen vergleichbare Grenzwertkategorie in der IE-RL an keiner Stelle gibt. Namentlich der für EU-weite Grenzwerte zur Luftreinhaltung bei Großfeuerungsanlagen maßgebende Art. 30 IE-RL und die von diesem in Bezug genommenen konkretisierenden Bestimmungen in Anhang V der IE-RL kennen eine solche Grenzwertkategorie nicht. Diese entsprechen vielmehr durchweg dem „klassischen“ Typ des Emissionsgrenzwerts.

Die Festlegung von budgetartigen Mengenbegrenzungen wäre auch mit dem konzeptionellen Grundansatz der IE-RL nicht zu vereinbaren, nach dem sich die anlagenbezogenen Anforderungen zur Emissionsbegrenzung an den „besten verfügbaren Techniken“ (BVT) auszurichten haben (vgl. insb. die Art. 11, 14, 15 sowie die Definitionen von Art. 3 Nr. 10 bis 13 der IE-RL, ferner unter den Erwägungsgründen insb. Nr. 12 der IE-RL). Im deutschen Recht verwendet man insoweit – nicht ganz deckungsgleich beschrieben[266] – den Begriff „Stand der Technik“ (vgl. § 3 Abs. 6 BImSchG). Die Einhaltung der „besten verfügbaren Techniken“ stand schon in der IVU-RL im Mittelpunkt der anlagenbezogenen Anforderungen (vgl. insb. Art. 3 sowie Erwägungsgrund 17 der IVU-RL). Sie kann EU-rechtlich als Schlüsselkategorie des Anlagenzulassungsrechts begriffen werden. Die IE-RL führt diesen Ansatz weiter. Sie verfeinert das Anforderungssystem zu den „besten verfügbaren Techniken“ und hebt es auf eine höhere Verbindlichkeitsstufe.[267]

Der Sache nach geht es bei den „besten verfügbaren Techniken“ stets und ausschließlich um die Setzung von *technischen Mindeststandards*, die im Betrieb der Anlage zu erfüllen sind – und die typischerweise in „klassischen“ Emissionsgrenzwerten ausgedrückt werden. In budgetartigen Mengenbegrenzungen kann demgegenüber kein bestimmter technischer Anforderungsstandard zum Ausdruck gebracht werden. Denn sie sind schlicht nicht technischer Art. Ihr Regelungsgegenstand ist nicht die Anlagentechnik, sondern die Erfüllung eines von außen gesetzten umweltpolitischen Ziels.

Wenn der Richtliniengeber in Art. 9 IE-RL von untersagten Grenzwerten „in der Genehmigung“ spricht, hat er notwendigerweise Grenzwerte vor Augen, die ihrer Art nach zu einer anlagentechnischen Genehmigung passen, wie sie in der Richtlinie angelegt sind. Auf die Anlagentechnik bezogen soll es demnach keine Emissionsgrenzwerte für Treibhausgase geben dürfen. Ob der nationale Gesetzgeber andersartig Einfluss auf den Anlagenbetrieb mit seinen Emissionen

---

[266] Differenzierend Jarass, Das neue Recht der Industrieanlagen, NVwZ 2013, 169/170 f.

[267] Vgl. Braunewell, UPR 2011, 250/250 f.; Jarass, NVwZ 2013, 169/170 f.; Röckinghausen, UPR 2012, 161/163 ff.

an Treibhausgasen nimmt, gehört nicht zu den Regelungsgegenständen des Art. 9 IE-RL. Aus diesem Blickwinkel erschließt sich auch Erwägungsgrund 10 der IE-RL, der den Mitgliedstaaten ausdrücklich einen Freiraum geben will, anderweitige „Vorschriften über Treibhausgase“ zu erlassen.

Aus dem Regelungskontext der IE-RL heraus spricht daher mehr dafür, das in der Anpassungsklausel des Art. 9 IE-RL ausgesprochene Verbot der Festsetzung von CO_2-Grenzwerten auf nationaler Ebene so zu verstehen, dass dieses von der Regelungsart her allein auf Festlegungen technischer Mindeststandards für Emissionsbegrenzungen bezogen sein soll. So verstanden, lässt sich aus dem Wortlaut von Art. 9 IE-RL nicht darauf schließen, dass budgetartige Mengenbegrenzungen für Treibhausgasemissionen durch die Anpassungsklausel ausgeschlossen sein könnten.

4.1.2 Befugnis zu CO_2-Grenzwerten aus der Schutzverstärkungsklausel?

Gemäß Art. 193 AEUV hindern EU-Regelungen, die auf die Umweltschutzkompetenzen aus Art. 192 AEUV gestützt sind, die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran, „verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen“.

Art. 193 AEUV wurde ohne Änderung des Inhalts aus dem früheren Art. 176 EGV übernommen, dessen Wortlaut sich auf die Kompetenzen aus Art. 175 EGV bezog. Seit dem Inkrafttreten des AEUV wird insoweit einheitlich Art. 193 AEUV zur Anwendung gebracht und danach gefragt, ob die jeweilige Bezugsnorm nach heutigem Recht auf Art. 192 AEUV zu stützen wäre.[268] Bei Anwendung des Art. 176 EGV ergäbe sich aber kein Unterschied.

Möglicherweise lässt sich aus Art. 193 AEUV (bzw. aus Art. 176 EGV) ableiten, dass die Mitgliedstaaten entgegen dem Wortlaut der ETS- und der IE-Richtlinie dazu befugt sind, auf nationaler Ebene auch innerhalb des Anwendungsbereichs des Emissionshandels CO_2-Grenzwerte für die erfassten Kraftwerke aufzustellen und gegenüber den Anlagenbetreibern im Wege nachträglicher Änderungen durchzusetzen.[269]

Die Problemlage spricht sehr dafür, zusätzliche nationale Instrumente zu ergreifen, denn der Emissionshandel erfüllt die ihm an sich zugedachte Funktion alles andere als zufriedenstellend.[270] Rechtlich kann das als problematisch angesehen werden, weil der Emissionshandel damit ein Hindernis für die Verwirklichung des generellen Gebots aus Art. 192 AEUV zu einer vorsorgenden Umweltschutzpolitik darstellt – so dass das Vorsorgeprinzip geradezu „konterkariert“ würde, wenn den Mitgliedstaaten dadurch ein eigenständiges Handeln im Sinne des Vorsorgeprinzips untersagt würde.[271]

---

[268] Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 193 AEUV Rdnr. 6 m.w.N.

[269] Eingehend Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 15 ff.; Ziehm/Wegener, Zulässigkeit nationaler CO2-Grenzwerte (2013); Verheyen, Rechtliche Instrumente zur Verhinderung neuer Kohlekraftwerke (2013), S. 9 ff.; vorsichtiger Schäuble/Volkert u.a., CO_2-Emissionsgrenzwerte (IASS, 2014), S. 23 ff.

[270] In diesem Sinne Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 13 ff. Ähnlich Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 128.

[271] Eingehend Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 13 ff.

Eine Anreizwirkung zum Umstieg auf weniger klimaschädliche Energieträger löst der Emissionshandel wegen des entstandenen und auf absehbare Zeit nicht wesentlich geringer werdenden Zertifikateüberschusses nicht aus. Ihm fehlen geeignete Mechanismen, um den Überschuss bis 2020 wirksam abzubauen. Das Ende 2013 beschlossene Backloading in einer Menge von bis zu 900 Millionen Zertifikaten[272] reicht dazu nicht aus, zumal die Zertifikate nicht dauerhaft vom Markt genommen werden.[273] Die für den Zeitraum nach 2020 politisch in der Diskussion befindliche „Marktreserve" mag eine gewisse Entspannung bringen können. Ob sie tatsächlich beschlossen wird, ist aber nicht gesichert. Außerdem müsste die EU sich schon frühzeitig zu wesentlich strengeren Zielgrößen für das Cap entscheiden, um rechtzeitig die nötigen Investitionssignale auslösen zu können. Es kann deshalb bezweifelt werden, ob mit dem Emissionshandel in seiner gegenwärtigen Gestalt dem in Art. 191 AEUV verankerten Vorsorgeprinzip Genüge getan werden kann.[274]

Für eine Anwendbarkeit der Schutzverstärkungsklausel lässt sich aus dem Kontext der Emissionshandelsbestimmungen selbst auf den bereits zitierten Erwägungsgrund 10 der IE-RL verweisen. Dieser spricht unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 193 AEUV davon, dass es den Mitgliedstaaten gestattet sei, „verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen". Als Beispiele nennt er explizit „Vorschriften für die Treibhausgasemission", welche lediglich mit dem AEUV vereinbar sein und bei der EU-Kommission notifiziert (d.h. zur Kenntnis gegeben) werden müssen.[275]

Da die betreffende Formulierung nur einem Erwägungsgrund entstammt und keiner eigentlichen Regelung der Richtlinie, wird man aus ihr allerdings keine selbst tragende Gestattungswirkung herleiten können. Entscheidend bleibt, ob Art. 193 AEUV seinerseits einen entsprechenden Freiraum hergibt. Hierauf bezogen kann dem zehnten Erwägungsgrund eine klarstellende Funktion zukommen. Darüber hinaus kann ihm ein bei der Auslegung der IE-RL zu berücksichtigendes Motiv des Gesetzgebers entnommen werden.

Die Anwendbarkeit der Schutzverstärkungsklausel könnte unter dem Aspekt in Frage gestellt werden, dass CO_2-Grenzwerte effektiv keine „Verstärkung" des Emissionshandels darstellen könnten, da sich durch sie nur der Zertifikatebedarf mindern würde, die durch das Cap gesetzte Obergrenze für die Emissionen aber erhalten bleibe, so dass real nur günstigere Marktbedingungen für andere dem Emissionshandel unterliegenden Anlagen entstünden.[276] Dieser Einwand ist nicht ganz von der Hand zu weisen, bleibt jedoch zu vordergründig. Das Cap des Emissionshandels dient nur als ein Etappenziel im Hinblick auf das hinter ihm stehende und in der Sache entscheidende längerfristige Klimaschutzziel. Durch Investitionen, die heute getätigt

---

[272] Beschl. Nr. 1359/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 zur Änderung der RL 2003/87/EG zur Klarstellung der Bestimmungen über den zeitlichen Ablauf von Versteigerungen von Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. EU Nr. L 343, 1.

[273] Neuhoff/Schopp, DIW-Wochenbericht 11/2013, 3 ff.

[274] In der Sache überzeugend Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 13. Ein eigenständiges rechtliches Argument dürfte daraus jedoch nicht herleitbar sein.

[275] Vgl. Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 17.

[276] In diese Richtung Schäuble/Volkert u.a. (IASS), CO_2-Emissionsgrenzwerte für Kraftwerke, 2014, S. 24 f.

oder unterlassen werden, werden für die weitere Entwicklung der Emissionsminderung günstige oder ungünstige Bedingungen geschaffen (sog. Pfadabhängigkeiten). Instrumente, die heute der Entstehung von ungünstigen Pfadabhängigkeiten entgegenwirken, erleichtern es der Klimaschutzpolitik, auf den nachfolgenden Stufen strengere Zwischenziele (im Emissionshandel ausgedrückt durch Caps) festzulegen und dadurch weitergehende Reduktionsziele zu erreichen. Von daher kommt ihnen der Sache nach durchaus eine verstärkende Wirkung zu, auch wenn in der aktuellen Zuteilungsperiode noch keine unmittelbaren Erfolge sichtbar werden sollten.

Rechtsdogmatisch lässt sich gegen die Annahme einer „Schutzverstärkung" eher damit argumentieren, dass bei ordnungsrechtlichen CO_2-Grenzwerten nicht mit einem intensiver wirkenden, sondern mit einem von der Funktionsweise her andersartigem Rechtsinstrument operiert würde. Ein wesentlicher Teil der Rechtslehre versteht die Schutzverstärkungsklausel nämlich in enger Weise dahin, dass nur quantitative, die Intensität vorhandener EU-Regelungen verstärkende nationale Maßnahmen zulässig seien.[277] Die wenigen bisherigen Entscheidungen des EuGH zur Schutzverstärkungsklausel bringen insoweit keine Klarheit.[278]

Der engen Herangehensweise an die Klausel kann entgegengehalten werden, dass der Begriff „Schutzmaßnahmen" keine Bindung an ein bestimmtes Regelungsmuster erkennen lässt.[279] Dem hinter der Klausel stehenden umweltpolitischen Optimierungszweck dürfte mit einer allzu engen Auslegung nicht gedient sein, auch wenn das Gebot der einheitlichen Rechtsanwendung gewisse Grenzen setzt.[280] Ob die Klausel aber auch systematisch andersartig wirkende Instrumente – um die es hier geht – positiv erfasst, kann auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung nicht klar bejaht werden.[281]

Nach hier vertretener Auffassung kann insofern dem 10. Erwägungsgrund der IE-RL die entscheidende Rolle für die Auslegung in diesem speziellen Fall zukommen. Ihm lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber der IE-RL – auch mit ihrem neu gefassten Artikel 9 – *keine* Sperrwirkung für andersartige nationale Instrumente der Klimaschutzpolitik für die erfassten Anlagen auszulösen *beabsichtigt* hat. Denn in dem Erwägungsgrund heißt es, dass die Mitgliedstaaten durch die IE-RL nicht daran gehindert werden sollen, „zum Beispiel Vorschriften für die Treibhausgasemissionen" zu erlassen und insoweit von Art. 193 AEUV Gebrauch zu machen. Für dieses Verständnis spricht auch der Zusammenhang mit dem vorangehenden 9. Erwägungsgrund, aus dem sich ergibt, dass auf die Festsetzung von Grenzwerten für Treibhausgase für vom ETS erfasste Anlagen verzichtet wurde – dies aber nicht, weil sich Emissionsgrenzwerte für Treibhausgase mit dem System des Emissionshandels generell nicht vertragen würden, sondern schlicht, um „Doppelregelungen zu vermeiden". Es liegt nicht nahe,

---

[277] So z.B. Breier, in: Lenz/Borchardt, Art. 193 AEUV Rdnr. 3 f.; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 176 EGV Rdnr. 13.

[278] Vgl. EuGH, Rs. C-318/98, Slg. 2000, I-4485, Rn. 46 ff.; EuGH, Rs. C-6/03, Slg. 2005, I-2753, Rn. 41, 49 und 61.

[279] Überzeugend Kahl, in: Streinz, Art. 193 AEUV Rdnr. 19 m.w.N.; ähnlich Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 16 f.

[280] In diesem Sinne Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 193 AEUV, Rdnr. 9.

[281] Skeptisch Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 193 AEUV, Rdnr. 9; bejahend Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 17.

Art. 193 AEUV enger zu verstehen, als es der EU-Gesetzgeber mit der jeweiligen Richtlinie selbst intendiert hat. Daher dürfte die Schutzverstärkungsklausel im vorliegenden Kontext durchaus in Anspruch genommen werden können.[282]

Die EU-Kommission hat sich zu der hier erörterten Problematik bisher nicht geäußert, obwohl dazu insoweit Anlass bestanden hätte, da Großbritannien zwischenzeitlich eine Art CO_2-Grenzwert eingeführt hat.[283] Rechtlich mag daraus keine belastbare Folgerung hergeleitet werden können, politisch könnte es aber als Zeichen dafür gewertet werden, dass die EU-Kommission an diesem Punkt keinen Konflikt mit den Mitgliedstaaten eingehen möchte, bei dem sie sich als Bremser des Klimaschutzes hervortun müsste, ohne argumentieren zu können, dass der Emissionshandel eigene nationale Bemühungen der Sache nach überflüssig machen würde.[284]

Gleichwohl bleibt aus juristischer Sicht insgesamt zu konstatieren, dass die Rechtslage im Hinblick auf die Festsetzung nationaler CO_2-Emissionsgrenzwerte im Sinne von technischen Mindestanforderungen an die einzelnen Anlagen als vergleichsweise unsicher bewertet werden muss,[285] weil der Wortlaut von Art. 9 der IE-RL der Aufstellung nationaler CO_2-Grenzwerte entgegensteht.

Entsprechendes gilt vom Ansatz her auch für budgetartige Mengenbegrenzungen. Insoweit ist der Wortlaut von Art. 9 IE-RL allerdings weniger eindeutig, weil er auch dahin verstanden werden kann, dass allein Grenzwertfestsetzungen im Sinne der Vorgabe technischer Mindeststandards untersagt sein sollen, nicht jedoch budgetartige Festlegungen – wofür nach hiesiger Ansicht Überwiegendes spricht (siehe oben, 4.1.1).

4.1.3 Unvereinbarkeit weitergehender Instrumente mit dem Emissionshandel?

Ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes weitergehendes Verbot, Energieeffizienzanforderungen aufzustellen, die zulässigen Brennstoffarten festzulegen oder budgetartige Mengenbegrenzungen für CO_2-Emissionen vorzugeben, lässt sich der ETS-RL und der IE-RL ihrem Wortlaut nach nicht entnehmen. Anders würde sich die Rechtslage darstellen, wenn die Richtlinien über ihren Wortlaut hinaus nach ihrem Sinn und Zweck darauf gerichtet sein sollten, mit dem Emissionshandel ein in jeder Hinsicht abschließendes Klimaschutzinstrument für die von ihr erfassten Anlagen aufzubauen.

Eine solche Einschätzung schimmert in Beiträgen zur allgemeinen politischen Diskussion gelegentlich durch. In den maßgebenden EU-Rechtsvorschriften und den einschlägigen Materialien der legislativen Verfahren gibt es darauf zwar Hinweise darauf, dass der Emissionshandel

---

[282] Ähnlich Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 17 f.; Verheyen, Rechtliche Instrumente (2013), S. 10.

[283] Vgl. Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 122 ff.

[284] In diese Richtung Oei/Kemfert u.a., Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen (DIW 2014), S. 129 f.

[285] Optimistischer Ziehm, Neue rechtliche Vorgaben (2014), S. 15 ff.; Verheyen, Rechtliche Instrumente (2013), S. 9 ff.

seiner Funktion nach an sich als übergeordnetes Instrument gedacht war.[286] Es war aber von Beginn an auch eine Ausnahme im Hinblick auf Energieeffizienzanforderungen in der Anlagengenehmigung vorgesehen, obwohl dadurch mit einem andersartigen Instrument in den Emissionshandel hineingewirkt wird.[287] Die EU erwog zu keinem Zeitpunkt, ihre Klimaschutzpolitik auf das einzige Instrument Emissionshandel zu reduzieren. Im Gegenteil: Sie baute insbesondere hinsichtlich der Energieeffizienz von Produkten ihr Instrumentarium massiv aus, ebenso entschloss sie sich zu einer sehr viel intensiveren Förderung von erneuerbaren Energien – obwohl die Erfolge auf diesen Gebieten dazu führen, dass der Zertifikatebedarf im Emissionshandel abnimmt und dadurch die Funktionsweise des Emissionshandels stark beeinflusst wird.

Dementsprechend enthielt die ETS-RL von Beginn an noch einen weiteren Erwägungsgrund, der den ETS zurückhaltend als Bestandteil einer umfassenden Klimaschutzpolitik einordnet und zumindest andeutet, dass den Mitgliedstaaten Freiräume für andere auf den Anwendungsbereich des ETS einwirkende Maßnahmen verbleiben können:

> „(23) Der Emissionszertifikatehandel sollte Teil eines umfassenden und kohärenten Politik- und Maßnahmenpakets sein, das auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durchgeführt wird. Unbeschadet der Anwendung der Artikel 87 und 88 des Vertrags können die Mitgliedstaaten bei Tätigkeiten, die unter das Gemeinschaftssystem fallen, die Auswirkungen von ordnungs- und steuerpolitischen sowie sonstigen Maßnahmen prüfen, die auf die gleichen Ziele gerichtet sind. Bei der Überprüfung der Richtlinie sollte berücksichtigt werden, in welchem Umfang diese Ziele erreicht wurden."

Vor diesem Hintergrund ist es nicht plausibel anzunehmen, dass der ETS-RL und der IE-RL eine über ihren Wortlaut hinausgehende Begrenzungsfunktion für nationale Klimaschutzinstrumente zukommen soll, aus der sich ableiten ließe, dass es auf nationaler Ebene nicht gestattet wäre, Energieeffizienzanforderungen für Kraftwerke aufzustellen oder selbst zu regeln, welche Energiequellen für die Stromversorgung eingesetzt werden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Minderung von Treibhausgasen durch die Bestimmung des Emissionshandels-Caps im Anwendungsbereich der ETS-RL eine absolute Obergrenze gesetzt wird, die durch andere Instrumente nicht verschoben werden kann.[288] Führen anderweitige Instrumente wie das deutsche EEG oder die EU-Vorschriften über die Energieeffizienz von Produkten nach der Ökodesign-Richtlinie zu einer Minderung des Bedarfs an fossil erzeugter Elektrizität und dadurch auch zu einer Senkung des Zertifikatebedarfs, so bewirkt dies nicht die Anpassung des ETS-Caps – mit der Folge, dass sich im Emissionshandel die Zertifikatepreise nach unten bewegen und der Marktdruck auf Maßnahmen zur Emissionsminderung abnimmt. Es ergibt sich daraus ein „Verschluckeffekt": Der Emissionshandel verschluckt die Klimaschutzerfolge anderer Instrumente. Und: Die durch nationale Maßnahmen zusätzlich erreichten CO_2-Einsparungen führen zu einer Steigerung von CO_2-Emissionen in anderen Ländern[289] – was der Sachverständigenrat für Umweltfragen als „Wasserbetteffekt"[290]

---

[286] Vgl. insb. die Erwägungen im ersten Richtlinienvorschlag der Kommission, Drs. KOM(2001) 581 endgültig sowie das vorangegangene Grünbuch, Drs. KOM(2000) 87 endgültig, S. 23 ff.

[287] Vgl. Drs. KOM(2001) 581 endgültig, S. 9 f.

[288] Kritisch zum Ganzen Rogall, 100%-Versorgung mit erneuerbaren Energien (2014), Kap. 7.5.

[289] Schäuble/Volkert u.a., CO_2-Emissionsgrenzwerte (IASS, 2014), S. 25.

[290] SRU, Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung (2011), Tz. 453.

bezeichnet. Faktisch kommt dem Emissionshandels-Cap dadurch nicht nur eine die Emissionen nach oben begrenzende Aufgabe zu, sondern auch die der Setzung einer Untergrenze für die erreichbare Emissionsminderung. Effektiv kann sich der Emissionshandel dadurch zu einer „Klimaschutzbremse“ entwickeln, weil seine Wirkungsweise dazu führen kann, dass die Dynamik des Klimaschutzes gebremst wird – wie es in den letzten Jahren jedenfalls in Deutschland tatsächlich zu beobachten war.

Aus der Wechselwirkung des ETS mit anderen Instrumenten kann zwar geschlossen werden, dass der ETS in seiner gegenwärtigen Gestalt unzulänglich ist, weil er insbesondere die Dynamik bei den EE nicht angemessen aufnimmt. Gleichwohl müssen die Wechselwirkungen als solche nicht als Systemfehler betrachtet werden. Denn es ergibt durchaus auch für den ETS selbst Sinn, das Erreichen der Cap-Ziele dadurch zu erleichtern, dass ergänzend andere Instrumente eingesetzt werden, die (auch) den Bedarf an Emissionszertifikaten mindern. Problematisch ist das nur dann, wenn für den Fall sehr ausgeprägter Senkungen des Zertifikatebedarfs keine wirksamen Mechanismen zur Anpassung des Caps vorhanden sind – wie es leider für den realen ETS konstatiert werden muss.

Dass der ETS nicht als „lupenrein“ alleinstehendes Instrument konzipiert ist, welches andere Rechtsinstrumente mit im Resultat ähnlicher oder sich überschneidender Zielrichtung ausschlösse, lässt sich im Übrigen auch daran erkennen, dass den Mitgliedstaaten explizit offen gehalten wurde zu entscheiden, ob sie für ETS-Anlagen nationale Energieeffizienzanforderungen bei der Anlagengenehmigung aufstellen oder nicht. Wäre der ETS als für die Reduzierung der CO_2-Emissionen aus von ihm erfassten Anlagen allein maßgebendes Steuerungsinstrument konstruiert worden, so hätte es diese „Ausnahme“ für ein anderes Instrument nicht geben dürfen. Indem der Richtliniengeber dieses in die Funktionsweise des Emissionshandels „quer“ eingreifende Zusatzinstrument gestattet, signalisiert er, dass er dem Emissionshandel nicht die alleinige Steuerungsfunktion für den Klimaschutz bei den erfassten Anlagen zuschreiben will.

4.1.4 Unzulässigkeit nationaler Regelungen zum Kohleausstieg?

Weder aus dem Text der beiden hier geprüften Richtlinien noch aus ihrem Sinn und Zweck lässt sich darauf schließen, dass es den Mitgliedstaaten versagt wäre, eine Art Kohleausstiegsplan über Instrumente wie die Festlegung individueller Abschaltdaten, die Vorgabe von Restlaufzeiten oder Restmengen an Strom bzw. CO_2 sowie die Kontingentierung und schrittweise Senkung von Restrommengen aus Kohlekraftwerken zu realisieren.

Ein Verbot derartiger Regelungen auf nationaler Ebene durch die ETS-RL oder die IE-RL würde seinerseits sogar mit den Bestimmungen des AEUV kollidieren. Denn Art. 192 Abs. 2 Buchstabe c) Satz 1 des AEUV bestimmt:

> „Abweichend von dem Beschlussverfahren des Absatzes 1 und unbeschadet des Artikels 114 erlässt der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Europäischen Parlaments, des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen einstimmig
>
> a) Vorschriften überwiegend steuerlicher Art;
>
> b) Maßnahmen, die […];
>
> c) Maßnahmen, welche die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren.“

Die Vorgängerregelung des Art. 175 EGV hatte (abgesehen von den jeweils in Bezug genommenen Normen) den identischen Wortlaut.

Die auf Art. 175 Abs. 1 EGV bzw. auf Art. 192 Abs. 1 AEUV gestützten Vorschriften der ETS-RL und der IE-RL, die dem regulären Gesetzgebungsverfahren entsprechend mit Mehrheitsbeschluss im Rat und im Parlament[291] ergangen sind, konnten und durften daher gar keine Regelungen treffen, „welche die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren". Anderenfalls läge eine Kompetenzüberschreitung vor, mithin ein im Verfahren vor der EU-Gerichtbarkeit zwingend zur Nichtigkeit führender Primärrechtsverstoß.

Vorschriften des EU-Sekundärrechts müssen, sofern der Wortlaut der strittigen sekundärrechtlichen Vorschriften hierfür Spielräume hergibt, primärrechtskonform ausgelegt werden.[292] Das bedeutet, dass diejenige Auslegung vorzuziehen ist, die zu einer mit den Primärrechtvorgaben übereinstimmenden Lösung führt.[293] Die ETS-RL und die IE-RL *können* hier so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen Art. 192 Abs. 2 c) AEUV (bzw. Art. 175 Abs. 2 c) EGV) vermieden wird – also *müssen* sie auch so ausgelegt werden.

Ein gegenüber den Mitgliedstaaten ausgesprochenes Verbot, die Verwendung von Kohle als Energiequelle für das Stromversorgungssystem auszuschließen, wäre mit Art. 192 Abs. 2 c) AEUV nicht zu vereinbaren. Denn *erstens* handelte es sich bei der mitgliedstaatlichen Regelung um eine Entscheidung über die Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und *zweitens* würde das von der Richtlinie ausgesprochene Verbot dazu führen, Deutschland die zielgerichtete Transformation zu einer in erster Linie auf EE basierenden Stromversorgung zu untersagen – was nicht nur einen erheblichen Einfluss auf die Struktur der nationalen Energieversorgung hätte, sondern darauf hinauslaufen würde, dass die EU Deutschland das Anstreben einer bestimmten Struktur der Energieversorgung untersagen würde.

Angesichts dieser ggf. massiven Einflussnahme auf die Struktur des deutschen Energieversorgungssystems kann hier die strittige Frage dahinstehen, ob eine Verletzung des Art. 192 Abs. 2 c) AEUV bereits vorliegt, wenn nur eines der beiden Tatbestandsmerkmale (einerseits Wahl der Energiequelle, andererseits erhebliche Beeinflussung der Strukturen der nationalen Energieversorgung) erfüllt ist – oder ob beide kumulativ vorliegen müssen.[294] Hier wären ohnehin beide Tatbestandsmerkmale gegeben.

Bei alledem ist es gleichgültig, welche konkreten Motive der nationale Gesetzgeber bei seinen energiepolitischen Systementscheidungen verfolgt. Der Umstand, dass für den nationalen Kohleausstieg eine im Grundsatz mit der ETS-RL übereinstimmende Zielsetzung des Klimaschutzes vorliegt, ändert nichts daran, dass die EU ihre Kompetenzen überschreiten würde, wenn

---

[291] Im früheren EGV als „Mitentscheidungsverfahren" bezeichnet (Art. 251 EGV).

[292] EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419; EuGH, Rs. C-314/89, Slg. 1991, I-1647 Rn. 17: EuGH, Rs. C-98/91, Slg. 1994, I-248, Rn. 9.

[293] Vgl. Schroeder, in: Streinz, Art. 288 AEUV, Rdnr. 20 m.w.N.; ferner im Hinblick auf Art. 11 AEUV Kahl, in: Streinz. Art. 11 AEUV Rdnr. 30; Breier, in: Lenz/Borchardt, Art. 11 AEUV Rdnr. 15.

[294] Die (deutsche) herrschende Meinung nimmt an, dass beide Merkmale kumulativ erfüllt sein müssen. Vgl. Breier, in/Lenz/Borchardt, Art. 192 AEUV Rdnr. 12; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 175 EGV Rdnr. 79; in diese Richtung auch Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 192 AEUV Rdnr. 32; kritisch dazu Kahl, in: Streinz, Art. 192 AEUV Rdnr. 33.

sie es den Mitgliedstaaten untersagen würde, gezielt auf einen Systemausstieg aus der Kohle hinzuarbeiten (worauf der Emissionshandel in seiner jetzigen Gestalt nicht gerichtet ist).

Ergänzt sei, dass sich auch dann keine andere Beurteilung ergäbe, wenn die betreffenden EU-Richtlinien unter Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz aus Art. 194 AEUV zur Energiepolitik ergangen wäre oder ergehen würde. Denn die kompetenzbeschränkende Klausel des Art. 192 Abs. 2 c) AEUV wurde – unter Hinzufügung eines weiteren Tatbestandsmerkmals im Hinblick auf die Nutzung nationaler Energieressourcen – auch in Art. 194 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV übernommen.

Im Resultat kann daher geschlossen werden, dass der ETS-RL und der IE-RL kein Verbot der Mitgliedstaaten entnommen werden kann, einen gezielten Transformationsprozess zu einem in erster Linie auf EE basierenden und zugleich auf Kohle (oder auch auf Braunkohle) verzichtenden Stromversorgungssystem einzuleiten und durch geeignete Rechtsinstrumente zu gestalten. Diese Entscheidung bleibt nach Art. 192 und Art. 194 AEUV eine Angelegenheit der Mitgliedstaaten, solange die EU dazu nicht in dem vorgesehenen Verfahren einstimmig abgesicherte gemeinsame EU-weite Regelungen treffen sollte.

Etwas unsicherer stellt sich die EU-rechtliche Ausgangssituation in dieser Hinsicht allerdings für die Variante der Restemissionsmengen an CO_2 dar. Zwar kann insoweit gut argumentiert werden, dass die Emissionsmengen nur einen Bemessungsmaßstab für die Umsetzung der in ihrem Kern energiepolitischen Strukturentscheidung darstellten, der zudem auf andere Weise als ein starrer CO_2-Grenzwert wirke. Dennoch birgt diese Variante ein unnötiges zusätzliches Risiko, weil in ihr weniger gut deutlich wird, dass es dem Gesetzgeber um eine grundlegende energiepolitische Strukturveränderung geht.

4.1.5 Unzulässigkeit finanziell wirkender Instrumente?

Für Instrumente steuerlicher Art gelten im Ergebnis die gleichen Überlegungen wie im Hinblick auf nationale Entscheidungen zur Struktur der Energieversorgung. In diesem Falle steht Art. 192 Abs. 2 Satz 1 Buchstabe a) AEUV dagegen, die ETS-RL und/oder die IE-RL dahin zu verstehen, dass sie eigenständige Instrumente steuerlicher Art auf nationaler Ebene untersagen würden. Mit Blick auf diese Vorschrift müssen die ETS-RL und die IE-RL vielmehr im Wege primärrechtskonformer Auslegung dahin verstanden werden, die Freiräume der Mitgliedstaaten zur Ergreifung eigenständiger Maßnahmen steuerlicher Art auf dem Gebiet des Klimaschutzes nicht zu beschränken.

Sollte es sich dabei um finanziell wirksame Instrumente handeln, die nach deutschem Verfassungsrecht ihrerseits nicht steuerlicher Art sind, gilt das zwar unmittelbar nicht ebenfalls. Soweit sich diese jedoch als Instrumente zur Transformation des Stromsystems darstellen, kommt jedoch wiederum die Kompetenzbeschränkung aus Art. 192 Abs. 2 c) AEUV zum Tragen. Aber auch im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass sich aus der ETS-RL und die IE-RL keine ernstlichen Hindernisse gegenüber derartigen Instrumenten ergeben würden.

4.2 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL

Auch aus der im Rahmen des 3. Elektrizitätsbinnenmarktpakets 2009 verabschiedeten Richtlinie 2009/72/EG[295] über den über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG[296] – im Folgenden: Elt-RL – lassen sich keine Hindernisse für die Ergreifung der hier diskutierten Kohleausstiegsinstrumente herleiten. Im Gegenteil: Die Richtlinie bestätigt erneut und explizit, dass es den Mitgliedstaaten obliegt und unbenommen bleibt, selbst darüber zu entscheiden, welche Energieträger für die Stromversorgung eingesetzt werden sollen. Hierbei können ihre Entscheidungen auch und insbesondere durch Erwägungen der Umweltschutzpolitik – einschließlich der Klimaschutzpolitik – getragen sein.[297]

Art. 7 der Richtlinie 2009/72/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, im Rahmen von Genehmigungsverfahren für neue Erzeugungsanlagen energiewirtschaftliche Anforderungen vorzugeben. Sie bringt dabei klar zum Ausdruck, dass dabei auch Festlegungen über die Wahl der Energiequellen und über Umweltschutzanforderungen getroffen werden können:

> „Artikel 7
>
> **Genehmigungsverfahren für neue Kapazitäten**
>
> (1) Für den Bau neuer Erzeugungsanlagen beschließen die Mitgliedstaaten ein Genehmigungsverfahren, das nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien anzuwenden ist.
>
> (2) Die Mitgliedstaaten legen die Kriterien für die Erteilung von Genehmigungen zum Bau von Erzeugungsanlagen in ihrem Hoheitsgebiet fest. Bei der Festlegung geeigneter Kriterien tragen die Mitgliedstaaten folgenden Aspekten Rechnung:
>
> a) Sicherheit und Sicherung des elektrischen Netzes der Anlagen und zugehörigen Ausrüstungen,
>
> b) Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der öffentlichen Sicherheit,
>
> c) Umweltschutz,
>
> d) Flächennutzung und Standortwahl,
>
> e) Gebrauch von öffentlichem Grund und Boden,
>
> f) Energieeffizienz,
>
> g) Art der Primärenergieträger,
>
> h) spezifische Merkmale des Antragstellers, wie technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
>
> i) Einhaltung der nach Artikel 3 getroffenen Maßnahmen,
>
> j) Beitrag der Erzeugungskapazitäten zum Erreichen des in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen genannten gemeinschaftlichen Ziels, bis 2020 mindestens 20 % des Bruttoendenergieverbrauchs der Gemeinschaft durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken, und

---

[295] ABl. EU Nr. L 211, 55.

[296] ABl. EU Nr. L 176, 37.

[297] Siehe – auch zum Folgenden – bereits Klinski, ER 2012, 47/49 ff.

k) Beitrag von Erzeugungskapazitäten zur Verringerung der Emissionen."

Die Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 und 2 Elt-RL, die bis März 2011 umzusetzen waren, wurden durch den deutschen Gesetzgeber im Rahmen der EnWG-Novelle 2011 zur Energiewende nicht weiter beachtet.[298] In den Gesetzgebungsunterlagen finden sich keine Hinweise auf die Vorschrift.[299] Offenbar wurde stillschweigend angenommen, das deutsche Recht werde der Richtlinienbestimmung bereits gerecht. Bereits bei der EnWG-Novelle des Jahres 2005 hatte der deutsche Gesetzgeber darauf verzichtet, sich im Detail mit den betreffenden, etwas offener gestalteten Vorgaben der (damaligen) Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 2003/54/EG[300] zu befassen. Im Gesetzentwurf zum ENWG 2005[301] hieß es – inhaltlich nicht nachvollziehbar[302] –, mit den Bestimmungen des (damals neuen) § 53 EnWG zur Ausschreibung neuer Kapazitäten würden auch die betreffenden Vorgaben zum Genehmigungsrecht umgesetzt.

Wie Art. 7 Abs. 1 der Elt-RL deutlich macht, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein Genehmigungsverfahren für den Bau neuer Erzeugungsanlagen zu „beschließen". Dabei steht es ihnen nach Absatz 2 Satz 1 der Vorschrift grundsätzlich frei, geeignete Kriterien für die Erteilung der Genehmigung festzulegen. Allerdings müssen sie dabei den in Absatz 2 Satz 2 genannten Aspekten Rechnung tragen. Das bedeutet: Ihnen steht grundsätzlich ein Gestaltungs- und Ermessensspielraum für die Entscheidung darüber zu, welche Genehmigungskriterien (Genehmigungsanforderungen) sie in ihren nationalen Rechtsvorschriften aufstellen.[303] Dabei müssen sie jedoch den in Absatz 2 Satz 2 aufgeführten Aspekten „Rechnung tragen", diese also in ihre Überlegungen zur Entscheidung über die Kriterien einbeziehen. Sie können sich entscheiden, den einen oder anderen Aspekt in den Vordergrund zu stellen oder zu vernachlässigen. Sie müssen sich aber bewusst (begründet) dazu verhalten, wie mit den einzelnen genannten Aspekten umgegangen wird.

Mit dem System der bisher existierenden deutschen Rechtsvorschriften des Anlagenzulassungsrechts sowie des vorgelagerten Bauplanungs- und Raumordnungsrechts wird ein großer Teil der zu berücksichtigenden Aspekte abgearbeitet. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung bietet angesichts ihrer Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) und ihren damit korrespondierenden, auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften umfassenden Genehmigungsvoraussetzungen (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) ein geeignetes Korsett dafür. Die Gesamtheit der Anforderungen wird jedoch bislang nicht abgebildet. Namentlich gehören Aspekte der Versorgungs- und Netzsicherheit, der Art der Primärenergieträger, der Leistungsfähigkeit der Anlagenbetreiber, des Beitrags zu den EE-Ausbauzielen und zur Emissionsminderung (siehe Buchstaben a, g, h, j und k) nicht oder nur teilweise zum Prüfungsprogramm im Rahmen der Anlagengenehmigung.[304]

---

[298] Kritisch Klinski, ER 2012, 47/50 f.

[299] Vgl. BT-Drs. 17/6072 (Gesetzentwurf); BT-Drs. 17/6365 (Beschlussempfehlung).

[300] ABl. EG 2003 Nr. L 176, 37.

[301] BT-Drs. 15/3915, 68.

[302] Kritisch auch Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 53 Rdnr. 2.

[303] So auch Däuper/Voß, ZNER 2012, 119/121.

[304] Vgl. die umfassende Übersicht bei Jarass, BImSchG, § 6 Rdnr. 5 ff (zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) sowie 8 ff. (zu § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG).

Unabhängig von der weitergehenden Frage, ob das deutsche Recht diesem Konzept insgesamt gerecht wird, kann jedenfalls kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass die Richtlinie ausreichend Raum dafür lässt, im Rahmen des Genehmigungsrechts dem Klimaschutz, der Förderung der erneuerbaren Energien oder deren tatsächlicher Nutzung (auch) dadurch Rechnung zu tragen, dass der Einsatz bestimmter, besonders klimaschädlicher Primärenergieträger bei Neuanlagen ausgeschlossen wird oder geeignete Anforderungen an die flexible Regelbarkeit der Kraftwerke aufgestellt werden, um den Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien praktisch erreichbar zu machen und dadurch gleichzeitig die Versorgungssicherheit zu gewährleisten.[305]

4.3 Energiesteuer-RL

Die Richtlinie 2003/96/EG über die Besteuerung von Energieprodukten[306] (Energiesteuer-RL) verpflichtet die Mitgliedstaaten, für die verschiedenen Kraftstoffe und Heizstoffe bestimmte Mindestsätze der Besteuerung vorzusehen. In Deutschland wurde durch die Richtlinie der Erlass des Energiesteuergesetzes im Jahr 2005[307] veranlasst, welches an die Stelle des früheren Mineralölsteuergesetzes getreten ist. Inhaltlich neu war die Aufnahme der nach der Energiesteuer-Richtlinie gebotenen Besteuerung auch von Kohle, allerdings mit einem sehr niedrigen Steuersatz, wobei zugleich für die Verwendung von Kohle zur Stromerzeugung eine Befreiung ausgesprochen wurde (vgl. § 37 EnergieStG), wobei Entsprechendes auf Grundlage einer anderen Rechtskonstruktion im Ergebnis auch für die Verwendung von Erdgas zu Stromerzeugungszwecken gilt (§ 53 EnergieStG).

Im verfassungsrechtlichen Abschnitt über die Energiesteuer (siehe oben, 3.6.3.1) wurden die Vorgaben des deutschen EnergieStG näher erläutert und denkbare Veränderungen diskutiert. Dabei schälten sich drei mögliche (und sinnvolle) Änderungen des deutschen Energiesteuergesetzes von Verfassungs wegen als unbedenklich heraus:

- die Anhebung des Grundtarifs zur Kohlebesteuerung in Abhängigkeit vom Energiegehalt auf das Niveau von Erdgas (und Heizöl),
- die Differenzierung der Energiesteuersätze zwischen verschiedenen Arten von Kohle entsprechend ihrer Klimaschädlichkeit,
- eine (ggf. volle) Besteuerung von Kohle für die Verwendung zum Zwecke der Stromerzeugung einzuführen – im Gegenzug jedoch eine vollständige oder teilweise Befreiung von Erdgas vorzusehen,

Aus der Perspektive der Energiesteuer-RL stellt sich die erste der angesprochenen Änderungsmöglichkeiten als unproblematisch zulässig dar. Die Energiesteuer-RL schreibt den Mitglied-

[305] So bereits Klinski, ER 2012, 47/50 f.

[306] RL 2003/96/EG zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABl. EU 2003 Nr. L 283, 51.

[307] Energiesteuergesetz vom 15. Juli 2006 (BGBl. I S. 1534; 2008 I S. 660; 1007), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2014 (BGBl. I S. 1042).

staaten vor, für die von ihr erfassten Energiearten bestimmte Mindestsätze nicht zu unterschreiten (Art. 4 Abs. 1 Energiesteuer-RL). Der Richtlinie kann demgegenüber nicht entnommen werden, dass die Steuersätze nach oben begrenzt seien. Eine Anhebung des Satzes für Kohle auf das für Erdgas und Heizöl bei Verwendung zu Heizzwecken geltende Niveau würde mit dem in Anhang I Tabelle C der Energiesteuer-RL angelegten Mindestsatzsystem nicht nur zu vereinbaren sein, sondern deren Bewertungsmaßstäben erheblich besser gerecht werden als die jetzige Regelung in Deutschland. Denn für Kohle liegt der Steuertarif in der Größenordnung des dort festgelegten Mindestsatzes, für Heizöl sowie für zu Heizzwecken verwendetes Erdgas liegt er aber bei dem rund 4,6-fachen des Mindeststeuersatzes (wogegen auf Grund von Art. 3 Abs. 1 GG Bedenken zu erheben sind – siehe oben, 3.6.3.1).

Eine Differenzierung der Steuersätze nach ihrer Klimaschädlichkeit ist ebenfalls zulässig. Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Energiesteuer-RL können die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen „unter Steueraufsicht gestaffelte Steuersätze anwenden“. Das gilt nach dem ersten Anstrich der Vorschrift unter anderem, wenn „ein direkter Zusammenhang zwischen den gestaffelten Steuersätzen und der Qualität der Erzeugnisse“ besteht. Unter der „Qualität der Erzeugnisse“ ist nicht ausschließlich ihr Energiegehalt zu verstehen. Vielmehr kann es auch um andersartige Beschaffenheitsmerkmale gehen, die dem Produkt selbst anhaften. In diesem Sinne differenziert beispielsweise das deutsche EnergieStG bei Benzin, Diesel und Heizöl nach dem Schwefelgehalt – stellt hinsichtlich des Steuertarifs also auf den Schadstoffgehalt ab (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 4 sowie § 3 Abs. 1 Nr. 1 EnergieStG). Auf gleiche Weise könnte bei Kohle auch mit Bezug auf den für die entstehenden CO_2-Emissionen entscheidenden Kohlenstoffgehalt verfahren werden. Entsprechend wird z.B. auch in den Niederlanden und in Großbritannien verfahren (siehe oben, 3.6.3.1).

Auch die dritte und für die hier verfolgten Ziele wichtigste Änderungsoption, Kohle künftig auch bei der Verwendung für Stromerzeugungszwecke zu besteuern, begegnet im Ergebnis keinen Bedenken. Maßgebend ist insofern Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a) der Energiesteuer-RL:

> „(1) Über die allgemeinen Vorschriften für die steuerbefreite Verwendung steuerpflichtiger Erzeugnisse gemäß der Richtlinie 92/12/EWG hinaus und unbeschadet anderer Gemeinschaftsvorschriften befreien die Mitgliedstaaten unter den Voraussetzungen, die sie zur Sicherstellung der korrekten und einfachen Anwendung solcher Befreiungen und zur Verhinderung von Steuerhinterziehung und -vermeidung oder Missbrauch festlegen, die nachstehenden Erzeugnisse von der Steuer:
>
> a) bei der Stromerzeugung verwendete Energieerzeugnisse bzw. verwendeter elektrischer Strom sowie elektrischer Strom, der zur Aufrechterhaltung der Fähigkeit, elektrischen Strom zu erzeugen, verwendet wird. Es steht den Mitgliedstaaten allerdings frei, diese Erzeugnisse aus umweltpolitischen Gründen zu besteuern, ohne die in der Richtlinie vorgesehenen Mindeststeuerbeträge einhalten zu müssen. In diesem Fall wird die Besteuerung dieser Erzeugnisse in Bezug auf die Einhaltung der Mindeststeuerbeträge für elektrischen Strom im Sinne von Artikel 10 nicht berücksichtigt;“

Die Vorschrift sieht demnach grundsätzlich vor, dass die zur Stromerzeugung eingesetzten Primärenergieträger nicht besteuert werden. Hiervon abweichend ist es den Mitgliedstaaten jedoch gestattet, sie „aus umweltpolitischen Gründen zu besteuern“. An die Höhe der Mindeststeuerbeträge sind sie dann nicht gebunden. In Bezug auf die Erhebung der Mindeststeuerbeträge für Strom wird diese Besteuerung nicht berücksichtigt. Auf dieser Möglichkeit beruhen auch die unter dem Schlagwort des „CO_2-Mindestpreises“ bekannt gewordenen energiesteuerrechtlichen Bestimmungen in Großbritannien („Carbon Price Floor“) und den Niederlanden.

Danach ist eindeutig, dass die Mitgliedstaaten frei darin sind, von der Steuerbefreiung für zu Stromerzeugungszwecken eingesetzten Energieerzeugnissen abzusehen, wenn diese Abweichung umweltpolitisch motiviert ist. Dass Klimaschutzerwägungen umweltpolitisch sind, kann nicht ernstlich bestritten werden. Folglich dürfen die Mitgliedstaaten den Einsatzstoff Kohle für die Verwendung zur Stromerzeugung der Energiesteuer unterwerfen (ggf. auch unter differenzierenden Steuertarifen für Braun- und Steinkohle).[308]

Die Besteuerung der Verwendung anderer fossiler Energieträger zu Stromerzeugungszwecken wäre danach ebenfalls zulässig, wenn dahinter das (umweltpolitische) Ziel stehen sollte, einen Anreiz für die Verwendung von regenerativen Energien zur Stromerzeugung zu schaffen. Gestattet wäre es auch, generell die Besteuerung der Verwendung zur Elektrizitätserzeugung vorzusehen und hierbei zwischen verschiedenen Emissionsfaktoren der Einsatzstoffe zu differenzieren oder die Steuersätze für besonders klimaschädliche Einsatzstoffe gezielt überproportional hoch anzusetzen, um dadurch einen zusätzlichen umweltpolitischen Steuerungseffekt zu erzielen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist insoweit lediglich (erneut) darauf hinzuweisen, dass das entstehende Differenzierungsgefüge sich als folgerichtig im Sinne der gesetzten Ziele darstellen muss (siehe oben, 3.5.2 und 3.6.3.1).

Entscheidet sich der deutsche Steuergesetzgeber dazu, diesen Weg zu gehen, so „wird die Besteuerung dieser Erzeugnisse in Bezug auf die Einhaltung der Mindeststeuerbeträge für elektrischen Strom im Sinne von Artikel 10 nicht berücksichtigt“. Dem Wortlaut dieser Bestimmung nach bleibt es ungeachtet der Besteuerung von zur Stromerzeugung eingesetzter Primärenergie in jedem Falle bei der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Strom zu besteuern und insoweit den Mindeststeuersatz nicht zu unterschreiten. Eine andere Vorgehensweise würde sich innerhalb des Regelungssystems der Energiesteuer-RL nicht adäquat abbilden lassen, weil die Richtlinie keine Differenzierung der Stromsteuer nach verschiedenen Herkunftsarten vorsieht (vgl. Art. 10 Energiesteuer-RL).

Somit kann auf Basis der gegenwärtigen Fassung der Energiesteuer-RL für keine der diskutierten Änderungsoptionen zum deutschen Energiesteuergesetz ein Widerspruch zu den EU-Richtlinienvorgaben erkannt werden.

Das könnte sich allerdings ändern, wenn es der EU-Kommission gelingen sollte, ihre Vorstellungen für die künftige Ausgestaltung der Energiesteuer-RL im legislativen Verfahren zur Neufassung der Richtlinie durchzusetzen. Die EU-Kommission hat dazu bereits im Frühjahr 2011 einen Vorschlag für eine novellierte Energiesteuer-RL eingebracht,[309] der allerdings bislang nicht auf die ungeteilte Zustimmung der Mitgliedstaaten stieß und deshalb vermutlich auch nicht das Gesetzgebungsverfahren passieren wird.

In dem neuen Richtlinienvorschlag ist unter anderem vorgesehen, die bisher allein nach dem Energiegehalt gestaffelten Mindeststeuersätze durch eine zweite Steuerkomponente zu ergänzen, die nach der Treibhausgasrelevanz bemessen wird. Basis dieser zweiten Komponente,

[308] So auch Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises (Manuskript 2014), S. 38.
[309] Vorschlag zur Änderung der RL 2003/96/EG vom 13.4.2011, Drs. KOM(2011) 169 endgültig.

die als eigenständiger Steuersatz neben den allgemeinen Steuersatz treten soll, ist die Festlegung der CO_2-Emissionsfaktoren in der Entscheidung der EU-Kommission 2007/589/EG[310] (Monitoring-Leitlinien für den Emissionshandel). Die praktische Bedeutung für Deutschland wäre danach allein an sich gering, weil hier die Mindestsätze auch in der Summe beider Komponenten ohnehin bei fast allen Energiearten überschritten würden. Der neue Richtlinienvorschlag sieht jedoch zusätzlich vor, die Mitgliedstaaten – allerdings erst nach einer bis 2023 laufenden Übergangsfrist – darauf festzulegen, dass sie bei der Festsetzung der konkreten Steuerhöhe das in der Richtlinie für die verschiedenen Energiequellen festgelegte Verhältnis der Steuersätze zueinander einzuhalten haben.[311] Die einzelnen nationalen Steuersätze sollen also verpflichtend proportional zur Treibhausgasrelevanz gestaffelt werden. Das würde dazu führen, dass der Steuersatz für Kohle im Verhältnis zu anderen Heizstoffen nicht mehr – wie nach bisherigem deutschem Recht vorgesehen – weit unterproportional ausfallen darf.

Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission enthält jedoch noch eine weitere im vorliegenden Kontext wichtige Änderungsabsicht: Er sieht vor, dass die den Mitgliedstaaten nach Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a) der Energie-RL gegebene Möglichkeit, ausnahmsweise auch zur Stromerzeugung verwendete Energieprodukte zu besteuern, nur noch auf Grund von „anderen umweltpolitischen Gründen als der Verringerung der CO_2-Emissionen“ bestehen bleiben soll. Sollte dieser Vorschlag akzeptiert werden, so wäre der hier angestellten Überlegung, gezielt ausschließlich oder nach der Treibhausgasrelevanz gestaffelt vor allem zur Stromerzeugung verwendete Kohle zu besteuern, ein Riegel vorgeschoben.

Die Kommission begründet ihre Vorschläge mit der Absicht, die Energiesteuer-RL besser auf die energie- und klimapolitischen Ziele der EU abzustimmen. Hierzu soll eine Vereinheitlichung der CO_2-Besteuerung angestrebt werden, die zugleich mit dem Emissionshandel harmonisiert wird.[312] Speziell die Streichung der Ausnahme in Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a) der Richtlinie wird damit erklärt, dass Überschneidungen zwischen dem EU-Emissionshandelssystem und der auf denselben Zweck gerichteten Besteuerung verhindert werden sollen.[313]

Die Wahrscheinlichkeit, dass die EU-Kommission ihre Vorschläge durchsetzen kann, ist jedoch außerordentlich gering. Das Verfahren ist mangels einer Konsensbereitschaft der Mitgliedstaaten schon frühzeitig ins Stocken geraten, eine Einigung ist nicht absehbar.[314] Hintergrund dessen ist, dass der Beschluss neuer steuerlicher Vorschriften auf EU-Ebene gemäß Art. 113 AEUV nur mit einem *einstimmigen* Beschluss im Rat gefällt werden kann. Sollte ein einziger Mitgliedstaat nicht einverstanden sein, kann er den Entwurf quasi mit seinem Veto zu Fall brin-

---

[310] Entscheidung der Kommission vom 18. Juli 2007 zur Festlegung von Leitlinien für die Überwachung und Berichterstattung betreffend Treibhausgasemissionen im Sinne der RL 2003/87/EG (Monitoring-Leitlinien), ABl. EG Nr. L 229, 1 (dort S. 33: Anhang 1 Nr. 11, Tabelle 4).

[311] Vgl. Drs. KOM(2011) 169 endgültig, S. 6 ff.

[312] Drs. KOM(2011) 169 endgültig, S. 1 ff.; siehe auch die begleitende Mitteilung der Kommission in Drs. KOM(2011) 168 endgültig, S. 1 ff.

[313] Vgl. Drs. KOM(2011) 169 endgültig, S. 6 f.; kritisch Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises (Manuskript 2014), S. 38 f.

[314] Wronski/Küchler u.a., Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises, S. 38 f.

gen – so wäre es auch Deutschland möglich, falls es dem oben vorgestellten Konzept entsprechend eine Besteuerung der Kohleverwendung zur Stromerzeugung vorsehen und gegenüber der EU durchsetzen möchte.

4.4 EU-Primärrecht (AEUV, GRC)

4.4.1 Kompetenzbestimmungen

Der EU stehen nach dem Konzept des AEUV neben dem übergreifenden Aufgabengebiet der Binnenmarktharmonisierung (vgl. Art. 114 AEUV) Gesetzgebungskompetenzen unter anderem, auf den Gebieten der Umweltschutzpolitik (Art. 191-193 AEUV) sowie – seit 2009 – auch der Energiepolitik (Art. 194 AEUV) zu.

Die Rechtssetzungskompetenzen der Mitgliedstaaten auf diesen Gebieten werden durch die Kompetenzzuweisungen des AEUV an die EU nicht unmittelbar begrenzt. Vielmehr ergibt sich eine Beschränkung der mitgliedstaatlichen Kompetenzbereiche nur, soweit die EU von den ihr gegebenen Rechtssetzungskompetenzen in Gestalt von Vorschriften nach Art. 288 AEUV (insbesondere Richtlinien und Verordnungen) auch praktisch Gebrauch gemacht hat und sich aus den betreffenden Vorschriften eine Beschränkung der Regelungsspielräume der Mitgliedstaaten ableiten lässt.

Daher sind die Kompetenzbestimmungen des AEUV für die hiesige Aufgabenstellung nicht insoweit von Bedeutung, als sich aus ihnen eine Beschränkung der Gesetzgebungsbefugnisse der Mitgliedstaaten ergeben würde – sondern umgekehrt, weil sich ihnen entnehmen lässt, dass der EU im Hinblick auf bestimmte Fragen energiepolitischen Einschlags nur begrenzte Kompetenzen zustehen (siehe dazu bereits eingehend oben, 4.1.4):

- Im Rahmen der Umweltpolitik der Union dürfen gemäß Art. 192 Abs. 2 Satz 1 Buchstabe c) AEUV Maßnahmen, „welche die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren“, nur in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren bei einstimmigem Beschluss im Rat erlassen werden.
- Für die Wahrnehmung der energiepolitischen Kompetenzen ist in Art. 194 Abs. 2 Unterabsatz 2 AEUV festgelegt, dass diese nicht das Recht eines Mitgliedstaats berühren, „die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen“.

4.4.2 Warenverkehrsfreiheit

Gemäß Art. 34 AEUV (früher Art. 28 EGV) ist es den Mitgliedstaaten grundsätzlich untersagt, mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen oder „Maßnahmen gleicher Wirkung“ einzuführen. Der EuGH legt die Tatbestandsmerkmale der Vorschrift grundsätzlich sehr weit aus. Danach erstreckt sich die Verbotsbestimmung auf alle nationalen Maßnahmen, die geeignet sind, den

innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern (sog. Dassonville-Formel).[315] Er erkennt aber auf der anderen Seite solche mittelbaren Beschränkungen als mit der Vorschrift vereinbar an, die *zum Schutz von zwingenden und vom Gemeinschaftsrecht anerkannten Erfordernissen* notwendig sind, die den Erfordernissen des freien Warenverkehrs im Einzelfall vorgehen.[316] Eine „Maßnahme gleicher Wirkung" liegt dann nicht vor. Von dieser Erwägung macht der EuGH namentlich Gebrauch, wenn es um Maßnahmen geht, die durch gemeinschaftsrechtlich anerkannte Umweltschutzziele gerechtfertigt sind und den Binnenmarkt nicht mehr als erforderlich beeinträchtigen.[317] Davon geht der EuGH aus, wenn keine vergleichbar wirksame alternative Maßnahme ersichtlich ist, die den Warenverkehr weniger stark beeinträchtigt.[318]

Eine der Dassonville-Formel entsprechende Beeinträchtigung des Warenverkehrs wird angesichts der Weite ihrer tatbestandlichen Anwendung für nahezu jede Art von Maßnahme anzunehmen sein, die für bestimmte EU-weit gehandelte Produkte Vor- oder Nachteile am Markt bewirkt. Für einige der hier diskutierten Instrumente kann von einer mittelbaren Wirkung dieser Art ausgegangen werden, weil sie faktisch zu geringeren Importchancen für Kohle aus anderen Mitgliedstaaten führen können. Gleichwohl wird eine Kollision mit der Warenverkehrsfreiheit praktisch vermeidbar sein, weil die Senkung der Treibhausgasemissionen zu den selbstverständlich anerkannten Politikzielen der EU gehört und die ausgelösten Binnenmarktbeeinträchtigungen zumindest im Regelfall hinreichend gerechtfertigt sein dürften – sofern nicht im Einzelfall eine Art von Maßnahme gewählt wird, die den Warenverkehr stärker beeinträchtigt, als es zur Zielerreichung notwendig ist. Für die hier erörterten Instrumente ist das jedenfalls auf der allgemeinen Betrachtungsebene nicht ersichtlich. Eine weitergehende Vertiefung erscheint in Anbetracht der grundsätzlich nicht in Frage stehenden Möglichkeit, die betreffenden Hürden ggf. durch geeignete konkrete Ausgestaltungen zu überwinden, an dieser Stelle weder sinnvoll noch notwendig.

4.4.3 Verbot staatlicher Beihilfen

Staatliche Aktivitäten, durch die einzelne Unternehmen oder Unternehmenszweige einen finanziellen Vorteil erlangen (können), stellen sich europarechtlich häufig als nach Art. 107 Abs. 1 AEUV (früher nach Art. 87 Abs. 1 EGV) verbotene staatliche Beihilfe dar. Die Frage, ob eine Beilhilfe im Sinne dieses Verbotstatbestands vorliegt und – wenn ja – ob dann entweder eine generelle Freistellung von dem Verbot gilt oder eine Ausnahme im Einzelfall erwirkt werden kann, ist auf nationaler Ebene von großer Bedeutung, wenn es um die Auswahl und Konzeption politischer Steuerungsinstrumente geht, die mit finanziellen Anreizwirkungen operieren. Problematisch sind im Hinblick auf das Beihilfeverbot dabei nicht die mit den finanziellen Instrumenten verbundenen Belastungen, sondern die durch Ausnahmen und Privilegierungen eintretenden Vergünstigungen.

---

[315] Grundlegend EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rdnr. 5 (Dassonville).

[316] Grundlegend EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649/662 (Cassis de Dijon).

[317] Vgl. EuGH, Rs. C-155/91, Slg. 1991, 939/967; EuGH, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607/4630.

[318] Vgl. EuGH, Rs. C-155/91, Slg. 1991, 939/967; EuGH, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607/4630.

Da bei den vorliegend diskutierten Optionen keine spezifischen Begünstigungen im Sinne von Ausnahmen oder Befreiungen angestrebt werden, bedarf es insoweit keiner weitergehenden vertieften Erörterung der – vielschichtigen und großenteils strittigen – Beihilfeproblematik.

4.4.4 Grundrechtecharta

Die seit dem Inkrafttreten der Lissabon-Verträge anzuwendende Grundrechtecharta der EU[319] (GRC) spielt für die hier betrachtete Fragestellung praktisch keine Rolle. Gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC gilt die Charta für die Mitgliedstaaten nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“. Soweit es um nationale Rechtsvorschriften geht, die nicht durch EU-Vorschriften veranlasst sind, finden die Grundrechte der Charta demnach keine Anwendung.[320]

4.5 Fazit zum EU-Recht

Im Mittelpunkt der Prüfung zum EU-Recht stand die Frage, ob sich für die verschiedenen Instrumentenoptionen aus der Emissionshandels-RL und/oder der Industrieemissions-RL eine Sperrwirkung ergibt.

Im Hinblick auf CO_2-Grenzwerte lässt sich keine eindeutige Antwort auf die Frage formulieren, weil aus hiesiger Sicht zwar die besseren Argumente dafür sprechen, eine solche Sperrwirkung nicht anzunehmen. Dagegen steht jedoch der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 der Industrieemissions-RL, weshalb es relativ riskant erscheint, diesen Weg einzuschlagen. Eindeutig zulässig wären im Unterschied dazu Energieeffizienzanforderungen und Flexibilitätsvorgaben.

Für diejenigen Regelungsoptionen, die als Ausdruck energiepolitischer Systementscheidungen begriffen werden können, sieht die EU-rechtliche Ausgangslage weit günstiger aus. Das betrifft – wie im Verfassungsrecht – besonders zielgerichtete Ausstiegsinstrumente wie die Festlegung von Abschaltdaten/Restlaufzeiten, anlagenbezogenen Restmengen an Strom bzw. CO_2 oder branchenbezogenen Kontingentregelungen für Reststrom- oder Restemissionsmengen. Hintergrund dessen ist, dass Art. 192 und Art. 194 AEUV der EU grundsätzlich verbieten, in die Entscheidung der Mitgliedstaaten zur Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und über Festlegungen für die allgemeinen Strukturen der Energieversorgung erheblich einzugreifen. Die Emissionshandels-RL und die Industrieemissions-RL können daher – primärrechtskonform – nicht dahin ausgelegt werden, dass sie den Mitgliedstaaten hierüber tiefgreifende Vorgaben machen würden. Das wäre aber der Fall, wenn man sie dahin verstehen würde, den Mitgliedstaaten grundlegende Systementscheidungen wie zum planmäßigen Ausstieg aus der Nutzung von Kohle für die Stromerzeugung oder generell zur klimaschutzpolitischen Transformation des Stromsystems zu verstellen.

Für die indirekten, finanziell wirkenden Instrumentenoptionen ergeben sich aus dem EU-Recht ebenfalls keine unüberwindbaren Hürden. Das gilt namentlich für die Energiesteuer-RL, die den

---

[319] Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU C 2010 Nr. C 83, 398.

[320] Vgl. zum Ganzen Streinz/Michl, in: Streinz, Art. 51 GRC Rdnr. 6 ff. m.w.N.; grundlegend dazu EuGH Rs. C-617/10, NJW 2013, 1415.

Mitgliedstaaten den nötigen Raum dafür gibt, ausnahmsweise die Verwendung von Kohle zur Stromerzeugung aus Klimaschutzgründen (= Umweltschutzgründen) mit der Energiesteuer zu belegen.

5 Zusammenfassende Bewertung der einzelnen Optionen

5.1 Ausschlussregelungen für neue Kohlekraftwerke

Ausschlussregelungen für die Errichtung und den Betrieb neuer kohlebetriebener Kraftwerke sind nach der verfassungs- und EU-rechtlichen Prüfung ohne weiteres zulässig.

Sie sind verfassungsrechtlich als Eigentumsbeeinträchtigungen in Gestalt von zukunftsgerichteten Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einzuordnen. Zugleich liegt ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vor.

Auf Grundlage der hinter dem Regelungsansatz stehenden Klimaschutzmotivation und der darauf beruhenden Intention, das Stromversorgungssystem weitgehend auf die Nutzung von erneuerbaren Energien umzustellen, begegnen die beiden Grundrechtseingriffe grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das gilt auch, wenn man den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG als Beeinträchtigung der „Berufswahl“ einordnet, weil sich der Gesetzgeber auf ein herausragendes Gemeinwohlziel von Verfassungsrang berufen kann, welches auch einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufswahl zu rechtfertigen geeignet ist.

EU-Recht steht diesem Ansatz nicht entgegen. Die Emissionshandels-RL und die Industrieemissions-RL schränken die Befugnis der Mitgliedstaaten, eine eigenständige Systementscheidung über die Wahl der einsetzbaren Energiequellen auf nationaler Ebene zu treffen, nicht ein. Das wäre auch nicht zulässig, weil Art. 192 Abs. 2 AEUV (und auch Art. 194 Abs. 2 AEUV) eine derartige Beschneidung der mitgliedstaatlichen Befugnisse nicht gestatten würden. Dementsprechend fordert Art. 7 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL die Mitgliedstaaten sogar dazu auf, im Genehmigungsrecht für Kraftwerke darüber zu entscheiden, welche Energieträger eingesetzt werden.

Regelbar wäre eine derartige Bestimmung im Kontext des Immissionsschutzrechts oder des Energiewirtschaftsrechts (oder in einem eigenständigen Gesetz). Passender wäre eine Zuordnung zum Energierecht, weil es hier um die eine Systementscheidung zur Energieträgerwahl mit Blick auf die Transformation des Stromversorgungssystems geht, die dem Immissionsschutzrecht seiner Art nach eher fremd wäre.

Sollte daran gedacht werden, einen verbindlichen Kohleausstiegsplan mit Instrumenten wie sehr weitreichenden nachträglichen Anforderungen, Abschaltdaten, Restlaufzeiten, Restrommengen oder Kontingentierungen zu verwirklichen, so erscheint es aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten, zugleich (oder bereits vorher) auch die Errichtung neuer Kohlekraftwerke für unzulässig zu erklären, da sich anderenfalls ein unter Umständen problematischer Wertungswiderspruch ergeben könnte. Bei Wahrnehmung anderer Instrumentenoptionen – insbesondere rein finanzieller Art – stellt sich diese Problematik als weniger gravierend dar, sollte aber ggf. mit im Blick behalten werden.

5.2 Nachträgliche Anforderungen an bestehende Kraftwerke

Mit nachträglich gesetzten rechtlichen Anforderungen an bestehende Anlagen – hier erwogen in Gestalt von CO_2-Grenzwerten, Energieeffizienzvorgaben oder Flexibilitätsanforderungen – greift der Gesetzgeber in vorhandene, durch das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) geschützte Rechtspositionen ein. Entscheidend ist insoweit, dass die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung Vertrauensschutz vermittelt.

Als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG sind solche Eigentumsbeeinträchtigungen nicht zu qualifizieren, da der Staat auf das Eigentum nicht zugreift, um es für öffentliche Zwecke zu nutzen.

Die Beeinträchtigung des Eigentums ist durch die verfolgten Regelungsziele hinreichend gerechtfertigt. Diesen kommt in Anbetracht von Art. 20a GG ein besonders hoher Rang zu.

Der von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vermittelte Vertrauensschutz ist nicht darauf gerichtet, die Anlagenbetreiber vor energierechtlichen Systementscheidungen zu bewahren. Insofern ist gleichgültig, auf welchen Erwägungen diese Systementscheidungen beruhen. Dass dahinter konkret Klimaschutzziele stehen, führt grundsätzlich nicht dazu, die Regelungen als immissionsschutzrechtlicher Art und daher als vom Vertrauensschutz der Anlagengenehmigung mit umfasst eingestuft werden müssten.

Immissionsschutzrechtlicher Art sind allerdings grundsätzlich Anforderungen, mit denen ihrem Inhalt nach die anlagenbezogenen Betreiberpflichten aus § 5 BImSchG konkretisiert werden oder werden könnten. Soweit die Kraftwerksbetreiber auf Grund ihrer individuellen Anlagengenehmigung darauf vertrauen konnten, dass der Gesetzgeber keine derartigen Anforderungen aufstellen wird, sind sie besonders geschützt. Das ist aber nicht bei allen Anlagengenehmigungen der Fall, sondern nur bei denen, die auf Grundlage der 2004 im Zuge der Einführung des Emissionshandels erfolgten Änderung von § 5 BImSchG ergangen sind. Das BImSchG bringt nämlich erst seit diesem Zeitpunkt zum Ausdruck, dass mit Blick auf den Emissionshandel für die erfassten Anlagen keine CO_2-Grenzwerte und keine Energieeffizienzanforderungen aufgestellt werden. Speziell für die auf dieser Rechtslage beruhenden Investitionen ist daher von einem insoweit erweiterten Vertrauensschutz auszugehen.

Das bedeutet in der Konsequenz:

- Bei Einführung von für Bestandsanlagen geltenden CO_2-Grenzwerten und Energieeffizienzanforderungen sollten zur Vermeidung von Verfassungsproblemen speziell für diejenigen Anlagen, für die im Vertrauen auf Grundlage der seit 2004 geltenden Bestimmungen des BImSchG Investitionen getätigt wurden, ggf. relativ großzügige Übergangsfristen festgelegt werden. Sollte es ein spezifisches Regelungsbedürfnis dazu geben, gerade diese Anlagen ohne Gewähr längerer Übergangsfristen rasch aus der Produktion zu nehmen, sollte eine Entschädigung vorgesehen werden.
- Außerhalb dieser Sonderfälle erweiterten Vertrauensschutzes kann den Anlagenbetreibern demgegenüber grundsätzlich zugemutet werden, sich auf kürzere Übergangsfristen einzustellen, ohne dass es dafür einer (ergänzenden) Entschädigung bedarf. Das gilt generell auch für nachträgliche Flexibilitätsvorgaben, da diese nicht immissionsschutzrechtlicher Art wären.

Zulässig sind gegenüber allen Anlagenbetreibern im Übrigen grundsätzlich nur erforderliche und zumutbare Anforderungen. Der Gesetzgeber muss die betreffenden Regelungen hierfür außerhalb der Fälle erweiterten Vertrauensschutzes *nicht* daran ausrichten, dass generell eine (gewinnbringende) Amortisation zu gewährleisten ist. Er wird bei der Bemessung der Maßstäbe und Fristen aber Rücksicht auf die wirtschaftlichen Interessen der Anlagenbetreiber zu nehmen haben, *soweit* es nicht durch die jeweilige konkrete Zielsetzung gerechtfertigt ist, die Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Interessen zurücktreten zu lassen.

Auch auf der EU-Ebene stellt sich die rechtliche Ausgangslage speziell für CO_2-Grenzwerte ungünstiger dar als für andere nachträgliche Festlegungen. Das liegt daran, dass Art. 9 der Industrieemissions-RL ausdrücklich die Festlegung von CO_2-Grenzwerten für vom Emissionshandel erfasste Anlagen untersagt, während er Energieeffizienzanforderungen gestattet und über Flexibilitätsanforderungen (ohnehin) keine beschränkende Aussage macht.

Die nähere Prüfung ergibt zwar, dass überwiegende Gründe für die Befugnis der Mitgliedstaaten sprechen, unter Anwendung der Schutzverstärkungsklausel aus Art. 193 AEUV gleichwohl CO_2-Grenzwerte festzulegen. Angesichts des entgegenstehenden Wortlauts von Art. 9 der Industrieemissions-RL bleibt für diesen Weg aber ein gegenüber anderen Regelungs- und Instrumentenalternativen erhöhtes EU-rechtliches Risiko zu konstatieren.

5.3 Planartige Steuerung: Zeit-/ Mengenbegrenzungen

Der Weg über konkrete Abschaltdaten bzw. Restlaufzeiten oder über Mengenbegrenzungen für die Einspeisung von Strom bzw. für Emissionen ist im Vergleich zur Festlegung von nachträglichen Anforderungen ziel- und interessengerechter plan- und steuerbar. Auf das unterschiedliche Alter, auf das konkrete Emissionsverhalten oder auf die Funktion der Anlage im Stromversorgungssystem kann relativ gut Rücksicht genommen werden. Standards für nachträgliche Anforderungen müssen demgegenüber regelungstechnisch grundsätzlich einheitlich gesetzt werden. Eine Rücksichtnahme auf anlagenspezifische Besonderheiten ist dabei schwierig und wird oft dazu führen, dass die vollziehende Behörde an Einzelfallausnahmen nicht vorbeikommt. Im Unterschied dazu lassen sich Restlaufzeiten (aus denen konkrete Abschaltdaten abgeleitet werden) oder Mengenbegrenzungen für Strom oder CO_2-Emissionen von vornherein auf die verschiedenartigen Fallgruppen bzw. Einzelfälle zuschneiden – ggf. auch in einem Aushandlungsprozess vereinbaren, wie es beim Atomausstieg mit dem sog. Atomkonsens der Fall war. Zudem lassen sich entsprechende Regelungen relativ gut wirtschaftlich abfedern, indem sie durch handelbare Komponenten ergänzt werden. Von daher erscheinen sie vom Ansatz her durchaus nicht als der im Vergleich zu CO_2-Grenzwerten „härtere“ Eingriff, sondern eher als der „flexiblere“ – und zugleich als der im Sinne der Zielsetzungen besser steuerbare Weg.

Die verfassungsrechtliche Ausgangssituation stellt sich im Ansatz genauso dar wie für CO_2-Grenzwerte oder andere nachträgliche Anforderungen: Der Gesetzgeber greift in vorhandene, durch das Eigentumsgrundrecht geschützte Rechtspositionen ein, insbesondere in die Vertrauensschutz vermittelnde immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung.

Eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG liegt hier ebenfalls nicht vor, da der Staat auch in diesem Falle nicht auf das Eigentum zugreift, um es für öffentliche Zwecke zu nutzen.

Ebenso wie für die soeben erörterten nachträglichen Anforderungen ist die Beeinträchtigung des Eigentums durch überragende Gemeinwohlinteressen sowie durch Art. 20a GG hinreichend legitimiert.

Ein entscheidender Unterschied ergibt sich hinsichtlich der Reichweite des Vertrauensschutzes: Der von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vermittelte Vertrauensschutz ist – wie bereits erwähnt – nicht darauf gerichtet, die Anlagenbetreiber vor energierechtlichen Systementscheidungen zu bewahren. Bei generellen Regelungen zum Ausstieg aus der Kohleverstromung geht es aber um eine – wenn auch durch den Klimaschutz motivierte – energierechtliche Systementscheidung. Besonders klar kann das in Mengenbegrenzungen zum Ausdruck gebracht werden, mit denen konkrete Restlaufzeiten bzw. Abschaltdaten gesetzt werden oder die gegenständlich an der Stromeinspeisung ansetzen. Für auf CO_2-Emissionen bezogene Mengenbegrenzungen – seien es der einzelnen Anlage zugestandene Restmengen oder auf bestimmte Zeiträume bezogene Budgets (die z. B. auch stufenweise herabgesetzt werden könnten) – gilt der Sache nach aber nichts anderes, sofern sie erkennbar als Instrumente eines schrittweisen Ausstiegs aus der Kohleverstromung konzipiert sind.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Frage, welche Energiequellen für die öffentliche Stromversorgung verwendet werden, nie zum Gegenstand der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gemacht. Auch im Energierecht hat er diese Frage ignoriert. Darauf, dass das „ewig“ so bleibt, konnten die Kraftwerksbetreiber zu keinem Zeitpunkt vertrauen, denn mit der Anlagengenehmigung wurde nicht die Gewähr dafür ausgesprochen, dass es auf Dauer bei einem energierechtlichen Konzept bleibt, welches auf die Energieträgerwahl keinen Einfluss nimmt.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist der Gesetzgeber bei mengenbezogenen Begrenzungen daher mit weniger starken Restriktionen konfrontiert als bei Festlegung von CO_2-Grenzwerten gegenüber den Betreibern jüngerer, ab 2004 genehmigter Kraftwerke (die mit Blick auf die Emissionshandelsklausel des § 5 BImSchG einen speziellen Vertrauensschutz genießen). Die allgemeinen Verhältnismäßigkeitsanforderungen gelten allerdings auch hier: Der Gesetzgeber muss bei der Bemessung der Kenngrößen und Fristen Rücksicht auf die wirtschaftlichen Interessen der Anlagenbetreiber walten lassen, *soweit* es nicht durch die jeweilige konkrete Zielsetzung gerechtfertigt ist, diese zurücktreten zu lassen. Eine (gewinnbringende) Amortisation können die Anlagenbetreiber nicht erwarten oder verlangen.

Speziell für die Variante der (budgetartigen) Begrenzung von CO_2-Emissionen ist erneut hervorzuheben, dass sich der von der Emissionshandelsklausel des § 5 BImSchG ausgehende Vertrauensschutz allein auf ihrer Art nach immissionsschutzrechtliche Anforderungen erstreckt. Bei budgetartigen Mengenbegrenzungen ist das nicht so. Von ihrer Wirkungsweise er ähneln sie eher den Mengenbegrenzungen des Emissionshandels. Vor derartigen, quasi „von außen“ auf das Immissionsschutzrecht einwirkenden Instrumenten zur Reduzierung von Treibhausgasemissionen soll die Emissionshandelsklausel des § 5 BImSchG gerade nicht schützen. Das erschließt sich auch daraus, dass von einem ambitionierteren Emissionshandel im Ergebnis vergleichbare Belastungswirkungen für die Anlagenbetreiber ausgehen könnten. Mit solchen Belastungswirkungen konnten und mussten die Anlagenbetreiber rechnen.

Die EU-rechtlichen Ausgangsbedingungen stellen sich ebenfalls als günstiger dar als bei nachträglichen Anforderungen, hier sogar ganz wesentlich. Weder den Bestimmungen zum Emissi-

onshandel noch denjenigen der Industrieanlagen-Richtlinie lässt sich entnehmen, dass die Mitgliedstaaten daran gehindert wären, eine durch Klimaschutzerwägungen getragene Transformation ihres Stromversorgungsystems einzuleiten, mit der darauf gezielt wird, die Stromversorgung künftig ganz überwiegend auf erneuerbare Energien zu stützen und auf die Kohlenutzung vollständig zu verzichten. Durch EU-Richtlinien dürfte eine solche Systementscheidung auch nicht untersagt oder torpediert werden, weil sich aus Art. 192 und Art. 194 AEUV ergibt, dass die Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die Festlegung der allgemeinen Struktur der Energieversorgung eine Angelegenheit der Mitgliedstaaten ist.

Etwas unsicherer stellt sich auch die EU-rechtliche Ausgangssituation speziell für die emissionsbezogenen Varianten der Mengenbegrenzung dar. Zwar kann insoweit gut argumentiert werden, dass die Emissionsmengen nur ein Bemessungsmaßstab für die Umsetzung der an sich energiepolitischen Entscheidung sei, der zudem auf andere Weise als ein starrer technikbezogener CO_2-Grenzwert wirke. Dennoch birgt diese Variante im Vergleich zu strombezogenen Begrenzungen ein gewisses zusätzliches Risiko, weil in ihr weniger gut deutlich wird, dass es dem Gesetzgeber um eine energiepolitische Strukturveränderung geht.

Für zeitraumbezogene Mengenfestlegungen für CO_2-Emissionen (z.B. Jahresbudgets) ist zu ergänzen, dass diese nach der hier vorgenommenen juristischen Analyse nicht vom Verbot des Art. 9 IE-RL für anlagenbezogene nationale Treibhausgasgrenzwerte mit erfasst sind, weil sich die Verbotsvorschrift nur auf Grenzwerte erstreckt, mit denen anlagenbezogene technische Mindeststandards zum Ausdruck gebracht werden – worum es sich bei von außen gesetzten Gesamtmengenbegrenzungen jedoch nicht handeln würde.

Im Resultat kommt die juristische Prüfung für diese Instrumentengruppe zu einer positiven Gesamteinschätzung. Dabei ergeben sich für die verschiedenen denkbaren Einzeloptionen graduelle Unterschiede. Als besonders gering werden verfassungs- und EU-rechtlich die Risiken bei den Optionen Abschaltdaten/Restlaufzeiten, Restmengenbegrenzungen sowie insgesamt bei allen auf Strommengen bezogenen Regelungen eingestuft. Denn in ihnen kann am besten zum Ausdruck gebracht werden kann, dass es dem Gesetzgeber um eine energiepolitische Systementscheidung geht, die innerstaatlich außerhalb des Immissionsschutzrechts und damit auch außerhalb etwaiger Vertrauensschutzansprüche steht und in die zugleich EU-rechtlich nicht substanziell eingegriffen werden darf. Bei den emissionsbezogenen Optionen wird dieser Zusammenhang weniger gut deutlich. Außerdem weisen emissionsbezogene Regelungen größere Reibungsflächen zu den EU-rechtlichen Bestimmungen der Emissionshandels- und der Industrieemissions-Richtlinie auf, so dass sich hier zusätzliche potenzielle Konfliktstellen ergeben.

5.4 Gruppenbezogene Kontingentregelungen

Bei Kontingentregelungen handelt es sich nach dem Verständnis dieser Ausarbeitung um auf fossile Kraftwerke, Kohlekraftwerke oder einen Teil der Kohlekraftwerke gerichtete, mengenbegrenzende Instrumente, mit denen diese als Gesamtheit adressiert werden. Man könnte insoweit auch von branchen- oder gruppenbezogenen Mengenbegrenzungen sprechen. Inhaltlich kann es dabei um die Begrenzung der insgesamt oder für bestimmte Zeiträume (noch) verfügbare Strommengen oder Emissionsmengen aller erfassten Kraftwerke gehen. Praktisch

laufen derartige Regelungen darauf hinaus, den einzelnen betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, unter sich auszuhandeln, wer welche Anteile der jeweils zur Verfügung stehenden Kontingente in Anspruch nehmen kann. Denkbar ist auch, dafür bestimmte Regelungen vorzugeben (z.B. eine bestimmte Art des Handels mit Berechtigungen).

Für gruppenbezogene Kontingentregelungen lässt sich sowohl verfassungsrechtlich als auch EU-rechtlich vom Ansatz her die gleiche positive Bewertung wie für auf Einzelanlagen bezogene Laufzeit- oder Mengenregelungen formulieren. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen sind einhaltbar. EU-rechtliche Restriktionen stehen nicht entgegen. Der deutsche Gesetzgeber ist grundsätzlich frei darin, auch diesen Gestaltungsweg für die energierechtliche Systementscheidung zur Transformation der Stromversorgung zu gehen.

Hinzuweisen ist aus verfassungsdogmatischer Sicht ergänzend darauf, dass der Schwerpunkt des Grundrechtseingriffs bei dieser Art der Regelung im Grundrecht der Berufsfreiheit zu sehen ist. Wesentlich von den für Eingriffe in Art. 14 Abs. 1 GG angewendeten Verhältnismäßigkeitsmaßstäben abweichende Anforderungen ergeben sich daraus nicht. Der Emissionshandelsklausel des § 5 BImSchG kommt hier keine Bedeutung zu.

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten stellen sich Kontingentregelungen im Vergleich zu auf einzelne Anlagen bezogene Laufzeit- oder Mengenregelungen vom Ansatz her als weniger eingriffsintensiv dar. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass ihnen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung (hinsichtlich des Erforderlichkeitskriteriums) grundsätzlich der Vorzug zu geben ist. Denn mit Kontingentregelungen lässt sich weniger genau steuern, was für die einzelne Anlage gelten soll. Sofern es dem Gesetzgeber jedoch genau darauf ankommt – z.B. um bestimmte besonders problematische Anlagen schneller abschalten oder um auf die netztechnische Funktion einzelner Kraftwerke Rücksicht nehmen zu können – lässt sich dieses Ziel mit einer Kontingentregelung nicht adäquat adressieren. Außerdem ist zu bedenken, dass sich vergleichbare Wirkungen auch bei auf einzelne Anlagen bezogene Laufzeit- oder Mengenregelungen durch Tausch- oder Handelsoptionen erzielen lassen.

Speziell die Variante der emissionsbezogenen Kontingentierung birgt – wie die Festlegung von individuellen Restemissionsmengen – tendenziell etwas größere EU-rechtliche Risiken, weil in dieser Variante der Charakter einer energiepolitischen Strukturentscheidung weniger gut zum Ausdruck kommt als bei einer strombezogenen Regelungsweise.

5.5 Zuweisung zur „strategischen Reserve“

Eine gewisse Sonderstellung nimmt gegenüber den bisher angesprochenen Instrumenten die Möglichkeit ein, im Rahmen von gesetzlichen Regelungen über Kapazitätsmechanismen nach dem Modell der „strategischen Reserve“ bestimmte Kohlekraftwerke aus der allgemeinen Stromversorgung auszugliedern und sie (verpflichtend) ausschließlich einer strategischen Reservefunktion zuzuweisen.

Eine derartige Regelung dürfte mit Blick auf das Eigentumsgrundrecht als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG einzuordnen sein, da den Eigentümern ihre Verfügungsbefugnis entzogen würde, um die Kraftwerke einer öffentlichen Aufgabe zuzuführen. Folglich erscheint das

nur zulässig, wenn in dem zugrunde liegenden Gesetz Art und Ausmaß der (ggf. angemessenen auszugestaltenden) Entschädigung geregelt werden. Die Enteignungsentschädigung muss nicht zwingend in einer einmaligen Geldleistung ihren Ausdruck finden. Denkbar ist es auch, in dem Entgelt für die Bereithaltung der Kapazität die Entschädigung zu sehen, sofern diese ihrer Höhe nach ausreichend bemessen wird. Im Übrigen ist es selbstverständlich vorstellbar, stattdessen eine entsprechende Vereinbarung mit den Kraftwerksbetreibern abzuschließen, so dass es auf Art. 14 GG dann nicht ankommt.

EU-rechtliche Hindernisse sind auch insoweit nicht ersichtlich.

5.6 Geldleistungspflichten

Die rechtliche Bewertung der verschiedenen in Betracht kommenden Arten von Geldleistungspflichten hängt wesentlich davon ab, wie die jeweiligen Instrumente im System des Finanzverfassungsrechts einzuordnen sind: als Steuern, als Sonderabgaben oder als Geldleistungspflichten zwischen Privaten (die ihrerseits außerhalb des Finanzverfassungsrechts stehen).

Für alle Abgabenarten (im weitesten Sinne) ist zu betonen, dass sie den Transformationsprozess durch wirtschaftliche Anreize nur erleichtern können, jedoch keinen zielgerichteten Ausstieg aus der Kohlenutzung bewirken können.

5.6.1 Steuern: Energiesteuer, CO_2-Steuer, Zertifikatesteuer

Handelt es sich um Steuern, so ergeben sich aus dem Verfassungsrecht nur gewisse (einhaltbare) Gestaltungsanforderungen. Das gilt namentlich für die auf Primärenergien erhobene Energiesteuer.

Andere von der Funktionsweise her interessante Steuerarten scheitern an verfassungsrechtlichen Bedenken. Die ganz dominierende Auffassung in der Rechtslehre geht davon aus, dass es dem (Bundes-) Gesetzgeber nicht erlaubt ist, eine den im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehenen Steuerarten nicht zuordnungsfähige neue Steuer zu entwickeln. So läge es aber bei Steuern, die auf CO_2-Emissionen oder CO_2-Zertifikate erhoben würde.

Die bereits existierende Energiesteuer kann allerdings aus dem Blickwinkel dieser Studie durchaus gut nutzbar gemacht werden. In ihrer bisherigen Gestalt weist sie zwei grundlegende Konstruktionsmängel auf:

- Zum einen wird Kohle zwar (seit 2005) ebenso besteuert wie andere zum Heizen verwendeten Stoffe. Der Steuersatz liegt aber im Verhältnis zum Energiegehalt nur bei rund einem Fünftel der Sätze für Erdgas und Heizöl.
- Zum anderen ist die Verwendung von Kohle zu Zwecken der Stromerzeugung von der Besteuerung ausgenommen. Letzteres gilt allerdings auch für Erdgas.

Beide Mängel lassen sich beheben, auch unter Gebrauch differenzierender Maßstäbe wie den spezifischen CO_2-Faktoren unterschiedlicher Energieprodukte.

Verfassungsrechtliche Hürden stehen dem nicht im Wege. Der krasse Unterschied in der bisherigen Besteuerung einerseits von Heizöl und Erdgas und andererseits von Kohle dürfte sogar

einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstellen, weil er nicht durch nachvollziehbare Gründe getragen wird. Die hier befürwortete einseitige Besteuerung von für die Stromerzeugung verwendeter Kohle – nicht oder nicht in gleichem Maße jedoch von Erdgas – wäre zwar ebenfalls eine Ungleichbehandlung. Diese ließe sich aber durch Klimaschutzgründe rechtfertigen und wäre daher unter Gleichheitsgesichtspunkten unbedenklich.

EU-rechtlich ist für die Zulässigkeit der Änderungen die Energiesteuer-Richtlinie maßgebend:

- Die weit niedrigere Besteuerung von Kohle im Vergleich zu Erdgas und Heizöl beruht nicht auf der Richtlinie, ist aber mit dieser zu vereinbaren, weil die Richtlinie insoweit nur Mindeststeuersätze vorschreibt und nicht regelt, in welchem Umfang die Mitgliedstaaten oberhalb des Mindestsatzes differenzieren dürfen.
- Die Steuerbefreiung für zur Stromerzeugung verwendete Energieprodukte ist in der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen. Allerdings wird den Mitgliedstaaten gestattet, hiervon „aus umweltpolitischen Gründen“ abzuweichen. Demnach wäre Deutschland die gezielte Besteuerung (allein) von Kohle zu Stromerzeugungszwecken gestattet.

In den Niederlanden und in Großbritannien existieren Besteuerungsregelungen für die Stromerzeugung aus fossilen Brennstoffen, denen eine mit „CO_2-Mindestpreisen“ vergleichbare Aufgabe zukommen soll. Deutschland könnte auf ähnliche Weise verfahren.

5.6.2 Sonderabgabe: „Anpassungsumlage“

Von einer Sonderabgabe ist auszugehen, wenn die Einnahmen aus der Abgabe in einen Sonderhaushalt fließen („Fondslösung“).

Die Erwägung einer Fondslösung ergibt verfassungsrechtlich nur Sinn, wenn die Regelungen so ausgestaltet werden können, dass sie nicht den strengen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion unterliegen. Anderenfalls müssten sich die mit der Abgabe Belasteten als homogene Gruppe darstellen, der als Gruppe eine gemeinsame Verantwortung zukommt und in deren Gesamtinteresse auch die Einnahmen verwendet werden. Das ist im hier verfolgten Steuerungsinteresse schwerlich vorstellbar.

Als rechtssicher kann von daher nur ein Regelungsmodell angesehen werden, bei dem der Abgabe eine Ausgleichsfunktion zukommt, sie also als Ersatz- oder Gegenleistung verstanden werden kann, die den Belasteten zum Ausgleich eines ihnen zugewandten Vorteils auferlegt wird. Ein mit diesem Muster zwar nicht vollständig übereinstimmender, aber doch vergleichbarer abschöpfbarer Vorteil der Betreiber inflexibler Großkraftwerke kann sich speziell für Zeiträume ergeben, in denen sie Strom ins Netz einspeisen und am Markt absetzen, während gleichzeitig Angebote aus EEG-Anlagen vom Netz genommen werden müssen. Auf derartige Situationen bezogen ließe es sich vorstellen, eine Sonderabgabe („Anpassungsumlage“) zu erheben, deren Einnahmen über einen Sonderfonds in den EEG-Umlagemechanismus geleitet und dort dazu genutzt werden, die EEG-Umlage zu senken.

Eine auf diesen engen Zweck begrenzte Sonderabgabe wäre finanzverfassungsrechtlich möglicherweise zulässig. Für das vorliegend diskutierte politische Konzept könnte sie jedoch allenfalls eine Nebenrolle spielen.

EU-rechtlich unterläge eine solche Abgabe keinen Bedenken. Insofern kann auf die Ausführungen unter 5.3 verwiesen werden.

5.6.3 Geldleistung unter Privaten: „Energiewendeumlage“

Erheblich geringer wäre das finanzverfassungsrechtliche Risiko im Falle der Konstruktion von Geldleistungspflichten, bei denen es nicht zu staatlichen Einnahmen kommt, sondern lediglich zu Geldleistungen zwischen Privaten – wie es auch beim EEG der Fall ist. Für derartige Instrumente erhebt das Finanzverfassungsrecht keine Beschränkungen.

Zu prüfen sind solche Instrumente nur im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen – womit die Frage im Mittelpunkt steht, ob den betroffenen Kraftwerksbetreibern die (finanzielle) Indienstnahme für das verfolgte Gemeinwohlziel der Energiewende vor Art. 12 Abs. 1 GG zugemutet werden kann. Hierfür kommt es darauf an, ob für die Kraftwerksbetreiber eine den Eingriff hinreichend rechtfertigende „Sach- und Verursachungsnähe“ anzunehmen ist.

In diesem Sinne könnte daran gedacht werden, den Betreibern der fossilen Kraftwerke einen allgemeinen Beitrag zu (Mit-) Finanzierung der Energiewende abzuverlangen („Energiewendeumlage“). Zur Bewältigung der Energiewende stehen die Betreiber fossiler Kraftwerke mehr als nur in einer „Sach- und Verursachungsnähe“. Speziell die besonders emissionsträchtigen älteren Braunkohlekraftwerke können im Stromsektor sogar als der Hauptverursacher des Problems und zugleich als ein besonders starkes Hindernis auf dem Weg der Energiewende angesehen werden. Aber auch die anderen fossilen Kraftwerke sind Teil des zu bewältigenden Problems. Von daher kann es keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, dass eine ausreichende Verantwortlichkeitsbeziehung der Kraftwerksbetreiber zur Energiewende zu bejahen ist. Folglich rechtfertigt es sich aus juristischem Blickwinkel, sie zu einem finanziellen Beitrag für die Transformation des Stromsystems heranzuziehen.

Hinsichtlich der Bemessungsweise erscheint es ggf. sachgerecht, auf die Höhe der CO_2-Emissionen abzustellen. Eine alleinige Heranziehung der Betreiber von Braunkohle- oder Kohlekraftwerken dürfte mit dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar sein, weil auch andere fossile Kraftwerke CO_2 emittieren. Zulässig dürfte jedoch ein besonderer Zuschlag im Hinblick auf die mangelnde Flexibilität von bestimmten Kraftwerken sein.

Auf der Vereinnahmungsseite muss eine aufgabenadäquate Verwendung gewährleistet werden. Dem dürfte Rechnung getragen werden können, indem die Einnahmen zur Senkung der EEG-Umlage verwendet werden.

EU-rechtlich kann auch für diese Rechtskonstruktion auf die Ausführungen unter 5.3 verwiesen werden. Es sind insoweit keine Hindernisse ersichtlich.

Im Ergebnis endet die juristische Prüfung auch für die „Energiewendeumlage“ positiv. Im Vergleich zu den direkten Ausstiegsinstrumenten wäre die potenzielle Steuerungskraft allerdings wesentlich geringer. Unter den finanziell ansetzenden Instrumenten ergäbe sich im Vergleich zu der ebenfalls machbaren Option, die Erzeugung von Strom aus fossilen Brennstoffen bzw. aus Kohle in das System der Energiebesteuerung mit einzubeziehen, ein wesentlicher größerer Regelungs- und Vollzugsaufwand.

6 Gesamtfazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass dem deutschen Gesetzgeber relativ große Spielräume zur Konzipierung gezielter Instrumente zum Kohleausstieg mit dem Ziel der grundlegenden Transformation der Stromversorgung aus Klimaschutzgründen zur Verfügung stehen.

Unter den direkt wirkenden Instrumenten stellen sich die rechtlichen Ausgangsbedingungen sowohl aus der Sicht des Verfassungsrechts als auch aus der Perspektive des EU-Rechts für diejenigen Optionen als am günstigsten dar, die das Transformationsziel klar und offen adressieren: Abschaltdaten bzw. Restlaufzeiten, anlagenbezogene Reststrommengen oder stufenweise sinkende Einspeisungsbudgets sowie Kontingentvorgaben für Reststrommengen. Hintergrund dessen ist auf der Ebene nationalen Verfassungsrechts, dass die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung für die Kraftwerke keinen Vertrauensschutz gegenüber Änderungen der energierechtlichen Rahmenbedingungen vermittelt. EU-rechtlich ist entscheidend, dass der AEUV dem Mitgliedstaat ausdrücklich die Aufgabe überlässt, „die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen“.

Auf die CO_2-Emissionen bezogene Mengenregelungen (wie Restemissionen oder Jahresbudgets) bringen das klimapolitisch motivierte, seinem Regelungsinhalt nach jedoch energiewirtschaftliche Transformationsziel weniger gut zum Ausdruck. Außerdem ergeben sich zusätzliche Reibungsflächen zur Emissionshandels- und Industrieemissions-RL. Möglichen Bedenken kann zwar mit überzeugenden Argumenten entgegengetreten werden. Es kann aber nicht übersehen werden, dass das juristische Konfliktpotenzial als solches größer ist.

Die Prüfung für die auf den ersten Blick am nächsten liegenden direkten Instrumente der Vorgabe von anlagenbezogenen CO_2-Grenzwerten (im Sinne von technischen Mindeststandards) sowie Energieeffizienzanforderungen führt hingegen zu einem weniger günstigen Gesamtergebnis. Speziell für CO_2-Grenzwerte stellt sich das Problem, dass die Industrieemissions-RL jedenfalls ihrem Wortlaut nach CO_2-Grenzwerte verbietet. Möglicherweise können die Mitgliedstaaten unter Berufung auf die Schutzverstärkungsklausel des Art. 193 AEUV gleichwohl entsprechende Regelungen schaffen. Dafür spricht viel – aus hiesiger Sicht Überwiegendes –, aber es kann nicht als gesichert angenommen werden, so dass ein spezifisches rechtliches Risiko dieser Instrumentenoption bleibt. Außerdem ergeben sich für CO_2-Grenzwerte wie auch für Energieeffizienzanforderungen verfassungsrechtlich höhere Hürden, weil ihnen gegenüber – allerdings erst seit 2004 – Vertrauensschutz geltend gemacht werden kann, anders als es bei energierechtlichen Systemänderungen der Fall wäre. Aus funktionaler Sicht kommt schließlich noch hinzu, dass CO_2-Grenzwerte und Energieeffizienzanforderungen weniger zielgenau einsetzbar sind, weil bei ihnen nur begrenzt auf Aspekte wie ein unterschiedliches Betriebsalter oder die konkrete Funktion der einzelnen Anlage im Stromversorgungssystem Rücksicht genommen werden kann.

Entschädigungsansprüche werden durch die erörterten Optionen für direkte Instrumente grundsätzlich nicht ausgelöst. Anders liegt es zum einen bei dem Sonderfall der Zuweisung eines Kraftwerks zur strategischen Reserve; insoweit besteht ein Anspruch auf angemessene Vergütung. Zum anderen gilt eine Ausnahme für den Fall, dass auf die einzelne Anlage bezogene CO_2-Grenzwerte oder Effizienzstandards festgesetzt werden, sofern diese auch auf Anlagen

zur Anwendung gebracht werden sollen, die zeitlich nach der Verankerung der Emissionshandelsklausel in § 5 BImSchG (2004) genehmigt oder im Vertrauen auf die geänderte Rechtslage einem Retrofit unterzogen wurden.

Im Übrigen müssen bei allen Instrumenten die wirtschaftlichen Interessen der Anlagenbetreiber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden. Ein Rechtsanspruch auf Amortisation lässt sich den Grundrechten indessen nicht entnehmen. Grundsätzlich können den Anlagenbetreibern mit Blick auf die höherrangigen Ziele des Klimaschutzes wirtschaftliche Belastungen zugemutet werden. Die auf Grund der Instrumente eintretenden Belastungen müssen sich von der Zielsetzung her dabei allerdings auch in ihrer konkreten Ausgestaltung als erforderlich darstellen. Bei sorgfältiger Gesetzesplanung lässt sich das gewährleisten.

Auf der Ebene der näheren Konkretisierung ist außerdem stets der Gleichheitsgrundsatz im Blick zu behalten. Adressatengruppen, Schwellenwerte, Bemessungskriterien und sonstige Differenzierungen müssen sachgerecht zugeschnitten werden. Pauschalierungen und Typisierungen sind dabei grundsätzlich zulässig. Zu denken ist insofern stets daran, dass sich die Ausgestaltung dem Gebot der Folgerichtigkeit entsprechend an den Zielen und Wirkungen der Instrumente im Interesse der hinter ihnen stehenden Motive auszurichten hat.

Mit den indirekt wirkenden Instrumenten finanzieller Art lässt sich nicht vergleichbar zielgenau steuern, der Transformationsprozess aber durchaus wirkungsvoll unterstützen. Ihnen sind durch die Bestimmungen des Finanzverfassungsrechts enge Spielräume gesetzt. Aus dem EU-Recht ergeben sich nur punktuell Restriktionen. Als danach grundsätzlich zulässige Instrumente mit ausgeprägten Steuerungswirkungen konnten trotz der engen Spielräume des Verfassungsrechts identifiziert werden:

- die Anwendung der Energiesteuer auf die (bisher nicht besteuerte) Verwendung von Kohle oder generell von fossilen Heizstoffen zu Zwecken der Stromerzeugung (mit möglichen Differenzierungen zwischen Energiegehalten oder CO_2-Emissionen) sowie
- die Erhebung eines nichtsteuerlichen Geldbetrags, den die Betreiber fossiler Kraftwerke (direkt) an die Übertragungsnetzbetreiber zu zahlen hätten, und dessen Einnahmen in die EEG-Umlage fließen würden.

Besonders interessant erscheint angesichts der eindeutig positiv geklärten Rechtskonformität und des geringen administrativen Aufwands unter den finanziell ansetzenden Instrumenten die Einführung einer Energiesteuer auf die Stromerzeugung aus Kohle (bzw. fossilen Einsatzstoffen). Mit ihr könnten einem „CO_2-Mindestpreis“ nahekommende Wirkungen erzielt werden.

Literatur

Battis, U.; Ruttloff, M.: Zur Bedeutung der Moratoriums-Urteile des VGH Kassel für die Energiewende, in: NVwZ 2013, S. 817 ff.

BeckOK GG: Epping, V.; Hillgruber, C. (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz (Stand: 01.09.2014)

BK-GG: Kahl, W.; Waldhoff, C.; Walter, C. (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, München (Stand 12/2012)

Braunewell, J.: Die neue Richtlinie über Industrieemissionen, in: UPR 2011, S. 250 ff.

Britz, G.; Hellermann, J.; Hermes, G.: Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), München, 2. Aufl. 2010

Bruch, D.; Greve, H.: Die Kernbrennstoffsteuer im Fokus der Finanzgerichtsbarkeit, in: BB 2012, S. 234 ff.

Bruch, D.; Greve, H.: Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kraftwerksbetreiber, in: DöV 2011, S. 794 ff.

Bundesregierung: Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, Berlin 2010

Bürger, V.; Klinski, S.; Keimeyer, F.: Konzepte für die Beseitigung rechtlicher Hemmnisse des Klimaschutzes im Gebäudebereich (Studie des Öko-Instituts, veröff. in UBA Climate Change 11/2013), Dessau-Roßlau 2013

Calliess, C.; Ruffert, M.: EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl. München 2011

Däuper, O.; Voß, J. O.: Rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten von Kapazitätsmechanismen auf dem Stromerzeugungsmarkt, in: ZNER 2012, S. 119 ff.

Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt): Auktionierung – Deutsche Versteigerungen von Emissionsberechtigungen. Periodischer Bericht: Januar 2015 (www.dehst.de).

de Witt, S.: Ist der Atomausstieg 2011 mit Art. 14 GG vereinbar?, in: UPR 2012, S. 281 ff.

Landmann-Rohmer: Beckmann, M.; Durner, W.; Mann, T.; Röckinghausen, M.: Umweltrecht (Loseblattsammlung, München (Stand: 01.04.2014)

Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (2011), insb. S. 188 ff.

EU-Kommission (Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 23.01.2008): Folgenabschätzung – Begleitpapier zum Paket der Durchführungsmaßnahmen für die Ziele der EU in den Bereichen Klimawandel und erneuerbare Energie bis 2020, Drs. SEC(2008) 85

EU-Kommission: Vorschlag vom 22.01.2014 für einen Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das EU-System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten und zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG, Drs. KOM(2014) 20 final

Europäisches Parlament (EP): Environment Committee backs ETS market reserve, advocates early start, ENVI Press release - Consumers / Environment − 24-02-2015

Frenz, W.: Die Genehmigungsfähigkeit von Kohlekraftwerken trotz Klimaschutz, in: DVBl. 2013, S. 688 ff.

Frenz, W.: Energiewende – Ausstieg aus der Kohle?, in: EnWZ 2013, S. 1 ff.

Germelmann, C. F.: Präzisierungen in der Sonderabgaben-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, GewArch 2009, S. 476 ff.

Grabitz, E.; Hilf, M.; Nettesheim, M.: Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl., München 2009

Hansmann, K.-D.; Sellner, D. (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage, Berlin 2007

Jarass, H. D.: BImSchG – Bundes-Immissionsschutzgesetz, 10. Aufl. München 2013

Jarass, H. D.: Das neue Recht der Industrieanlagen, in: NVwZ 2013, S. 169 ff.

Jarass, H. D.: Pieroth, B. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), 13. Auflage München 2014

Jarass, L.: Rechtliche Defizite fördern überdimensionierten Stromnetzausbau, in: ZNER 2014, S. 231 ff.

Handbuch des Staatsrechts (HdStR): Isensee, W.; Kirchhof, P. (Hrsg.), Band V, 3. Auflage, Heidelberg 2007

Handbuch des Staatsrechts (HdStR), Isensee, W.; Kirchhof, P. (Hrsg.), Band VI, 3. Auflage, Heidelberg 2006

Klaus, S; Beyer, C.; Jaworski, P. (Ecofys): Allokationsmethoden der Reststrommengen nach dem Entwurf des Kohleausstiegsgesetzes (Studie), im Auftrag und hrsg. von Greenpeace, Hamburg 2012

Klinski, S.: Die genehmigungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Kraftwerksneubau und Fortbetrieb in der Energiewende, in: ER (EnergieRecht) 2012, 47 ff.

Klinski, S.: Die novellierten Stellplatzvorschriften (Diss.), Berlin 2001

Klinski, S.: EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage (Rechtsgutachten), im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 2. Aufl. Berlin 2009

Kloepfer, M.: 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, in: DVBl. 2011, S. 1437 ff.

Kloepfer, M.: Umweltrecht, 3. Auflage Berlin 2004

Koch, H.-J.: Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, in: NJW 2000, S. 1529 ff.

Koch, H.-J.; Krohn, S.: Umwelt in schlechter Verfassung? Der Umweltschutz nach der Föderalismusreform, NuR 2006, S. 673 ff.

Krajewski: M.: Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht; in: ZUR 2014, S. 396 ff.

Lenz, C. O.; Borchardt, K.-D-: EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. Köln 2012

Leprich, U.; Bofinger, K.; Ritzau, M. u.a. Stromsystem-Design: Das EEG 2.0 und Eckpfeiler eines zukünftigen Regenerativwirtschaftsgesetzes (Studie von IZES/Bofinger/BET im Auftrag der Baden Württemberg Stiftung), Saarbrücken/Würzburg/Aachen 2013

Martini, M.: Die Kernbrennstoffsteuer – ein steuerrechtlicher Störfall? Offene verfassungs- und unionsrechtliche Fragen, ZUR 2012, 219 ff.

Maunz, T.; Dürig, G. (Begr.) / Herzog, R. u.a. (Hrsg.): Grundgesetz, Loseblattkommentar Stand: März 2014

Milkau, A.: Ansätze zur Förderung der erneuerbaren Energien im Wärmemarkt, ZUR 2008, S. 561 ff.

Neuhoff, K.; Schopp, A: Europäischer Emissionshandel: Durch Backloading Zeit für Strukturreform gewinnen DIW-Wochenbericht 11/2013, S. 3 ff.

Oei, P.-Y.; Kemfert, C.; Reiz, F.; von Hirschhausen, C.: Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen im Rahmen der Energiewende (Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung/DIW – Reihe Politikberatung kompakt), Berlin 2014

Oei, P.-Y.; Kemfert, C.; Reiz, F.; von Hirschhausen, C.: Kohleverstromung gefährdet Klimaschutzziele: Der Handlungsbedarf ist hoch, in: DIW Wochenbericht Nr. 26/2014, S. 603 ff.

Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, Baden Baden u.a. 2012

Röckinghausen, M.: Die Industrie-Emissions-Richtlinie (IED) und ihre Umsetzung im Immissionsschutzrecht, in: UPR 2012, S. 161 ff.

Rogall, H.: 100%-Versorgung mit erneuerbaren Energien - Bedingungen für eine globale, nationale und kommunale Umsetzung, Marburg 2014

Roller, G.: Die Vereinbarkeit der nachträglichen gesetzlichen Befristung atomrechtlicher Genehmigungen mit Art. 14 GG, in: ZUR 1999, S. 244 ff.

SRU (Rat von Sachverständigen für Umweltfragen): Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung, Berlin 2011

Schäuble, D.; Volkert, D.; Jacobs, D.; Töpfer, K.(IASS): CO_2-Emissionsgrenzwerte für Kraftwerke – Ausgestaltungsansätze und Bewertung einer möglichen Einführung auf nationaler Ebene (Gutachten), Potsdam 2014

Schlömer, J.: Zur Verfassungsmäßigkeit des beschleunigten Atomausstiegs, in: ZNER 2014, S. 363 ff.

Schmidt-Preuß, M.: Atomausstieg in Eigentum, in: NJW 2000, S. 1524 ff.

Seefeldt, F.; Struwe, J.; Ragwitz, M.; Steinbach, J.; Jacobshagen, U.; Kachel, M.; Brandt, E.; Nast, M.; Simon, S.; Bürger, V.; 2012: Fachliche und juristische Konzeption eines haushaltsunabhängigen Instruments für erneuerbare Wärme, Berlin 2013

Streinz, R.: EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2012

Stüer, B.; Loges, S.: Ausstieg aus der Atomenergie zum Nulltarif?; in: NVwZ 2000, S. 9 ff.

Tipke, K.: Die Steuerrechtsordnung, Band 3, 3. Auflage, Köln 2013

Tipke, K.; Lang, J.: Steuerrecht, 21. Auflage, Köln 2013

v. Mangoldt, H.; Klein, F.; Starck, C.: Kommentar zum Grundgesetz (GG), Band 3, 6. Auflage, München 2010

v. Münch, I.; Kunig, P.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), Bd. 3, Art. 70-146, 6. Auflage, München 2012

Verheyen, R.: Rechtliche Instrumente zur Verhinderung neuer Kohlekraftwerke und Braunkohletagebaue, Rechtsgutachten (im Auftrag und hrsg. von der Deutsche Umwelthilfen und dem Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland – BUND), Berlin 2013

Verheyen, R.: Die Bedeutung des Klimaschutzes bei der Genehmigung von Kohlekraftwerken und bei der Zulassung des Kohleabbaus, ZUR 2010, S. 403 ff.

Körner, R.; Vierhaus, H.-P-: Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz Zuteilungsgesetz 2007, Kommentar, München 2005

Wallrabenstein, A.: Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs, in: Humboldt Forum 2011, S. 109 ff.

Wernsmann, R.: Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Kernbrennstoffsteuer, in: NVwZ 2011, S. 1367 ff.

Wieland, J.: Verfassungsfragen der Energiewende: Rahmenbedingungen der Umgestaltung (Vortrag bei den Bitburger Gesprächen, Januar 2014 (veröff. in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2014, S. 11-26), München 2014

Wronski, R.; Küchler, S.; Falke, I.; Wandscher, K.: Umsetzung eines CO_2-Mindestpreises in Deutschland (Studie des Forums ökologische Marktwirtschaft (FÖS) in Zusammenarbeit mit Rechtsanwälte Schnutenhaus und Koll. im Auftrag der European Climate Foundation, Manuskriptfassung), Berlin 2014

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_2-Emissionsstandards für Energieerzeugungsanlagen, in: ZNER 2014, S. 34 ff.

Ziehm, C.: Die Bundesregierung kann der zunehmenden Kohleverstromung begegnen – sie muss es nur wollen, in: ZUR 2014, S. 129 f.

Ziehm, C.; Wegener, H.: Zur Zulässigkeit nationaler CO_2-Grenzwerte für dem Emissionshandel unterfallende neue Energieerzeugungsanlagen (Rechtgutachten), hrsg. von der Deutschen Umwelthilfe e.V., Berlin 2013