

GUTACHTEN

# **Der Moment der Wahrheit – Klima oder Kohle?**

Ordnungsrecht angesichts ausbleibender  
Lenkungswirkung des Emissionshandels

erstellt im Auftrag von Germanwatch e.V. durch Rechtsanwältin Dr. Cornelia Ziehm

## **Impressum**

### **AutorInnen:**

Rechtsanwältin Dr. Cornelia Ziehm, Berlin

### **Redaktion:**

Christoph Bals, Tobias Pforte-von Randow

### **Herausgeber:**

Germanwatch e.V.

Büro Bonn

Dr. Werner-Schuster-Haus

Kaiserstr. 201

D-53113 Bonn

Telefon +49 (0)228 / 60 492-0, Fax -19

Büro Berlin

Stresemannstr. 72

D-10963 Berlin

Telefon +49 (0)30 / 28 88 356-0, Fax -1

Internet: [www.germanwatch.org](http://www.germanwatch.org)

E-Mail: [info@germanwatch.org](mailto:info@germanwatch.org)

November 2014

Bestellnr.: 14-3-01

ISBN 978-3-943704-26-6

Diese Publikation kann im Internet abgerufen werden unter:

**[www.germanwatch.org/de/9452](http://www.germanwatch.org/de/9452)**

# Inhalt

<b>I.</b>	<b>Ausgangslage</b> .....	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>Europarechtliche Zulässigkeit nationaler ordnungsrechtlicher Instrumente</b> .....	<b>6</b>
1.	CO <sub>2</sub> -Emissionsstandards.....	7
	a. Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie über Industrieemissionen.....	7
	b. Vereinbarkeit von Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie mit Primärrecht zweifelhaft .....	7
	c. Teleologische Auslegung der IE-Richtlinie in Verbindung mit Art. 193 AEUV.....	9
	d. Nationale CO <sub>2</sub> -Emissionsstandards als schutzverstärkende Maßnahme im Sinne von Art. 193 AEUV .....	11
	e. Kein Verstoß gegen Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV .....	14
2.	Mindestwirkungsgrade.....	14
3.	Altersbegrenzungen.....	15
4.	Flexibilitätskriterien .....	15
<b>III.</b>	<b>Eckpunkte zur Regelung nationaler ordnungsrechtlicher Instrumente</b> .....	<b>16</b>
1.	Immissionsschutzrecht als Regelungsgrundlage.....	16
2.	Spezifische CO <sub>2</sub> -Emissionsgrenzwerte für Neuanlagen .....	18
3.	Maximal zulässige CO <sub>2</sub> -Jahresfrachten in Kombination mit absoluten Altersgrenzen für Bestandsanlagen.....	18
	a. Kriterium der Mindest-Feuerungswärmeleistung von 100 MW .....	19
	b. Berechnung der zulässigen CO <sub>2</sub> -Jahresfracht .....	19
	c. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen .....	19
4.	Gewährleistung von Flexibilität .....	22
	a. Systemsicherheit.....	23
	b. Flottenlösung.....	23

# I. Ausgangslage

- Der Klimawandel schreitet dramatisch voran. Die aktuelle Konzentration von Treibhausgasen in der Atmosphäre ist die höchste seit 800.000 Jahren. Die globale Temperatur ist seit 1880 bereits um etwa 0,85 Grad Celsius gestiegen. Der Zeitraum von 1983 bis 2013 war auf der Nordhalbkugel wahrscheinlich die wärmste 30-Jahresperiode zumindest der letzten 1.400 Jahre. Der Meeresspiegelanstieg im Zeitraum von 1901 bis 2010 betrug  $19 \pm 2$  cm. Dabei hat sich der Anstieg seit Anfang des 20. Jahrhunderts beschleunigt. Der grönländische Eisschild und der antarktische Eisschild haben in den beiden letzten Jahrzehnten Masse verloren.<sup>1</sup> Der Zusammenbruch des Westantarktischen Eisschildes ist mit großer Wahrscheinlichkeit nicht mehr aufzuhalten.<sup>2</sup>
- Wenn keine effektiven Gegenmaßnahmen ergriffen werden, steuert die Erde bis zum Ende des Jahrhunderts auf eine Erwärmung um vier Grad Celsius zu. Das hätte katastrophale Folgen. Durch den Anstieg des Meeresspiegels sind weltweit Küstengebiete, aber auch Metropolen wie z.B. London und Hamburg gefährdet. Extremwetterereignisse werden immer häufiger und in ihrem Ausmaß immer heftiger werden.<sup>3</sup> Infolge von Dürren, Hochwassern, Stürmen und Hitze- und Kältewellen wird es zu sozialen Verwerfungen kommen.<sup>4</sup>
- 2009 erreichte der Klimagipfel in Kopenhagen nicht die gesetzten Ziele. Bis heute konnte in den internationalen Klimaschutzbemühungen kein Durchbruch erzielt werden. Ob es gelingt, auf der Klimaschutzkonferenz 2015 in Paris verbindliche Klimaschutzziele festzulegen, ist offen. Weder die Europäische Union noch einzelne ihrer Mitgliedstaaten nehmen im Rahmen der internationalen Klimaschutzverhandlungen derzeit eine Vorreiterrolle ein.
- Erneuerbare Energien sind inzwischen in vielen Regionen der Welt an oder sogar schon jenseits der Schwelle der Wettbewerbsfähigkeit. Das deutsche EEG und die Massenproduktion, vor allem in China, waren die maßgeblichen Treiber für diese Entwicklung. Bei geeigneter Rahmensetzung haben die Argumente „Es geht technisch nicht“ oder „es wird zu teuer“ ihre Überzeugungskraft verloren.
- Kohle kommt weltweit unter Druck. Vermutlich wird im neuen Fünf-Jahresplan in China eine Begrenzung für den Ausbau von Kohle beschlossen werden. In den USA lässt sich durch die dortigen neuen Regulierungen faktisch kein neues Kohlekraftwerk mehr bauen. Zudem muss der bestehende Kraftwerkspark bis 2030 seinen CO<sub>2</sub>-Ausstoß um 30 Prozent gegenüber 2005 senken. Die Weltbank und die meisten Entwicklungsbanken der OECD-Länder – zuletzt die KfW-Entwicklungsbank – fördern Kohlekraftwerke allenfalls noch im Ausnahmefall. Auch große institutionelle Investoren prüfen einen neuen Umgang mit der Kohle. Die USA haben vorgeschlagen, die OECD-Regeln für den Neubau von Kohlekraftwerken deutlich zu reduzieren. In Deutschland hingegen nimmt die Kohleverstromung wieder zu:
- Die CO<sub>2</sub>-Emissionen in Deutschland steigen seit 2012 wieder. Der Hauptgrund dafür sind die Inbetriebnahme großer neuer Kohlekraftwerke sowie die hohe Auslastung von Bestandsanlagen. Während der Ausbau Erneuerbarer Energien in Deutschland mit einem Anteil von aktuell knapp 28 Prozent am Stromverbrauch einen Rekordwert erreicht hat,<sup>5</sup> ist die Stromzeugung durch den zunehmenden Einsatz von Kohle in diesen Jahren insgesamt klimaschädlicher

<sup>1</sup> Siehe insgesamt *Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, Fünfter Sachstandsbericht, 2014.

<sup>2</sup> *Rahmstorf*, <http://www.scilog.de/klimalounge/westantarktis-ueberschreitet-den-kippunkt/>.

<sup>3</sup> *IPCC*, Fünfter Sachstandsbericht, 2014.

<sup>4</sup> Siehe nur *Stern*, *The Economics of Climate Change*, 2006.

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.agora-energiewende.de/themen/die-energiewende/detailansicht/article/erneuerbare-energien-erstmal-wichtigste-stromquelle/>.

statt klimafreundlicher geworden. Das untergräbt die Unterstützung für die Energiewende in Deutschland und macht sie international unglaubwürdig.

- Das nationale Klimaschutzziel von minus 40 Prozent bis 2020 wird ohne (zusätzliche) Reduktionsmaßnahmen im Stromsektor verfehlt werden. Deutschlands Ruf als Vorreiter im Klimaschutz wird dadurch schon jetzt massiv geschädigt.
- Deutschland hat die Chance, durch verbindliche Vorgaben für den Stromsektor auf nationaler Ebene das Erreichen des deutschen Klimaschutzziels sicherzustellen, zugleich Anstöße über Deutschland hinaus zu geben, den Stillstand in der Klimaschutzpolitik auf europäischer Ebene aufzubrechen und damit einen Beitrag zu leisten, um die internationalen Klimaschutzbemühungen (wieder) voranzubringen.

## II. Europarechtliche Zulässigkeit nationaler ordnungsrechtlicher Instrumente

Der europäische Emissionshandel ist in seiner jetzigen Ausgestaltung in hohem Maße unwirksam. Er bietet keinen Anreiz für die Energieversorgungsunternehmen in Deutschland (sowie in der Europäischen Union insgesamt), frühzeitig und nachhaltig umzusteuern und in klimafreundliche Technologien zu investieren.<sup>6</sup>

Es gibt ein massives Überangebot an Emissionsrechtezertifikaten. Das gilt unverändert trotz der Anfang 2014 beschlossenen zeitweisen Verknappung („Backloading“) von Zertifikaten. Denn damit werden lediglich 900 Millionen Zertifikate vom Markt genommen. Tatsächlich gibt es einen Überschuss von zwei Milliarden Emissionsrechtezertifikaten.<sup>7</sup> Nach den bisherigen Plänen werden die 900 Millionen Zertifikate dem Markt zudem nicht dauerhaft entzogen, sondern kommen nur später (2019 und 2020) und nicht bereits zwischen 2014 und 2016 auf den Markt.<sup>8</sup> Aktuell, also auch nach dem Backloading-Beschluss, liegt der Preis für ein Zertifikat zwischen fünf und sieben Euro pro Tonne CO<sub>2</sub> und mithin weit entfernt von einem für den so genannten fuel-switch erforderlichen Preis von mehr als 40 Euro pro Tonne CO<sub>2</sub>.<sup>9</sup>

Derzeit wird zwar – mit ungewissem Ausgang – um eine grundlegendere Reform des europäischen Emissionshandelssystems gerungen. Doch selbst wenn diese kommen sollte: Die notwendige Lenkungswirkung wäre bis 2020 nicht zu erreichen.

In der Vergangenheit waren Umweltpolitik und –recht dann erfolgreich, wenn es klare, verbindliche und justiziable Regelungen gab, die gleichzeitig Planungs- und Investitionssicherheit für die Verursacher von Umweltbeeinträchtigungen vermittelten. Die ordnungsrechtlichen Vorgaben des deutschen Luftreinehalte- und Gewässerschutzrechts beispielsweise sind deshalb in weiten Teilen Blaupause für entsprechende Regelungen auf europäischer Ebene gewesen. Vor diesem Hintergrund hatte die Europäische Kommission seinerzeit in ihrem „Grünbuch zum Handel mit Treibhausgasemissionen“<sup>10</sup> übrigens auch eine lediglich ergänzende Funktion des Emissionshandels neben ordnungsrechtlichen Instrumentarien erwogen, sich damit jedoch gegenüber der Mehrheit der Mitgliedstaaten nicht durchsetzen können.

Den einzelnen Mitgliedstaaten steht aber nunmehr die Möglichkeit offen, kumulativ zum europäischen Emissionshandel auf nationaler Ebene ordnungsrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Kohleverstromung festzuschreiben.

<sup>6</sup> Bundeskanzlerin Merkel auf dem Petersburger Klimadialog im Juli 2014, <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Rede/2014/07/2014-07-15-merkel-petersburg.html>; siehe zur grundsätzlichen Kritik am Emissionshandelssystem bzw. dessen konkreter Ausgestaltung bereits *Sachverständigenrat für Umweltfragen* (SRU), *Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung*, 2011, Tz. 444; *Wegener*, *Die Novelle des Emissionshandelsystems*, ZUR 2009, 283 ff.; *Winter*, *Das Klima ist keine Ware*, ZUR 2009, 289 ff.; *Ziehm*, *Eine Kritik am Emissionshandel – Sackgasse oder Königsweg?*, *Solarzeitalter* 2008, 34 ff.

<sup>7</sup> [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/hedegaard/headlines/news/2013-05-16\\_01\\_de.htm](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/hedegaard/headlines/news/2013-05-16_01_de.htm).

<sup>8</sup> In 2014 werden die Zertifikate um 400 Millionen reduziert, in 2015 um 300 Millionen und in 2016 um 200 Millionen.

<sup>9</sup> *Deutsches Institut für Wirtschaft (DIW)*, *Braunkohleausstieg – Gestaltungsoptionen im Rahmen der Energiewende*, 2014, S. 90f; [http://www.diw.de/sixcms/detail.php?id=diw\\_01.c.471618.de](http://www.diw.de/sixcms/detail.php?id=diw_01.c.471618.de); *Öko-Institut*, *CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der Kohleverstromung in Deutschland*, 2014, S. 23f.; <http://www.oeko.de/oekodoc/1995/2014-015-de.pdf>; *Institute for Advanced Sustainability Studies (IASS)*, *CO<sub>2</sub>-Emissionsgrenzwerte für Kraftwerke – Gestaltungsansätze und Bewertung einer möglichen Einführung auf nationaler Ebene*, 2014, S. 5, [http://www.iass-potsdam.de/sites/default/files/files/working\\_paper\\_emissionsgrenzwerte\\_3.pdf](http://www.iass-potsdam.de/sites/default/files/files/working_paper_emissionsgrenzwerte_3.pdf).

<sup>10</sup> KOM (2000) 87 endg.

# 1. CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards

## a. Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie über Industrieemissionen

Mit der Emissionshandels-Richtlinie 2003/87/EG<sup>11</sup> wurde 2003 europaweit ein Handelssystem für CO<sub>2</sub>-Emissionen aus bestimmten Industrieanlagen eingeführt. Im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/87/EG heißt es:

*„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...“*

Durch Art. 26 der Richtlinie 2003/87/EG wurde daher die Richtlinie 96/61/EG<sup>12</sup> über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (IVU-Richtlinie) um eine entsprechende Regelung ergänzt. Die IVU-Richtlinie wurde 2010 durch die Richtlinie über Industrieemissionen (IE-Richtlinie)<sup>13</sup> ersetzt. Art. 9 Abs. 1 der IE-Richtlinie hat die 2003 erfolgte Änderung der ursprünglichen IVU-Richtlinie mehr oder weniger wortgleich übernommen und lautet:

*„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.“*

Der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie verbietet danach die Festlegung von Emissionsgrenzwerten für Treibhausgase im Hinblick auf Anlagen, die dem Emissionshandelssystem unterfallen. Indes muss bezweifelt werden, ob eine solche Regelung mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist:

## b. Vereinbarkeit von Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie mit Primärrecht zweifelhaft

### aa) Vorsorgeprinzip, Art. 191 AEUV

Art. 191 Abs. 2 S. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verpflichtet die Umweltpolitik der Europäischen Union auf ein hohes Schutzniveau. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV legt fest, dass die Umweltpolitik der Union auf den „Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung“ beruht. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV konstituiert einen allgemeinen verbindlichen Handlungsauftrag für die Unionsorgane. Das Vorsorgeprinzip im Sinne dieser Vorschrift legitimiert zum Handeln be-

<sup>11</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 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, ABl. L 275 vom 25. Oktober 2003, S. 32, geändert durch die Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. L 140 vom 5. Juni 2009, S. 63.

<sup>12</sup> Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. L 257 vom 10. Oktober 1996, S. 26.

<sup>13</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung), ABl. L 334 vom 17. Dezember 2010, S. 17.

reits bei einer bloßen Besorgnis möglicher Umweltbeeinträchtigungen unterhalb der Gefahrenschwelle. Es verpflichtet auf eine Risikovermeidung.<sup>14</sup> Maßnahmen zum Schutz der Umwelt sollen nicht erst bei drohenden Schäden durch konkrete Umweltgefahren eingreifen, sondern bereits im Gefahrenvorfeld bei der Risikominimierung ansetzen. Daraus folgt eine Pflicht zu einer möglichst weit vorausschauenden und planenden Umweltvorsorge, die darauf ausgerichtet ist, Umweltschäden erst gar nicht entstehen zu lassen.

Das Vorsorgeprinzip ist das maßgebliche Instrument zur Bekämpfung des Schadstoffferntransports<sup>15</sup> und damit zur Bekämpfung des Klimawandels. Es wird, indem durch den Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie Treibhausgasemissionsgrenzwerte allein im Hinblick auf lokale Umweltverschmutzungen zugelassen sind, konterkariert.<sup>16</sup>

Aufbauend auf den Erkenntnissen der Klimawissenschaftler<sup>17</sup> hält die Politik es für notwendig, den globalen Temperaturanstieg auf maximal zwei Grad Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Im Copenhagen Accord, dem zentralen Abschlussdokument der 15. UN-Klimakonferenz in Kopenhagen im Dezember 2009, wurde die Bedeutung des Zwei-Grad-Limits zur Vermeidung eines gefährlichen Klimawandels explizit auch seitens der Europäischen Union anerkannt.<sup>18</sup> Ein Jahr später wurde in Cancún ein entsprechender formaler UN-Beschluss erzielt. Damit der Emissionshandel dieses Ziel adäquat unterstützen könnte, müsste er nach den EU-Vorgaben einen maßgeblichen Anteil zu einem Gesamtziel einer 80- bis 95-prozentigen Reduzierung von Treibhausgasen bis 2050 bewirken können. Das ist nach gegenwärtigem Kenntnisstand auszuschließen (siehe oben). Gleichwohl enthält Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie keine Regelung für den Fall, dass die Emissionshandels-Richtlinie in der Praxis nicht die Wirkung zeigt, die bei ihrem Erlass erwartet worden war.

Art. 9 Abs. 1 der IE-Richtlinie trifft auch keine Vorkehrungen, um sicherzustellen, dass selbst leicht vermeidbare CO<sub>2</sub>-Emissionen durch den ergänzenden Erlass von Emissionsstandards oder andere Instrumenten tatsächlich auch vermieden werden. Der CO<sub>2</sub>-Ausstoß ist vielmehr unabhängig von seiner Vermeidbarkeit bis zum Erreichen des auf der Grundlage der Emissionshandels-Richtlinie bestimmten Caps uneingeschränkt zulässig.

Derartige „Regelungslücken“ der IE-Richtlinie sind mit dem primärrechtlichen Vorsorgeprinzip schwerlich vereinbar.<sup>19</sup> Das gilt erst recht, weil beim Klimawandel irreversible und schwere, vielfach existentielle Schäden zu befürchten stehen. Das Primärrecht erfordert daher, da eine strikte Anpassung des Caps im Rahmen des Emissionshandelssystems kurzfristig nicht zu erreichen ist, geradezu ein ordnungsrechtliches Tätigwerden.

## bb) Energiepolitische Hoheit der Mitgliedstaaten, Art. 194 AEUV

Zweifel an der Vereinbarkeit des aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie folgenden Ausschlusses von Emissionsgrenzwerten für Treibhausgase mit dem Primärrecht bestehen überdies

<sup>14</sup> Siehe nur *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 191 AEUV Rn. 28, 31; *ders.*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 153 ff.; *Schröder*, Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Neuausgabe 2003, § 9 Rn. 35; *Lübbe-Wolff*, Präventiver Umweltschutz – Auftrag und Grenzen des Vorsorgeprinzips im deutschen und europäischen Recht, in: Bizer/Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1998, S. 51 ff.; *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge, 1995, S. 58 ff.

<sup>15</sup> Siehe auch BVerwGE 69, 37, 44 - Heidelberger Fernheizwerk.

<sup>16</sup> *Ziehm*, Neue rechtliche Vorgaben für Bau und Betrieb von Kohlekraftwerken, 2014, [http://www.gruene-undestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag\\_de/themen\\_az/energie/PDF/2014-05-26\\_STUDIE\\_Neue\\_rechtliche\\_Vorgaben\\_fuer\\_Bau\\_und\\_Betrieb\\_von\\_Kohlekraftwerken.pdf](http://www.gruene-undestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/energie/PDF/2014-05-26_STUDIE_Neue_rechtliche_Vorgaben_fuer_Bau_und_Betrieb_von_Kohlekraftwerken.pdf).

<sup>17</sup> Siehe statt vieler IPCC, Fünfter Sachstandsbericht, 2014.

<sup>18</sup> Copenhagen Accord 2009, <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/11a01.pdf>.

<sup>19</sup> Siehe auch *Epiney*, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236, 242; *Diehr*, Rechtsschutz im Emissionszertifikate-Handelssystem, 2006, S. 168 f.

im Hinblick auf Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV. Maßnahmen der Europäischen Union im Bereich der Energiepolitik lassen danach das Recht eines Mitgliedstaates unberührt, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energiere Ressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen. Ebenso wenig wie mit dem Vorsorgeprinzip aus Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV wäre es mit Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV vereinbar, wenn ein Mitgliedsstaat gegenüber Anlagen, die dem Emissionshandel unterliegen, auf nationaler Ebene keine Vorgaben erlassen dürfte, obwohl vom Emissionshandelssystem offensichtlich keine wirkungsvolle Lenkungswirkung ausgeht und der Kraftwerkspark in dem Mitgliedstaat deshalb eine Ausrichtung hin auf fossile Kraftwerke nimmt, die den energie- und klimapolitischen Zielen des Mitgliedstaates widerspricht. Wollte man das anders sehen, ließe das durch Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV garantierte Recht eines Mitgliedstaates, die Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen, ins Leere.

Durch ordnungsrechtliche Vorgaben für den Ausstoß von CO<sub>2</sub> würden weniger oder weniger kohlenstoffintensive Brennstoffe eingesetzt und folglich eine veränderte Nutzung der Energiere Ressourcen bzw. eine veränderte Wahl von Energieträgern bewirkt werden.<sup>20</sup>

### **c. Teleologische Auslegung der IE-Richtlinie in Verbindung mit Art. 193 AEUV**

#### **aa) Erwägungsgründe**

Ein – bei derzeitiger Rahmensetzung – in hohem Maße unwirksames System wie der europäische Emissionshandel kann nicht über seine eigene Wirkungslosigkeit hinaus (auch noch) das Ergreifen wirksamer Maßnahmen verbieten. Da das Sekundärrecht das Primärrecht nicht außer Kraft setzen kann, steht den Mitgliedstaaten für wirksame Maßnahmen wie CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards auf nationaler Ebene die so genannte Schutzverstärkungsklausel des Art. 193 AEUV zur Verfügung.

Art. 193 AEUV ermächtigt die Mitgliedstaaten zu verstärkten Schutzmaßnahmen gegenüber Rechtsakten, die, wie die IE-Richtlinie, auf der Grundlage des Umwelttitels von Art. 192 AEUV erlassen wurden. Denn bei auf Grund von Art. 192 AEUV ergangenen Rechtsakten handelt es sich um Maßnahmen ohne Binnenmarktbezug, jedenfalls stehen bei ihnen – wenn überhaupt – die Aspekte der einheitlichen Wirkung und der Verringerung von Transaktionskosten, die durch unterschiedliches nationales Recht entstehen, im Hintergrund.<sup>21</sup> Art. 193 AEUV eröffnet den Mitgliedstaaten vielmehr auch dann Freiräume, wenn die fragliche sekundärrechtliche Regelung ihrem Wortlaut nach eine vollständige Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts anzustreben scheint.<sup>22</sup>

Selbst wenn man also Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie für mit dem europäischen Primärrecht vereinbar halten wollte, so folgt jedenfalls aus der gebotenen teleologischen Auslegung der Richtlinie in Verbindung mit Art. 193 AEUV die europarechtliche Zulässigkeit nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards:

Den Kern einer solchen an Sinn und Zweck der Regelung orientierten Auslegung bilden die der IE-Richtlinie vorangestellten Erwägungsgründe. Die Erwägungsgründe sind mehr als bloße Gesetzgebungsmaterialien, sie geben in prominenter Weise die Absicht und die dahinter stehende politi-

<sup>20</sup> Dies wäre nur anders, wenn CCS zum Einsatz kommen sollte, wozu aber in Deutschland der politische Wille und die Akzeptanz nicht bestehen.

<sup>21</sup> *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 160.

<sup>22</sup> *Nettesheim*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand Mai 2014, Art. 193 AEUV Rn. 2.

sche Regelungsvorstellung des Gesetzgebers wieder. Sie sind Richtschnur der teleologischen Interpretation.<sup>23</sup>

Der zehnte Erwägungsgrund der IE-Richtlinie lautet:

*„Im Einklang mit Art. 193 AEUV hindert diese Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, zum Beispiel Vorschriften für die Treibhausgasemissionen, sofern solche Maßnahmen mit den Verträgen vereinbar sind und der Kommission notifiziert wurden.“*

Der zehnte Erwägungsgrund bestätigt damit nicht nur die grundsätzliche Anwendbarkeit des Primärrechts. Er betont darüber hinaus und vor allem die Absicht des Gesetzgebers der IE-Richtlinie, nationale Schutzverstärkungen nicht nur im Hinblick auf die von der IE-Richtlinie geregelten Schadstoffe wie SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub> oder Staub zu ermöglichen, sondern explizit auch im Hinblick auf die von der IE-Richtlinie nicht geregelten Emissionen von Treibhausgasen. Das heißt, der Gesetzgeber der IE-Richtlinie hat nicht nur Schutzverstärkungen in Form von strengeren nationalen Emissionsgrenzwerten beispielsweise für SO<sub>2</sub> intendiert, sondern darüber hinaus und gerade ausdrücklich auch die erstmalige nationale Reglementierung von europäisch bislang nicht reglementierten Schadstoffen wie Treibhausgasen (siehe dazu auch sogleich unten d)). Das gilt unterschiedslos für dem Emissionshandel nicht unterfallende Anlagen wie für Anlagen, die am Emissionshandel teilnehmen.

## bb) Dynamische Auslegung

Mit dem Vorstehenden korrespondiert, dass jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts im Rahmen der teleologischen Auslegung im Lichte des Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der entsprechenden Vorschrift auszulegen ist.<sup>24</sup> Geboten ist ein dynamisches Verständnis. Der 2003 durch Art. 26 der Emissionshandels-Richtlinie erfolgten Änderung des Art. 9 der IVU-Richtlinie (jetzt IE-Richtlinie) lag die Erwägung zugrunde, dass der Emissionshandel die von ihm erwartete Lenkungswirkung tatsächlich entfalten und maßgeblich zur Verwirklichung des in den Erwägungsgründen der Emissionshandels-Richtlinie benannten Ziels der Bekämpfung der Klimaänderung und der Umsteuerung hin zu klimafreundlichen Technologien beitragen würde.<sup>25</sup> Das hat sich als unzutreffend erwiesen. Die damalige Annahme ist überholt und kann bei der Interpretation der IE-Richtlinie nicht (mehr) herangezogen werden.

Auch wenn es für die Frage der Zulässigkeit einer Schutzverstärkung auf die IE-Richtlinie und deren Systematik ankommt, so sei darauf hingewiesen, dass auch die Emissionshandels-Richtlinie bei teleologischer Auslegung auf die primärrechtliche Schutzverstärkungsklausel rekurriert. Der 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/87/EG benennt nämlich explizit die Möglichkeit einer Kombination des Emissionshandels mit anderen Instrumenten. Danach soll der Emissionsrechtezertifikatehandel Teil eines umfassenden und kohärenten Politik- und Maßnahmenpakets sein, das auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durchgeführt wird. Die Mitgliedstaaten können, so heißt es im 23. Erwägungsgrund weiter, bei Tätigkeiten, die unter das Gemeinschaftssystem fallen, die Auswirkungen von ordnungs- und steuerpolitischen sowie sonstigen Maßnahmen prüfen, die auf die gleichen Ziele wie die Emissionshandels-Richtlinie gerichtet sind. Auch die Emissionshandels-Richtlinie geht also mitnichten von einem Alleinstellungsmerkmal oder einem absoluten Vorrang des Emissionshandelssystems aus.

---

<sup>23</sup> Vgl. Köndgen, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn 40 ff.

<sup>24</sup> Vgl. EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 20 (“C.I.L.F.T.”).

<sup>25</sup> Siehe die Erwägungsgründe 1 bis 5 und 26 der Emissionshandels-Richtlinie.

## **d. Nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards als schutzverstärkende Maßnahme im Sinne von Art. 193 AEUV**

### **aa) Fortführung des Ansatzes der IE-Richtlinie**

Der EuGH stellt für die Frage, ob eine Schutzverstärkung im Sinne von Art. 193 AEUV anzunehmen ist, darauf ab, ob mit der nationalen Maßnahme dieselben Ziele und dieselbe Ausrichtung verfolgt werden wie im Sekundärrecht.<sup>26</sup> Die daran anschließende Frage, ob als verstärkte Schutzmaßnahme auch abweichende nationale Schutzkonzepte oder -instrumente vorgesehen werden können, hat der EuGH bislang offen gelassen.

Dem Wortlaut nach verlangt Art. 193 AEUV lediglich eine gegenüber dem fraglichen europäischen Sekundärrecht verstärkte Schutzmaßnahme, nicht eine auch im Hinblick auf Mittel, Methoden und Instrumente mit dem fraglichen Sekundärrecht identische Maßnahme.<sup>27</sup> Nach seinem Sinn und Zweck soll Art. 193 AEUV eine Anstoß- und Vorbildfunktion einzelner Mitgliedstaaten ermöglichen und Nachzieheffekte auf Unionsebene bewirken.<sup>28</sup> Das wiederum impliziert, dass die Mitgliedstaaten mit verstärkten Schutzmaßnahmen die im Sekundärrecht vorgesehenen Konzepte und Schutzansätze zwar nicht unterwandern dürfen, nicht aber an sie gebunden sind.<sup>29</sup>

Ausgehend von Sinn und Zweck des Art. 193 AEUV ist daher eine Entscheidung im Einzelfall erforderlich, die den Prinzipien und Zielen des Art. 191 AEUV der zugrunde liegenden sekundärrechtlichen Gemeinschaftsregelung systematisch Rechnung trägt.<sup>30</sup> Eine mitgliedstaatliche Schutzverstärkung ist danach zulässig, wenn sie in dieselbe Richtung wie die Gemeinschaftsregelung zielt, diese in systematisch vergleichbarer Weise weiterführt und dazu beiträgt, den Zielen und Prinzipien des Art. 191 AEUV näherzukommen.<sup>31</sup>

Bestätigung findet das in der IE-Richtlinie selbst. Denn die Schadstoffliste in Anhang II der IE-Richtlinie führt keine Treibhausgasemissionen auf, mithin trifft die Richtlinie auch keine Regelungen im Hinblick auf Treibhausgasemissionen. Festgeschrieben werden Emissionsstandards allein für SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub> und Staub. Im zehnten Erwägungsgrund der IE-Richtlinie werden jedoch – siehe soeben oben c) – auf der Grundlage von Art. 193 AEUV ausdrücklich „Vorschriften für Treibhausgasemissionen“ auf mitgliedstaatlicher Ebene auch für dem Emissionshandel unterfallende Anlagen für zulässig erklärt. Das heißt, die Mitgliedstaaten sind im Rahmen nationaler Schutzverstärkungen danach gerade nicht allein darauf festgelegt, strengere Vorgaben für vom Europarecht bereits durch Emissionsstandards reglementierte Schadstoffe zu normieren. Sie können auch europarechtlich bislang nicht durch Emissionsstandards reglementierte Stoffe in den Blick nehmen, vorausgesetzt, dies geschieht in einer systematisch vergleichbaren Weise und zur Verwirklichung der Ziele und Prinzipien des Art. 191 AEUV.

Das ist in Bezug auf Emissionsstandards für CO<sub>2</sub>-Emissionen der Fall. Die IE-Richtlinie verlangt die Festlegung ordnungsrechtlicher Emissionsstandards für bestimmte Schadstoffe wie SO<sub>2</sub> und NO<sub>x</sub> im nationalen Recht sowie sodann in den jeweiligen Anlagengenehmigungen (Art. 14 der IE-Richtlinie). Ordnungsrechtliche nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards führten diesen Ansatz der IE-

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-6/03, Slg. 2005 I, 2753 Rn. 41 (Deponiezweckverband Eiterköpfe).

<sup>27</sup> Siehe auch *Appel*, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 66; Calliess a.a.O., Art. 193 AEUV Rn. 9.

<sup>28</sup> Calliess a.a.O., Art. 193 AEUV Rn. 2; siehe auch *Nettesheim* a.a.O., Art. 193 AEUV Rn. 4 sowie *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 193 AEUV Rn. 3.

<sup>29</sup> *Epiney*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2014, Art. 193 AEUV, Rn. 7.

<sup>30</sup> Calliess a.a.O., Art. 193 AEUV Rn. 9; *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1999, S. 43; *Frenz*, Europäisches Umweltrecht, 1997, S. 208 f.; *Schröder*, Die steuernde und marktbegrenzende Wirkung umweltschutzrelevanter Prinzipien des EG-Vertrages am Beispiel des Abfallexportes, NVwZ 1996, 833.

<sup>31</sup> Calliess a.a.O., Art. 193 AEUV Rn. 9; siehe auch *Jarass*, Verstärkter Umweltschutz der Mitgliedstaaten nach Art. 176 EG, NVwZ 1996, 529, 530.

Richtlinie für CO<sub>2</sub> in systematisch gleicher Weise fort. Es handelte sich um einen zu den Instrumenten der IE-Richtlinie parallelen Ansatz für einen zusätzlichen Stoff.

Eine solche schutzverstärkende Maßnahme ist im Übrigen in Deutschland bereits im Hinblick auf Quecksilberemissionen von Feuerungsanlagen erfolgt: Die IE-Richtlinie sieht für derartige Anlagen lediglich Emissionsgrenzwerte für SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub> und Staub vor. Die deutsche 13. BImSchV setzt zusätzlich für diese Anlagen Emissionsgrenzwerte für Quecksilber fest. Sie geht also mit der Normierung von Emissionsgrenzwerten für den unionsweit in der IE-Richtlinie nicht geregelten Stoff Quecksilber explizit über eine „1:1-Umsetzung“ hinaus.<sup>32</sup> Es ist nichts dafür ersichtlich, dass und warum im Rahmen von schutzverstärkenden Maßnahmen nach Art. 193 AEUV für CO<sub>2</sub>-Emissionen etwas anderes gelten sollte als für Quecksilber-Emissionen.

Mit nationalen CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards würde auch keineswegs das System der Emissionshandels-Richtlinie konterkariert werden. Denn dieses fände ja weiterhin für die unter Beachtung der festgelegten Standards emittierten CO<sub>2</sub>-Mengen Anwendung.<sup>33</sup> Es spricht zudem vieles dafür, dass die Einführung von Ordnungsrecht in Deutschland den politischen Ansätzen, den EU-Emissionshandel zu reformieren, Dynamik verleihen würde. Ein ordnungsrechtlicher Ansatz kann also Druck in Richtung eines funktionierenden EU-Emissionshandels ausüben. Dem Ordnungsrecht kommt dann sogar umgekehrt eine Stützungswirkung für ein Emissionshandelsregime zu. Um diese Wechselwirkung deutlich zu machen, könnte das Ordnungsrecht grundsätzlich so ausgestaltet werden, dass es dann, wenn bestimmte – mit der Zeit steigende – CO<sub>2</sub>-Preise überschritten würden, „ausgesetzt“ würde.

Im Übrigen enthält das Emissionshandelssystem selbst bereits ordnungsrechtliche Elemente. Das gilt etwa im Hinblick auf das brennstoffbezogene Benchmarking-System, die Mindeststandards für industrielle Großemittenten sowie schließlich für das Cap, das mit ordnungsrechtlichen Mitteln einen Marktrahmen setzt, mit dem die Gesamtmenge der zuzuteilenden Zertifikate bestimmt wird. Die CCS-Richtlinie<sup>34</sup> sieht überdies vor, dass für Anlagen, die ihre erste Genehmigung nach Inkrafttreten der CCS-Richtlinie erhalten, die räumlichen Voraussetzungen für die Nachrüstung der Anlage mit CCS-Technologie geschaffen werden müssen (so genanntes carbon capture ready). Konkret muss auf dem Betriebsgelände genügend Platz freigehalten werden. Hierbei handelt es sich aber in der Sache um nichts anderes als eine Anforderung zur Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen, die über das immissionsschutzrechtliche Anlagenrecht auch gegenüber den am Emissionshandel teilnehmenden Betreibern durchzusetzen ist.<sup>35</sup> Die Trennung zwischen Ordnungsrecht einerseits und Emissionshandelssystem andererseits ist also auch deshalb keine absolute. Vielmehr existiert bereits gegenwärtig eine Kombination von Handelsmechanismus und Ordnungsrecht.

## bb) Mehr Umweltschutz

Die Beurteilung, ob nationale Schutzverstärkungen wie etwa nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards zu mehr Umweltschutz führen, unterliegt einem dynamischen Verständnis. Das heißt: Eine sofortige europaweite Verringerung der CO<sub>2</sub>-Emissionen auf Grund mitgliedstaatlicher Maßnahmen ist zwar zweifellos begrüßenswert, aber primärrechtlich nicht zwingend erforderlich. Es ist Schutzverstärkungen nach Art. 193 AEUV vielmehr regelmäßig immanent, dass sie (zunächst) auf nationaler

<sup>32</sup> Siehe auch *Knopp/Peine/Pfaff*, Revision des Immissionsschutzrechts durch die Industrieemissionen-Richtlinie, 2012.

<sup>33</sup> *Epiney*, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236, 242.

<sup>34</sup> Richtlinie 2009/31/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die geologische Speicherung von Kohlendioxid und zur Änderung der Richtlinie 85/337/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2000/60/EG, 2001/80/EG, 2004/35/EG, 2006/12/EG und 2008/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 1013/2006, ABl L 140 vom 5. Juni 2009, S. 114.

<sup>35</sup> Vgl. *Wickel*, Die Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid (Carbon Capture and Storage) – Eine neue Technik als Herausforderung für das Umweltrecht, ZUR 2011, 115, 117.

Ebene wirken. Eröffnet man einerseits den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, nationale Schutzverstärkungen zu ergreifen, wollte aber – andererseits – zwingend verlangen, dass sich auf Grund eben dieser Maßnahmen beispielsweise die CO<sub>2</sub>-Emissionen unmittelbar und nicht erst mittelfristig in der europäischen Union verringern, wäre das in sich widersprüchlich und ließe die mit Art. 193 AEUV verfolgte Vorbild- und Anstoßfunktion außer Acht.

In jedem Fall würden nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards aus Gründen eines effektiveren Klimaschutzes erlassen werden, sie dienen folglich dem Umweltschutzziel des Art. 191 AEUV und damit der Verwirklichung der Ziele der Verträge der Europäischen Union. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Emissionshandelssystem die Einhaltung einer bestimmten Obergrenze von CO<sub>2</sub>-Emissionen durch das vorgegebene Cap verlangt und dieses Cap durch nationale Maßnahmen zunächst nicht tangiert werden würde.

Denn, erstens, müsste sich der fragliche Mitgliedstaat in der nächsten Verhandlungsrunde über das Cap aus Gründen der Stringenz des eigenen Handelns für eine Reduktion des Caps einsetzen, die die Auswirkungen der nationalen CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards berücksichtigt.

Zweitens ist das Cap nicht Selbstzweck, sondern „lediglich“ Mittel zur Erreichung des Ziels des Emissionshandelssystems. Das – aus Klimaschutzgründen gebotene – Ziel des Emissionshandels besteht in der Vermeidung eines gefährlichen Klimawandels. Der Emissionshandel mit dem Cap ist ein *Instrument*, um das *Ziel* der Erfüllung der international eingegangenen Klimaschutzverpflichtungen zu erreichen. Das folgt unter anderem aus dem fünften Erwägungsgrund der Emissionshandels-Richtlinie. Dort heißt es:

*„Die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten sind übereingekommen, ihre Verpflichtungen zur Verringerung der anthropogenen Treibhausgasemissionen im Rahmen des Kyoto-Protokolls gemäß der Entscheidung 2002/358/EG gemeinsam zu erfüllen. Diese Richtlinie soll dazu beitragen, dass die Verpflichtungen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten durch einen effizienten europäischen Markt für Treibhausgasemissionszertifikate effektiver und unter möglichst geringer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entwicklung und der Beschäftigungslage erfüllt werden.“*

Der Emissionshandel soll zu einem nachhaltigen Umsteuern unter anderem der Energieversorgungsunternehmen hin zu klimafreundlichen Techniken beitragen. Das bewirkt der Emissionshandel in seiner derzeitigen Ausgestaltung jedoch gerade nicht. CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards setzen genau an diesem Defizit an und bedeuteten daher mindestens mittelfristig im Ergebnis mehr Klimaschutz insgesamt.

Drittens würde die Einrichtung einer Marktstabilitätsreserve (MSR) die Möglichkeit eröffnen, CO<sub>2</sub>-Reduktionen durch nationales Ordnungsrecht auch direkt in EU-weite CO<sub>2</sub>-Reduktionen zu übersetzen. Die MSR, zu der am 5. November 2014 im Europaparlament eine erste Expertenanhörung stattfand, wird möglicherweise noch vor der Sommerpause 2015 beschlossen und ab 2016, -17 oder -18 in Kraft treten. Die MSR könnte einen durch nationale Politiken weiter anwachsenden Zertifikateüberschuss zügig, für alle absehbar und transparent vom Markt nehmen und damit die sonst möglichen Preistrückgänge bei den Zertifikaten verhindern. Die MSR wäre damit eine passende Flankierung zu nationalen ordnungsrechtlichen Maßnahmen in Bezug auf Kohle.

Schließlich und vierten trügen ordnungsrechtliche Maßnahmen zur Umsteuerung der Investitionen in klimafreundlichere Technologien bei, gewährleisteten Planungssicherheit und bewirkten eine Anstoßfunktion für die Union und die anderen Mitgliedstaaten.

Wollte man das anders sehen, bedeutete das in der Konsequenz, dass ein Mitgliedsstaat auch gegenüber neuen Großanlagen, die dem Emissionshandel unterliegen, auf nationaler Ebene keine Vorgaben erlassen dürfte, obwohl vom Emissionshandelssystem offensichtlich keine wirksame Lenkungswirkung ausgeht und der Kraftwerkspark in dem Mitgliedstaat deshalb eine Ausrichtung

hin auf fossile Kraftwerke nimmt, die mit dem Klimaschutzziele des Mitgliedstaates nicht vereinbar ist. Ein offenkundig unwirksames System kann aber nicht über seine eigene Wirkungslosigkeit hinaus auch noch das Ergreifen wirksamer Maßnahmen im Sinne der Zielerreichung verbieten. Eine Manifestierung einer in hohem Maße unzureichenden Lenkungswirkung wäre vielmehr schwerlich mit dem eigentlichen Sinn und Zweck des Emissionshandels, dem Vorsorgeprinzip aus Art. 191 AUEV, der energiepolitischen Hoheit der Mitgliedstaaten nach Art. 194 AEUV sowie dem in Art. 20a GG verankerten Staatsziel Umweltschutz vereinbar.

Unabhängig von dem Vorstehenden wäre es zweifelsohne wünschenswert – wenn auch im Rahmen von Art. 193 AEUV nicht Voraussetzung –, dass Deutschland einen „Vorreiterclub“ von ähnlich agierenden Ländern in der Europäischen Union initiierte. Denn wenn sich einige wenige relevante Mitgliedstaaten beteiligten, dürften sogar unionsweit unmittelbar Emissionsreduktionen zu erwarten sein.

## **e. Kein Verstoß gegen Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV**

Die IE-Richtlinie ist auf Grund von Art. 192 AEUV ergangen. Es handelt sich um eine Maßnahme ohne Binnenmarktbezug, jedenfalls stehen die Aspekte der einheitlichen Wirkung und der Verringerung von Transaktionskosten, die durch unterschiedliches nationales Recht entstehen, im Hintergrund (siehe oben c)). Dementsprechend würden auch auf der Grundlage von Art. 193 AEUV als Schutzverstärkung zur IE-Richtlinie erlassene nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards nicht gegen die in Art. 34 AEUV statuierte Warenverkehrsfreiheit verstoßen. Es ginge nicht um den grenzüberschreitenden Verkauf von Strom. Mit derartigen nationalen Regelungen würde der grenzüberschreitende Handel mit der Ware Strom nicht diskriminiert, sondern eine allein für im Inland betriebene Erzeugungsanlagen geltende Restriktion festgelegt werden.<sup>36</sup> Es ist deshalb bereits nichts dafür ersichtlich, dass die Warenverkehrsfreiheit eingeschränkt werden würde.

Hingewiesen sei an dieser Stelle zudem darauf, dass der EuGH erst kürzlich ausdrücklich klargestellt hat, dass nationale Förderregelungen auf die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien im Inland beschränkt werden dürfen und insoweit kein Verstoß gegen die durch Art. 34 AEUV gewährleistete Warenverkehrsfreiheit vorliegt.<sup>37</sup> Was aber für die nationale finanzielle Förderung bestimmter Energieerzeugungsformen gilt, gilt mindestens genauso, wenn nicht erst recht für nationale Anforderungen an den Betrieb von Stromerzeugungsanlagen.

## **2. Mindestwirkungsgrade**

Die Zulässigkeit der Festsetzung von Effizienzanforderungen in Gestalt von elektrischen Mindestwirkungsgraden für fossile Kraftwerke folgt direkt aus Art. 9 Abs. 2 IE-Richtlinie. Danach steht es „den Mitgliedstaaten ... 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“. Dieselbe Formulierung findet sich im 21. Erwägungsgrund der Emissionshandels-Richtlinie.

<sup>36</sup> Siehe auch *Klinski*, Genehmigungsrechtliche Rahmenbedingungen für Kraftwerksneubau und -fortbetrieb in der Energiewende, ER 2012, 47, 52.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-573/12 (Alands Vindskraft), [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5e7cdf88f307040e296e4ceb994fdb42\\_e34Kaxilc3qMb40Rch0SaxuObxj0?text=&docid=154403&pagelndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=182535](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5e7cdf88f307040e296e4ceb994fdb42_e34Kaxilc3qMb40Rch0SaxuObxj0?text=&docid=154403&pagelndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=182535).

Der Gesetzgeber der IE-Richtlinie geht damit von einer Festlegung von Energieeffizienzanforderungen durch die Mitgliedstaaten auch für dem Emissionshandel unterliegende Anlagen aus. Zugleich hat er festgelegt, dass aber auch diejenigen Mitgliedstaaten richtlinienkonform handeln, die auf die Festlegung solcher Anforderungen verzichten. Das heißt: Den Mitgliedstaaten wird im Hinblick auf Energieeffizienzanforderungen durch Art. 9 Abs. 2 IE-Richtlinie eine Wahlmöglichkeit eingeräumt.

Ergänzend gelten im Hinblick auf die Zulässigkeit nationaler Mindestwirkungsgrade selbstverständlich die obigen Ausführungen unter Ziffer 1. zum europäischen Primärrecht.

### 3. Altersbegrenzungen

Auch für die Beurteilung der Zulässigkeit von nationalen Altersbegrenzungen von fossilen Kraftwerken sowie eines Ausschlusses von Kraftwerksneubauten<sup>38</sup> ist insbesondere das europäische Primärrecht maßgeblich. Gemäß Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV steht den Mitgliedstaaten das Recht zu, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen (siehe oben). Das durch Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV garantierte Recht eines Mitgliedstaates, zwischen verschiedenen Energiequellen zu wählen und die Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen, liefe leer, wollte man zeitliche Beschränkungen nationaler Genehmigungsakte ausschließen. Die Mitgliedstaaten legen ihre jeweiligen energiepolitischen Ziele fest und machen diese zur Grundlage für die Ausrichtung ihres Kraftwerksparks. Das gilt auch und gerade im Hinblick auf Bestandsanlagen. Dementsprechend stand etwa die europarechtliche Zulässigkeit der 2002 und 2011 erfolgten Laufzeitbegrenzungen für deutsche Atomkraftwerke nie in Zweifel. Klärungsbedürftig ist insoweit die Frage der Verhältnismäßigkeit derartiger Altersbegrenzungen, die allerdings ausschließlich anhand des nationalen Rechts zu beantworten ist.

Im Hinblick auf Neubauten verlangt die 2009, also nach Erlass der Emissionshandels-Richtlinie im Jahre 2003, ergangene Elektrizitätsbinnenmarkts-Richtlinie<sup>39</sup> in Art. 7 Abs. 2 überdies ausdrücklich von den Mitgliedstaaten, dass sie die Kriterien für die Erteilung von Genehmigungen zum Bau von Erzeugungsanlagen in ihrem Hoheitsgebiet festlegen und dabei unter anderem folgenden Aspekten Rechnung tragen: Umweltschutz, Energieeffizienz, Art der Primärenergieträger, Beitrag von Erzeugungskapazitäten zur Verringerung der Emissionen.

### 4. Flexibilitätskriterien

Energiewirtschaftliche Fragen wie die der Regelbarkeit von Energieanlagen – sind dem Anwendungsbereich der Emissionshandels-Richtlinie und der IE-Richtlinie von vornherein entzogen.<sup>40</sup> Das heißt, die Problematik, die insbesondere im Hinblick auf die europarechtliche Zulässigkeit nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards erörtert wurde, stellt sich für die europarechtliche Zulässigkeit nationaler Flexibilitätskriterien im Energiewirtschaftsrecht von vornherein nicht.

---

<sup>38</sup> Im Hinblick auf Kraftwerksneubauten siehe auch *Verheyen*, Rechtliche Instrumente zur Verhinderung neuer Kohlekraftwerke und Braunkohletagebaue in Deutschland, 2013.

<sup>39</sup> Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. L 211 vom 14. August 2009, S. 55.

<sup>40</sup> Siehe auch *Klinski* a.a.O., S. 52.

### III. Eckpunkte zur Regelung nationaler ordnungsrechtlicher Instrumente

#### 1. Immissionsschutzrecht als Regelungsgrundlage

Nationale ordnungsrechtliche Instrumente in Form von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards, Mindestwirkungsgraden, Altersbegrenzungen und Flexibilitätsanforderungen für fossile Kraftwerke sind kumulativ zum europäischen Emissionshandel zulässig, wenn nicht sogar aus Gründen des Vorsorgeprinzips und der energiepolitischen Hoheit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Struktur ihrer Energieversorgung primärrechtlich geboten.

Flexibilitätsanforderungen sind energiewirtschaftlicher Natur und fallen damit in den Regelungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG). § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG enthält insoweit eine Verordnungsermächtigung; diese ist allerdings auf Flexibilitätsanforderungen für Neuanlagen beschränkt. Ein Instrument der nachträglichen Anordnung im Hinblick auf Bestandsanlagen kennt das EnWG nicht. Konkrete Regelungsvorschläge für Flexibilitätsanforderungen erfolgen innerhalb dieser Studie deshalb zunächst nicht.

CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards und Mindestwirkungsgrade sind im deutschen Rechtssystem im Immissionsschutzrecht zu verankern. Konkret muss dafür zunächst die Sperrklausel des § 5 Abs. 2 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) gestrichen werden. Sodann sind CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards oder Mindestwirkungsgrade in der Großfeuerungsanlagenverordnung (13. Bundesimmissionsschutzverordnung – 13. BImSchV) festzulegen und im Rahmen nachträglicher Anordnungen nach § 17 Abs. 1 BImSchG auch gegenüber Bestandsanlagen durchzusetzen. Auch Alterbegrenzungen und der Ausschluss der Erteilung von neuen Genehmigungen für Kraftwerke können unter dem Dach des Immissionsschutzrechts geregelt werden, da das BImSchG die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung und des späteren Betriebs der Anlagen enthält.

Das BImSchG ist keineswegs auf Luftreinhalteregeln im Hinblick auf „klassische“ Schadstoffe wie zum Beispiel SO<sub>2</sub> beschränkt. Im Gegenteil ist das in § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG verankerte Vorsorgegebot eigentlich *das* Instrument des Anlagenrechts zum Klimaschutz.<sup>41</sup> Das immissionsschutzrechtliche Vorsorgegebot entfaltet nämlich gerade im Hinblick auf Stoffe, die, wie Treibhausgase, nicht im Einwirkungsbereich einer Anlage, sondern erst durch Ferntransporte in der Atmosphäre zu Umweltbeeinträchtigungen führen, Wirkung, indem es auch insoweit Emissionsreduktionen verlangt.<sup>42</sup> Dass dieses immissionsschutzrechtliche Instrument bislang für CO<sub>2</sub>-Emissionen von Kraftwerken in Deutschland nicht genutzt wurde, liegt darin begründet, dass der deutsche Gesetzgeber parallel zu Einführung des europäischen Emissionshandelssystems die am Emissionshandel teilnehmenden Anlagen von der Einhaltung des Vorsorgegebots hinsichtlich der CO<sub>2</sub>-Emissionen durch Einfügung der Sperrklausel des § 5 Abs. 2 BImSchG freigestellt und eine Vorrangstellung des Emissionshandels geschaffen hat. Das aber ist, wie oben (Ziffer II.) gezeigt, europarechtlich mitnichten zwingend.

Wollte man als Argument gegen die Einführung ordnungsrechtlicher Instrumente kumulativ zum Emissionshandel gleichwohl darauf verweisen, dass das deutsche Immissionsschutzrecht keine Regelungen für Treibhausgasemissionen kennt, ginge dieses Argument offensichtlich fehl, geht es doch jetzt gerade darum, die einen anlagenspezifischen Klimaschutz gegenwärtig ausschließende

---

<sup>41</sup> Koch/Wieneke, Klimaschutz durch Emissionshandel, DVBl 2001, 1085, 1087.

<sup>42</sup> BVerwGE 69, 37, 43 f. (Heidelberger Fernheizwerk); Koch, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn 119 f.

Sperrklausel des § 5 Abs. 2 BImSchG zu streichen und dem Vorsorgegebot *wieder* Geltung auch in Bezug auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen von dem Emissionshandel unterfallenden Anlagen zu verschaffen.

Schutz und Vorsorge nach dem BImSchG sind auch nicht etwa statisch, sondern auf einen dynamischen Grundrechtsschutz hin ausgerichtet.<sup>43</sup> Das heißt, das Bundesimmissionsschutzgesetz ermöglicht nicht nur, sondern verlangt gegebenenfalls sogar Regelungen, die Transformationsprozesse in Gang setzen. Dementsprechend ist der für Vorsorgemaßnahmen nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG maßgebliche Stand der Technik in § 3 Abs. 6 BImSchG offen definiert als „Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen in Luft, Wasser und Boden, zur Gewährleistung der Anlagensicherheit, zur Gewährleistung einer umweltverträglichen Abfallentsorgung oder sonst zur Vermeidung oder Verminderung von Auswirkungen auf die Umwelt zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt gesichert erscheinen lässt.“

Schließlich ist das deutsche Immissionsschutzrecht auch nicht etwa „technologieblind“: Zum einen normiert das Immissionsschutzrecht jeweils spezifische Anforderungen im Hinblick auf bestimmte Technologien. So differenziert die 13. BImSchV zunächst zwischen Emissionsgrenzwerten für Großfeuerungsanlagen bei Einsatz fester Brennstoffe (§ 4), Emissionsgrenzwerten für Großfeuerungsanlagen bei Einsatz von Biobrennstoffen (§ 5), Emissionsgrenzwerten für Großfeuerungsanlagen bei Einsatz flüssiger Brennstoffe (§ 6), Emissionsgrenzwerten für Großfeuerungsanlagen bei Einsatz gasförmiger Brennstoffe (§ 7), Emissionsgrenzwerten für Gasturbinenanlagen (§ 8) und Emissionsgrenzwerten für Gasmotoranlagen (§ 9). Innerhalb der einzelnen Paragraphen unterscheidet die 13. BImSchV sodann weiter zwischen Braunkohlestaubfeuerungen und sonstigen Feuerungen oder beispielsweise Anlagen zum Reformieren von Erdgas oder zur Herstellung von Alkenen durch Spalten von Kohlenwasserstoffen für Stickstoffmonoxid und Stickstoffdioxid, Raffinerien für Stickstoffmonoxid und Stickstoffdioxid, Anlagen bei Einsatz von Ablaugen aus dem Sulfidverfahren in der Zellstoffindustrie oder legt Ausnahmen für den Einsatz von Kohle fest usw. Des Weiteren und zweitens ist dem Bundesimmissionsschutzgesetz keineswegs immanent, dass es nur Konditionen für die Nutzung von Anlagen formulieren dürfte. Vielmehr kann das Immissionsschutzrecht durchaus auch bestimmte Technologien vorgeben oder beschränken. Die in § 5 Abs. 1 BImSchG normierten Grundpflichten sind zwar anlagenbezogen. Der Begriff des Anlagenbezugs ist allerdings weit zu verstehen. Er umfasst einerseits anlagenbezogene Anforderungen im engeren Sinn, also solche, die die Beschaffenheit bzw. den unmittelbaren Anlagenbetrieb betreffen. Darüber hinaus können stoff- bzw. produktbezogene Anforderungen für die zum Einsatz kommenden oder entstehenden Produkte bzw. Stoffe vorgegeben werden.<sup>44</sup> Nichts anderes ist auch § 12 Abs. 2 lit. b) BImSchG zu entnehmen.<sup>45</sup> In seiner Entscheidung zum Heidelberger Fernheizwerk hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass das immissionsschutzrechtliche Vorsorgegebot aus § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG es grundsätzlich zulasse, den Brennstoffeinsatz von Anlagen zu steuern, indem die Nutzung bestimmter Brennstoffe untersagt werde.<sup>46</sup> Das impliziert die Vorgabe bzw. Beschränkung bestimmter Technologien.

Um die CO<sub>2</sub>-Emissionen im Bereich der Stromerzeugung in dem Umfang zu reduzieren und die Entwicklung des fossilen Kraftwerksparks so zu steuern, dass die klimaschutz- und energiepolitischen Ziele, die Deutschland sich gesetzt hat, erreicht werden (siehe Klima oder Kohle? Reduktion des Kohlestroms zur Erreichung des deutschen 40%-Klimaschutzziels bis 2020), werden – neben der Streichung der Sperrklausel des § 5 Abs. 2 BImSchG – konkret die folgenden Eckpunkte zur Regelung nationaler immissionsschutzrechtlicher Instrumente vorgeschlagen:

---

<sup>43</sup> BVerfG-K, NVwZ 2010, 773; BVerwGE 141, 293; BVerwG, NVwZ 2007, 1442; Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 5 Rn 2.

<sup>44</sup> Jarass a.a.O., § 5 Rn. 4.

<sup>45</sup> Jarass a.a.O., § 5 Rn. 4.

<sup>46</sup> BVerwGE 69, 37 ff.

## 2. Spezifische CO<sub>2</sub>-Emissionsgrenzwerte für Neuanlagen

Für neu zu errichtende fossile Kraftwerke sowie für bestehende fossile Kraftwerke, für die ein gemäß § 16 BImSchG genehmigungsbedürftiges essentielles Retrofit durchgeführt werden soll, wird in der 13. BImSchV ein spezifischer Emissionsgrenzwert von 450 g/kWh<sub>el</sub> für CO<sub>2</sub> festgesetzt. Als essentielles Retrofit in diesem Sinne gilt eine Investition, die die Laufzeit des Kraftwerks und damit den Amortisationszeitraum signifikant verlängern würde. Das ist in jedem Fall bei einem Kessel-austausch der Fall.

Der Emissionsgrenzwert von 450 g/kWh<sub>el</sub> ist in Abhängigkeit von der erzeugten Strommenge am Stand der Technik für offene Gasturbinen und dessen erwartbarer Weiterentwicklung ausgerichtet.

Durch die Festsetzung eines solchen spezifischen CO<sub>2</sub>-Grenzwertes für Neuanlagen und Anlagen mit essentiellen Retrofit wird sichergestellt, dass der Einsatz von Kohle in Anlagen zur Erzeugung von Strom in neu zu errichtenden Anlagen oder Anlagen mit essentiellen Retrofit künftig nur noch im Falle der Anwendung von CCS-Technologie möglich wäre. Dies wiederum setzte eine entsprechende Genehmigung und den Nachweis der dauerhaft sicheren Speicherung voraus. Der Neubau von Gasturbinen und GuD-Kraftwerken wäre ohne Weiteres weiterhin möglich.

Alternativ zur Festsetzung eines spezifischen Emissionsgrenzwertes für Neuanlagen und Anlagen mit einem geplanten essentiellen Retrofit könnte in § 4 BImSchG geregelt werden, dass für die Errichtung und den Betrieb derartiger Anlagen keine (Änderungs-)Genehmigungen (mehr) erteilt werden, sofern in den neuen Anlagen Kohle zur Erzeugung von Strom eingesetzt werden soll.

## 3. Maximal zulässige CO<sub>2</sub>-Jahresfrachten in Kombination mit absoluten Altersgrenzen für Bestandsanlagen

Für bestehende fossile Kraftwerke mit einer Feuerungswärmeleistung von 100 MW<sub>th</sub>, oder mehr wird in der 13. BImSchV festgesetzt, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionen dieser Anlagen eine Jahresfracht von 3.351 Tonnen pro installiertem Megawatt elektrischer Netto-Leistung (t/MW<sub>el</sub>) nicht überschreiten dürfen, sofern seit dem Zeitpunkt der Aufnahme der kommerziellen Stromeinspeisung mindestens 35 Jahre vergangen sind.<sup>47</sup> Zugleich wird in § 4 BImSchG festgelegt, dass die Betriebsgenehmigung für diese Kraftwerke 40 Jahre nach dem Beginn der kommerziellen Stromeinspeisung erlischt.<sup>48</sup> Das heißt, ab einem Alter von 35 Jahren bis zum Erreichen eines Alters von 40 Jahren wäre der Betrieb von Bestandsanlagen entsprechend dem Umfang der festgelegten Jahresfracht weiter zulässig; nach Erreichen der Altersgrenze von 40 Jahren wäre ein Weiterbetrieb grundsätzlich unzulässig.

---

<sup>47</sup> Vgl. Klima oder Kohle? Reduktion des Kohlestroms zur Erreichung des deutschen 40%-Klimaschutzziels bis 2020.

<sup>48</sup> Vgl. Klima oder Kohle? Reduktion des Kohlestroms zur Erreichung des deutschen 40%-Klimaschutzziels bis 2020.

## a. Kriterium der Mindest-Feuerungswärmeleistung von 100 MW

Durch das Kriterium der Mindest-Feuerungswärmeleistung von 100 MW thermisch oder mehr bleiben kleinere Industriekraftwerke von der Regelung ausgenommen. Damit würde die bei Industrieprozessen zum Teil erforderliche dauerhafte lokale Stromversorgung nicht tangiert werden. Da die gesamten CO<sub>2</sub>-Emissionen dieser kleineren Kraftwerke im Verhältnis zum CO<sub>2</sub>-Ausstoß, der von den Großfeuerungsanlagen mit einer Feuerungswärmeleistung ab 100 MW erzeugt wird, als eher gering zu bewerten sind, erscheint eine solche Ausnahme für einen Übergangszeitraum vertretbar.

## b. Berechnung der zulässigen CO<sub>2</sub>-Jahresfracht

Die angegebene maximal zulässige CO<sub>2</sub>-Jahresfracht errechnet sich aus den Parametern eines spezifischen Grenzwertes von 450 g CO<sub>2</sub>/kWh<sub>el</sub> und den jährlichen Volllaststunden bei einer 85-prozentigen Auslastung eines mit Erdgas betriebenen Referenzkraftwerks. Konkret liegt die folgende Formel zugrunde:  $450 \text{ g CO}_2/\text{kWh}_{\text{el}} \times 8.760\text{h} \times 0,85 = 3.351 \text{ t CO}_2/\text{MW}_{\text{el}}$ .<sup>49</sup>

Der Emissionsgrenzwert von 450 g CO<sub>2</sub>/kWh<sub>el</sub> entspricht dabei der Bestimmung für Neuanlagen, das heißt dem Stand der Technik für offene Gasturbinen (siehe oben). Eine 85-prozentige Jahresauslastung liegt sogar über der gegenwärtigen durchschnittlichen Auslastung von Braunkohlekraftwerken in Deutschland von 80 Prozent. Braunkohlekraftwerke haben die höchste Auslastung aller fossilen Kraftwerke. Die sich daraus ergebende maximal zulässige Jahresfracht von 3.351 t CO<sub>2</sub>/MW<sub>el</sub> entspricht für Gaskraftwerke maximalen jährlichen Volllaststunden zwischen 5.600 und 8.760, für Steinkohlekraftwerke zwischen 3.300 bis 4.500 und für Braunkohlekraftwerke zwischen 2.500 bis 3.500 Volllaststunden, abhängig vom jeweiligen Emissionsfaktor und Wirkungsgrad der einzelnen Anlagen.

## c. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen

Durch die Anknüpfung an den fixen Zeitpunkt der Aufnahme der kommerziellen Stromeinspeisung bei Bestandsanlagen<sup>50</sup> sowohl im Hinblick auf die Festsetzung maximaler CO<sub>2</sub>-Jahresfrachten ab einem Betriebsalter von 35 Jahren als auch für die absolute Altersgrenze von 40 Jahren wird gewährleistet, dass sukzessive im Laufe der Jahre weitere Anlagen unter die Regelung fallen. Damit wird ein für die Erreichung des Klimaschutzziels von minus 40 Prozent bis 2020 und ein für die Energiewende überhaupt notwendiger Pfad der kontinuierlichen Degression der Gesamtemissionen sichergestellt.

Derartige Regelungen sind verfassungsgemäß:

Der Eigentumsschutz aus Art. 14 GG und die durch Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit sind als Wirtschaftsgrundrechte grundsätzlich auf die Betreiber fossiler Kraftwerke anwendbar. Beide Grundrechte sind auf gesetzgeberische Gestaltung angewiesen. So wie Art. 14 GG nicht nur die Schranken-, sondern bereits die Inhaltsbestimmung dem Gesetzgeber zuweist, bedarf auch die Berufsfreiheit der gesetzgeberischen Ausgestaltung.<sup>51`52</sup> Das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14

<sup>49</sup> Vgl. Klima oder Kohle? Reduktion des Kohlestroms zur Erreichung des deutschen 40%-Klimaschutzziels bis 2020.

<sup>50</sup> Die Bundesnetzagentur führt eine Kraftwerksliste, in der für jeden Kraftwerksblock unter anderem der Zeitpunkt der Aufnahme der kommerziellen Stromeinspeisung gelistet ist.

<sup>51</sup> BVerfGE 13, 97, 106; 75, 246, 265 f.; 119, 59, 78.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfGE 100, 226, 243 ff.

Abs. 1 GG ist stets nur in dem Umfang gewährleistet, den es durch die aktuellen Regelungen der einfachen Gesetze erfährt. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung wird durch die Regelungen des Bundesimmissionsschutzgesetzes einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung unterworfen.<sup>53</sup>

Gibt es neue, für den Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung sowie den Schutz der Umwelt relevante Erkenntnisse und Ziele, kann bzw. muss der Gesetzgeber seine bisherigen Regelungen zur Nutzung fossiler Energieträger überprüfen und gegebenenfalls revidieren. Der Anlagenbetreiber hat keine Garantie dafür, dass er die Anlage immer so betreiben kann, wie sie genehmigt wurde.<sup>54</sup> Der im Baurecht geltende Grundsatz, dass eine eingeräumte Rechtsposition im Allgemeinen zu belassen ist bzw. nur gegen Entschädigung entzogen werden kann, gilt nicht im Immissionsschutzrecht.<sup>55</sup> Die Statuierung dynamischer Grundpflichten (siehe oben) hat gerade das Ziel, den Anlagenbetreiber nicht auf die Pflichten zu beschränken, die er im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung hatte

Der Gesetzgeber kann also die ursprünglich von ihm in § 4 Abs. 1 BImSchG getroffene Entscheidung zugunsten einer unbefristeten Genehmigungserteilung für fossile Kraftwerke ändern, ebenso kann er nachträgliche Anforderungen an den Betrieb der Kraftwerke stellen.

#### aa) Eigentums- und Berufsfreiheit, Art. 14 GG und Art. 12 GG

Im Rahmen des Atomausstiegs 2011 wurde die für die Verfassungsmäßigkeit insoweit entscheidende Frage der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf Art. 14 GG diskutiert. Die im 13. Änderungsgesetz zum Atomgesetz (AtG) vorgesehene zeitliche Befristung der Berechtigung zum Leistungsbetrieb der Atomkraftwerke orientierte sich an den 32 Jahren Regellaufzeit des Atomgesetzes von 2002. Sie sei, so die Gesetzesbegründung, insbesondere im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG, so ausgestaltet, dass die von dieser Regelung betroffenen Unternehmen nicht unverhältnismäßig belastet würden und den Betreibern eine Amortisation der Investitionen sowie die Erzielung eines angemessenen Gewinns weiterhin ermöglicht werde. Mit Blick auf die Befristungen und daraus resultierenden Laufzeitenden sei unter Berücksichtigung der möglichen Übertragung von Elektrizitätsmengen eine Regellaufzeit von 32 Jahren, die aus jetziger Sicht eine Amortisation und angemessene Gewinnerzielung ermögliche, weiterhin gewährleistet.<sup>56</sup> Der Schutz von zukünftigen Gewinnen und Erwerbchancen wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von vornherein nicht vom Grundrechtsschutz nach Art. 14 Abs. 1 GG umfasst.<sup>57</sup>

Auch im Rahmen des ersten Atomausstiegs 2002 wurde die Diskussion, soweit ersichtlich, nahezu ausschließlich zu Art. 14 GG geführt. So wurde eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse etwa darin gesehen, dass der Atomausstieg die Nutzung des Grund- bzw. Anlageneigentums beeinträchtigt und daher an Art. 14 GG zu messen sei.<sup>58</sup>

Da es jedoch wesentlich um die Möglichkeit angemessener Gewinnerzielungschancen ging, wäre möglicherweise vorrangig ein Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG zu prüfen gewesen.<sup>59</sup> Auch die Auffassung, wonach die atomrechtliche Genehmigung nach § 7 AtG eine Eigentumsposi-

<sup>53</sup> BVerfG-K, NVwZ 2010, 772 f.

<sup>54</sup> Jarass a.a.O., § 6 Rn. 51.

<sup>55</sup> BVerfG-K, NVwZ 2010, 772, 773 f.; BVerwGE 65, 313, 317; BVerwG, NVwZ 2009, 1441; Jarass a.a.O., § 6 Rn. 51.

<sup>56</sup> BT-Drs. 17/6070, S. 6.

<sup>57</sup> BT-Drs. 17/6070, S. 6.

<sup>58</sup> Siehe beispielsweise *Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1, 9.

<sup>59</sup> *Wallrabenstein*, Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs, Humboldt Forum Recht 11/2011, Tz. 31.

tion vermittele und damit den Schutzbereich von Art. 14 GG eröffne,<sup>60</sup> kann mit guten Gründen hinterfragt werden. Denn die Genehmigung nach § 7 AtG ist öffentlich-rechtlicher Natur. Das Bundesverfassungsgericht hat öffentlich-rechtliche Genehmigungen bisher nicht in den Eigentumschutz einbezogen. Originär staatlich gewährte Rechte sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Vermögenspositionen im Sinne von Art. 14 GG.<sup>61</sup> Die mit der 13. Atomgesetz-Novelle erfolgte zeitliche Befristung der Berechtigungen zum Leistungsbetrieb wirkt sich in erster Linie auf die wirtschaftliche Betätigung der Unternehmen aus. Sie dürfen nach Ablauf der in § 7 Abs. 1a AtG genannten Frist keinen Atomstrom mehr produzieren, sondern müssen ihre Stromproduktion auf andere Energieträger umstellen. All dies sind unternehmerische Entscheidungen, die typischerweise der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG zugeordnet werden.<sup>62</sup>

Einer Entscheidung im Hinblick darauf, ob (vorrangig) Art. 14 GG oder Art. 12 GG einschlägig ist, bedarf es an dieser Stelle indes nicht. Denn die für bestehende fossile Kraftwerke vorgeschlagenen Regelungen sind jedenfalls verhältnismäßig. Auch insofern ist auf die Erwägungen im Rahmen der Atomausstiege zu rekurrieren:

### bb) Verhältnismäßigkeitserwägungen im Rahmen der Atomausstiege

Durch das Atomgesetz von 2002 hatte der Gesetzgeber den Atomausstieg geregelt, indem er die Berechtigungen zum Leistungsbetrieb für die Atomkraftwerke durch Zuteilung von Reststrommengen befristete. Die Regelungen des Gesetzes von 2002 beruhten allerdings auf Verhandlungen zwischen der damaligen Bundesregierung und den Betreibern, sie spiegelten also die von den Parteien in der Vereinbarung vom 14. Juni 2000 niedergelegten Modalitäten wider. Im Rahmen der Verhandlungen war seinerzeit unterstellt worden, dass mit dem beabsichtigten Atomausstieg von Art. 14 GG geschützte Eigentumspositionen berührt seien. Die Amortisation getätigter Investitionen sowie eine angemessene Gewinnerzielung sollten möglich bleiben.<sup>63</sup> Die Restlaufzeiten wurden daher so ermittelt, dass für jedes Atomkraftwerk sowohl die getätigten Investitionskosten erwirtschaftet als auch Gewinnerwartungen realisiert werden konnten. Dabei wurden Betreiberinteressen besonders berücksichtigt.<sup>64</sup> Die 32 Jahre lagen über dem Zeitfenster, das zunächst als angemessene Amortisationszeit diskutiert worden war. Diese Restlaufzeit wurde zudem in die in diesem Zeitraum produzierbare Reststrommenge umgerechnet, wobei ideale Produktionsraten<sup>65</sup> unterstellt wurden.

Tatsächlich überschreitet bereits eine Frist von 28 Kalenderjahren seit Aufnahme des kommerziellen Leistungsbetriebs die durchschnittliche Amortisationszeit der Atomkraftwerke. Ausweislich eines vom Bundesumweltministerium seinerzeit in Auftrag gegebenen Gutachtens sind die Erstinvestitionen in die Atomkraftwerke nach etwa 19 Jahren bilanziell abgeschrieben; spätestens nach 27 Jahren haben sich die Investitionen in die Anlagen nicht nur amortisiert, sondern mit einem Gewinn verzinst, welcher der Höhe der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen entspricht.<sup>66</sup>

Schon mit einer Frist von 28 Jahren wäre danach dem Schutz des Vertrauens der Betreiber in den Bestand ihrer Rechtspositionen – aus Art. 14 GG oder Art. 12 GG – ausreichend Rechnung getragen und der Atomausstieg entschädigungsfrei zulässig gewesen. Eine Frist von 28 Jahren hätte die

<sup>60</sup> Siehe beispielsweise *Roller*, Genehmigungsaufhebung und Entschädigungen im Atomrecht, 1994, S. 162 ff.; *Schmidt-Preuß*, Atomausstieg und Eigentum, NJW 2000, 1524 f.

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 48, 403, 413; 53, 336, 348 f.; 84, 90, 126; 102, 254, 300 ff.

<sup>62</sup> *Wallrabenstein*, a.a.O. Tz. 34.

<sup>63</sup> BT-Drs. 14/6890.

<sup>64</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), Atomkonsens, Umwelt Nr. 7-8/2000, S. I bis IX (Sonderteil).

<sup>65</sup> Die Jahresreferenzmenge wurde aus dem jeweiligen Durchschnitt der fünf höchsten Jahresproduktionen berechnet und um 5,5 Prozent erhöht.

<sup>66</sup> Pressemitteilung des Bundesumweltministeriums vom 27. Januar 2000.

weitestgehende Ausnutzung der Investitionen der Atomkraftwerksbetreiber, die unter Beachtung des Gesetzesziels eines frühestmöglichen Ausstiegs aus der Kernenergie<sup>67</sup> möglich gewesen wäre, gewährleistet.

Dass Atomkraftwerke technisch tatsächlich länger betrieben werden könnten, liegt ebenso in der Risikosphäre der Betreiber wie Hinderungsgründe für einen tatsächlichen Betrieb in der Vergangenheit.

### cc) Amortisation und angemessene Gewinnrealisierung bei Kohlekraftwerken

Um Entschädigungszahlungen auszuschließen, wäre – entsprechend den im Rahmen der Atomausstiege angestellten Verhältnismäßigkeitserwägungen – auch für Kohlekraftwerke zu ermitteln, wann sich dort die getätigten Investitionen erwirtschaftet haben. Zusätzlich wäre die Realisierung einer angemessenen Gewinnerwartung in Ansatz zu bringen.

Aus der Literatur lassen sich Amortisationszeiträume von 20 Jahren ableiten.<sup>68</sup> Nach Berechnungen des Umweltbundesamtes dürften Erstinvestitionen in Kohlekraftwerke nach etwa 15-20 Jahren bilanziell abgeschrieben sein; spätestens nach 25 Jahren dürften sich die Investitionen in die Anlagen nicht nur amortisiert, sondern mit einem Gewinn verzinst haben, welcher der Höhe der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen entspricht.<sup>69</sup> Matthes geht bei einem Betriebsalter von 35 Jahren jedenfalls von einer Amortisation zuzüglich angemessener Gewinnrealisierung aus.<sup>70</sup> Dass Kohlekraftwerke technisch länger als 35 Jahre betrieben werden können, liegt auch hier in der Risikosphäre der Betreiber.

Aus dem Vorstehenden folgt:

Bereits eine Stilllegung von Kohlekraftwerken 35 Jahre nach Aufnahme der kommerziellen Strom einspeisung oder sogar noch deutlich früher (siehe soeben oben) wäre verhältnismäßig und damit entschädigungsfrei möglich. Verhält es sich aber so, gilt das – a maiore ad minus – erst recht für eine Regelung, die den Betrieb bei Erreichen eines Alters von 35 Jahren nach Beginn der kommerziellen Strom einspeisung zwar einschränkt, aber weiter zulässt, und erst ab einer Altersgrenze von 40 Jahren den Weiterbetrieb für grundsätzlich unzulässig erklärt.

## 4. Gewährleistung von Flexibilität

Im Rahmen der vorgeschlagenen Regelungen ist die Gewährleistung von Flexibilität in zwei Richtungen möglich:

<sup>67</sup> BT-Drs. 17/6070, S. 5 und 7 (zu § 7) und 17/6246.

<sup>68</sup> Siehe etwa *Buttermann/Baten*, Wirtschaftlichkeit des Neubaus von Braunkohlekraftwerken, Energiewirtschaftliche Tagesfragen vom 27. März 2014, Tabelle 1 (Kapitalbindungsdauer), <http://www.et-energie-online.de/Zukunftsfragen/tabid/63/Year/2013/Month/4/NewsModule/413/NewsId/499/Wirtschaftlichkeit-des-Neubaus-von-Braunkohlekraftwerken.aspx>; *Gerbaulet et al.*, Die Zukunft der Braunkohle in Deutschland im Rahmen der Energiewende, 2012, Tabelle 5, (Kapitalbindungsdauer), [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.412261.de/diwkom\\_pakt\\_2012-069.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.412261.de/diwkom_pakt_2012-069.pdf).

<sup>69</sup> *Umweltbundesamt*, Klimaschutz und Versorgungssicherheit – Entwicklung einer nachhaltigen Stromversorgung, Climate Change 13/2009.

<sup>70</sup> *Matthes*, Die Klimaschutzlücke 2020 im Lichte der Erkenntnisse aus den politikorientierten Szenario-Modellierungen, Vortrag auf der Fachtagung „Energiewende und Klimaschutz: Wie kann die Lücke zum 40%-Klimaschutzziel für 2020 geschlossen werden“ am 21. Oktober 2014.

## a. Systemsicherheit

Steht für einen bestimmten Zeitraum zu befürchten, dass die Versorgungssicherheit auf Grund der am Netz befindlichen Kapazitäten nicht sichergestellt werden kann, so kann in der 13. BImSchV vorgesehen werden, dass für den fraglichen Zeitraum Ausnahmen von den für Bestandsanlagen festgesetzten maximal zulässigen CO<sub>2</sub>-Jahresfrachten zulässig sind.

Das heißt, im Einzelfall würde ein ausnahmsweises Abweichen von den festgelegten Emissionsstandards ermöglicht, um bei einer Gefährdung der Versorgungssicherheit die Systemsicherheit weiter zu gewährleisten. Die Feststellung der Gefährdung der Versorgungssicherheit in einem bestimmten Zeitraum sollte einer staatlichen Institution wie der Bundesnetzagentur obliegen.

## b. Flottenlösung

Ähnlich den Überlegungen im Rahmen des ersten Atomausstieg könnte in der 13. BImSchV zudem geregelt werden, dass die jeweils für eine Bestandsanlage zulässige maximale CO<sub>2</sub>-Jahresfracht nicht zwingend von dieser Bestandsanlage emittiert werden muss, sondern auf Antrag des Betreibers ganz oder teilweise auf eine andere Bestandsanlage desselben Betreibers mit einem Betriebsalter zwischen 35 und 40 Jahren übertragen werden kann. Die zulässige CO<sub>2</sub>-Jahresfracht der aufnehmenden Anlage erhöhte sich entsprechend, die der abgebenden Anlagen reduzierte sich entsprechend.

Eine solche Regelung stellte in der Sache eine Flottenlösung dar, bei dem der Betreiber entscheiden kann, wie er die ihm insgesamt für sämtliche seiner Anlagen im Betriebsalter zwischen 35 und 40 Jahren zustehende jährliche CO<sub>2</sub>-Emissionsmenge im Einzelnen auf seine Anlagen verteilt. Das ermöglicht ein hohes Maß an Flexibilität unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeitserwägungen der jeweiligen Kraftwerksbetreiber.

### Sie fanden diese Publikation interessant?

Wir stellen unsere Veröffentlichungen zum Selbstkostenpreis zur Verfügung, zum Teil auch unentgeltlich. Für unsere weitere Arbeit sind wir jedoch auf Spenden und Mitgliedsbeiträge angewiesen.

**Spendenkonto:** BIC/Swift: BFSWDE33BER, IBAN: DE33 1002 0500 0003 212300

**Spenden per SMS:** Stichwort „Weitblick“ an 8 11 90 senden und 5 Euro spenden.

**Mitgliedschaft:** Werden Sie Fördermitglied (Mindestbeitrag 60 Euro/Jahr) oder stimmberechtigtes Mitglied (ab 150 Euro/Jahr, Studierende ab 120 Euro/Jahr) bei Germanwatch. Weitere Informationen und das Anmeldeformular finden Sie auf unserer Website unter:

[www.germanwatch.org/de/mitglied-werden](http://www.germanwatch.org/de/mitglied-werden)

Wir schicken Ihnen das Anmeldeformular auf Anfrage auch gern postalisch zu:  
Telefon: 0228/604920, E-Mail: [info@germanwatch.org](mailto:info@germanwatch.org)

# Germanwatch

„Hinsehen, Analysieren, Einmischen“ – unter diesem Motto engagiert sich Germanwatch für globale Gerechtigkeit und den Erhalt der Lebensgrundlagen und konzentriert sich dabei auf die Politik und Wirtschaft des Nordens mit ihren weltweiten Auswirkungen. Die Lage der besonders benachteiligten Menschen im Süden bildet den Ausgangspunkt unseres Einsatzes für eine nachhaltige Entwicklung.

Unsere Arbeitsschwerpunkte sind Klimaschutz & Anpassung, Welternährung, Unternehmensverantwortung, Bildung für Nachhaltige Entwicklung sowie Finanzierung für Klima & Entwicklung/Ernährung. Zentrale Elemente unserer Arbeitsweise sind der gezielte Dialog mit Politik und Wirtschaft, wissenschaftsbasierte Analysen, Bildungs- und Öffentlichkeitsarbeit sowie Kampagnen.

Germanwatch finanziert sich aus Mitgliedsbeiträgen, Spenden und Zuschüssen der Stiftung Zukunftsfähigkeit sowie aus Projektmitteln öffentlicher und privater Zuschussgeber.

Möchten Sie die Arbeit von Germanwatch unterstützen? Wir sind hierfür auf Spenden und Beiträge von Mitgliedern und Förderern angewiesen. Spenden und Mitgliedsbeiträge sind steuerlich absetzbar.

## **Bankverbindung / Spendenkonto:**

Bank für Sozialwirtschaft AG,  
IBAN: DE33 1002 0500 0003 2123 00,  
BIC/Swift: BFSWDE33BER

Weitere Informationen erhalten Sie unter **[www.germanwatch.org](http://www.germanwatch.org)** oder bei einem unserer beiden Büros:

## **Germanwatch – Büro Bonn**

Dr. Werner-Schuster-Haus  
Kaiserstr. 201, D-53113 Bonn  
Telefon +49 (0)228 / 60492-0, Fax -19

## **Germanwatch – Büro Berlin**

Stresemannstr. 72, D-10963 Berlin  
Telefon +49 (0)30 / 2888 356-0, Fax -1

E-Mail: [info@germanwatch.org](mailto:info@germanwatch.org)

Internet: [www.germanwatch.org](http://www.germanwatch.org)



**Hinsehen. Analysieren. Einmischen.**

Für globale Gerechtigkeit und den Erhalt der Lebensgrundlagen.