

PHILIPP GEORG OVERKAMP

Ökonomische  
Instrumente und  
Ordnungsrecht

*Energierecht*



Mohr Siebeck

# ENERGIERECHT

Beiträge zum deutschen, europäischen  
und internationalen Energierecht

Herausgegeben von

Jörg Gundel und Knut Werner Lange

Band 28





Philipp Georg Overkamp

# Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht

Verfassungsfragen angesichts des Ausstiegs aus  
der Kohleverstromung

Mohr Siebeck

*Philipp Georg Overkamp*, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaften in Münster; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School; 2019 Promotion und Beginn des Rechtsreferendariats in Hamburg.

ISBN 978-3-16-159164-8 / eISBN 978-3-16-159165-5  
DOI 10.1628/978-3-16-159165-5

ISSN 2190-4766 / eISSN 2569-3921 (Energierrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die diesem Buch zugrundeliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School im Sommertrimester 2019 als Dissertation angenommen. Der Text befindet sich auf dem Stand von November 2019, alle Internetquellen wurden letztmalig am 18. Dezember 2019 aufgerufen.

Meinem Doktorvater, Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), bin ich für die stete Bereitschaft zur Diskussion, für Unterstützung, Motivation und unzählige wertvolle Anregungen zu großem Dank verpflichtet. Prof. Dr. Christian Bumke danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Weiterhin danke ich den Herausgebern, Prof. Dr. Jörg Gundel und Prof. Dr. Knut Werner Lange, für die Aufnahme in diese Schriftenreihe sowie der Studienstiftung des deutschen Volkes für die ideelle und finanzielle Förderung durch ein Promotionsstipendium.

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Bucerius Law School. Meinen dortigen Kolleginnen und Kollegen aus dem Fachbereich Öffentliches Recht danke ich für die schöne und bereichernde Zeit in einem diskussionsfreudigen akademischen Umfeld, das für das Gelingen der Dissertation ursächlich war; besonders hervorheben möchte ich die Unterstützung durch Shpetim Bajrami, Dr. Johannes Franke, Charlotte Schings und Julia Spiesberger. Der größte Dank gebührt meiner Partnerin Vera Kortfunke. Sie hat nicht nur die Arbeit kritisch durchgesehen, sondern mich vor allem in persönlicher Hinsicht aufopferungsvoll unterstützt. Ohne ihren Zuspruch und ihre liebevolle Geduld mit mir wäre diese Schrift nie erschienen.

Meine Eltern, Monika und Georg Overkamp, haben mich von klein auf ermuntert, meinen Weg zu gehen, und standen dabei stets bedingungslos an meiner Seite. Ihnen ist dieses Buch in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

Berlin, im Dezember 2019

*Philipp Georg Overkamp*





## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
Einleitung .....	1
<i>A. Kohleausstieg und Klimawandel</i> .....	2
<i>B. Erkenntnisinteresse: Ökonomische Instrumente versus Ordnungsrecht am Beispiel des Kohleausstiegs</i> .....	4
I. Direkte und indirekte Steuerung .....	7
II. Die Instrumentendebatte aus rechtswissenschaftlicher Sicht .....	11
Erster Teil: Der Rechtsrahmen des nationalen Ausstiegs aus der Kohleverstromung .....	15
<i>A. Nationaler Kohleausstieg im europäischen Mehrebenensystem</i> .....	15
I. Nationale Gesetzgebung und europäische Kompetenzordnung .....	16
II. Unionaler Zertifikatehandel und nationale Gesetzgebung .....	22
III. Der Kohleausstieg in der nationalen Kompetenzordnung .....	26
<i>B. Zwischen Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Grundrechten</i> ....	27
I. Das „Wann“ und „Wie“ des Kohleausstiegs als politische Entscheidungen	28
II. Klima- und Umweltschutz .....	30
III. Energieversorgungssicherheit .....	45
IV. Kohleausstieg und Grundrechte .....	57
V. Ergebnisse: Kohleausstieg als politische Entscheidung .....	66
<i>C. Das Gesetzgebungsverfahren: Komplexitätsbewältigung und Akzeptanzsicherung</i> .....	67
I. Der Kohleausstieg als komplexer Lebenssachverhalt .....	68
II. Akzeptanzsicherung durch die Kohlekommission .....	78
III. Kooperative Rechtsetzung aus juristischer Perspektive .....	78
IV. „Kohlekonsens“ als Grundrechtsverzicht? .....	81

Zweiter Teil: Das Verbot der Kohleverstromung .....	83
<i>A. Kohleausstieg durch direkte Steuerung</i> .....	83
I. Ordnungsrechtliche Instrumente und der Kohleausstieg .....	84
II. Das Verbotsmodell als Maßstab der weiteren Untersuchung .....	88
<i>B. Das Grundrecht auf Eigentum, Art. 14 GG</i> .....	90
I. Mögliche betroffene Eigentumspositionen .....	91
II. Der Kohleausstieg als Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	96
III. Rechtfertigung der Eigentumsbeeinträchtigung und finanzielle Kompensation .....	101
<i>C. Die Berufsfreiheit, Art. 12 GG</i> .....	133
<i>D. Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG</i> .....	134
<i>E. Zusammenfassung: Relativ schwacher eigentumsrechtlicher Schutz</i> ...	135
 Dritter Teil: Kohleausstieg durch ökonomische Steuerung .....	137
<i>A. Allgemeines</i> .....	137
I. Indirekte Steuerung durch ökonomische Instrumente .....	138
II. Die Unschärfe ökonomischer Steuerung .....	141
III. Ökonomische Instrumente als Rechtsproblem .....	145
<i>B. Ungewissheit über die Wirkung ökonomischer Instrumente</i> .....	150
I. Von der Wissensgenerierung zur Prognose: Prognoseprärogative .....	151
II. Die Reichweite der Prognose und gesetzgeberische Zielvorgaben .....	151
III. Ungewissheit und Grundrechtsschutz .....	153
IV. Zusammenfassung: Unsicherheit als grundrechtlicher Rechtsschutznachteil .....	165
<i>C. Die Erdrosselung als Steuerungsmittel</i> .....	166
I. Das Erdrosselungsverbot und seine Reichweite .....	167
II. Kohleausstieg durch Erdrosselung .....	177
III. Erdrosselung und Grundrechte .....	180
IV. Zusammenfassung: Erdrosselung zwischen Finanzverfassungsrecht und Grundrechten .....	206
<i>D. Einzelne ökonomische Ausstiegsinstrumente</i> .....	207
I. Lenkungsabgaben .....	207
II. Konkurrenzfördernde Maßnahmen .....	241
III. Nationale Modifikationen unionsrechtlicher Instrumente .....	253

Vierter Teil: Der Instrumentenmix .....	261
A. Kohleausstieg durch einen Instrumentenmix .....	261
B. Belastungskumulationen als Rechtsproblem .....	262
I. Gesetzgeberische Zielsetzung als Normenklammer .....	265
II. Grundrechtsmethodische Fragen .....	267
III. Unzulässige Belastungskumulationen vor dem Bundesverfassungsgericht .....	280
C. Folgerungen für einen Instrumentenmix im Kohlesektor .....	282
Fünfter Teil: Ergebnisse und Ausblick .....	285
A. Thesen .....	285
I. Erster Teil: Der Rechtsrahmen des nationalen Ausstiegs aus der Kohleverstromung .....	285
II. Zweiter Teil: Das Verbot der Kohleverstromung .....	286
III. Dritter Teil: Kohleausstieg durch ökonomische Steuerung .....	287
IV. Vierter Teil: Der Instrumentenmix .....	290
B. Der Vorschlag der Kohlekommission und andere Ausstiegsszenarien .....	291
I. Der Vorschlag der Kohlekommission .....	291
II. Ordnungsrechtliches Alternativszenario: Restverschmutzungsrechte .....	300
III. Ergänzung des ordnungsrechtlichen Verhaltensbefehls durch ökonomische Instrumente am Beispiel der CO <sub>2</sub> -Steuer .....	301
IV. Ökonomische Anreize als (Haupt-)Ausstiegsinstrument: Kohleausstiegs-Sonderabgabe statt Steuerfinanzierung .....	304
V. Zusammenfassung: Vor- und Nachteile des Vorschlags der Kohlekommission .....	306
C. Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere Felder der Umwelt- und Wirtschaftspolitik .....	306
I. Die Abschaltung von Gaskraftwerken .....	308
II. Die Energiewende im Wärmesektor .....	309
III. Das Ende des Verbrennungsmotors .....	314
IV. Übertragung der finanzverfassungsrechtlichen Ergebnisse .....	320
V. Ergebnisse: Ökonomische Ausstiegsinstrumente jenseits des Kohlesektors .....	320
Literaturverzeichnis .....	321
Sachregister .....	353



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
Einleitung .....	1
<i>A. Kohleausstieg und Klimawandel</i> .....	2
<i>B. Erkenntnisinteresse: Ökonomische Instrumente versus Ordnungsrecht am Beispiel des Kohleausstiegs</i> .....	4
I. Direkte und indirekte Steuerung .....	7
II. Die Instrumentendebatte aus rechtswissenschaftlicher Sicht .....	11
Erster Teil: Der Rechtsrahmen des nationalen Ausstiegs aus der Kohleverstromung .....	15
<i>A. Nationaler Kohleausstieg im europäischen Mehrebenensystem</i> .....	15
I. Nationale Gesetzgebung und europäische Kompetenzordnung .....	16
1. Mitgliedstaatliche Kompetenz zum Klimaschutz .....	16
2. Art. 9 Abs. 1 IE-RL als Kompetenzsperre für nationales Ordnungsrecht .....	18
a) Auslegung der IE-RL: Verbot von CO <sub>2</sub> -Grenzwerten, nicht von CO <sub>2</sub> -Budgets .....	18
b) Verstoß der IE-RL gegen Primärrecht? .....	20
II. Unionaler Zertifikatehandel und nationale Gesetzgebung .....	22
1. Konsistenz zwischen nationalen Klimaschutzmaßnahmen und Zertifikatehandel als Verfassungsgebot? .....	23
2. Verlagerungseffekte und nationaler Klimaschutz .....	24
III. Der Kohleausstieg in der nationalen Kompetenzordnung .....	26
<i>B. Zwischen Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Grundrechten</i> ....	27
I. Das „Wann“ und „Wie“ des Kohleausstiegs als politische Entscheidungen .....	28
II. Klima- und Umweltschutz .....	30
1. Völkervertragsrecht: Das Pariser Klimaübereinkommen .....	31
2. Europäische Menschenrechtskonvention .....	34
3. Europarechtliche Klimaschutzpflichten .....	34

4. Klimaschutz im nationalen Verfassungsrecht . . . . .	35
a) Art. 20a GG als Schutznorm gegen den Klimawandel . . . . .	36
aa) Nationaler oder globaler Schutz der Lebensgrundlagen . . . . .	37
bb) Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und Konkretisierungsansätze . . . . .	39
(1) Nachhaltigkeitsprinzip . . . . .	40
(2) Vorsorgeprinzip . . . . .	41
(3) Verschlechterungsverbot . . . . .	41
b) Grundrechtliche Schutzpflichten gegen den Klimawandel . . . . .	42
5. Zusammenfassung: Gestaltungsoffene Rechtspflicht zum Klimaschutz . . . . .	44
III. Energieversorgungssicherheit . . . . .	45
1. Die Gefährdung der Versorgungssicherheit in der Energiewende . . . . .	46
2. Einfachgesetzliche Absicherung der Versorgungssicherheit und Braunkohlereserve . . . . .	47
3. Die Versorgungssicherheit als Rechtsposition . . . . .	49
a) Europarechtliche Gewährleistung und Solidaritätspflicht . . . . .	49
aa) Materiell-rechtliche Solidaritätspflichten als Grenze nationaler energiepolitischer Entscheidungen . . . . .	50
bb) Versorgungssicherheit in der Grundrechtecharta . . . . .	51
b) Verfassungsrechtliche Absicherung der Versorgungssicherheit . . . . .	52
4. Der Beitrag der Kohle zur Wärmeversorgung . . . . .	54
5. Folgerungen für ein Phasing-Out der Kohle . . . . .	55
IV. Kohleausstieg und Grundrechte . . . . .	57
1. Gesundheitsschutz der Bürger . . . . .	57
2. Grundrechte der Arbeitnehmer im Kohlestromsektor . . . . .	58
3. Grundrechte der Anlagenbetreiber . . . . .	59
a) Wirtschaftsgrundrechte und Gleichheitssatz . . . . .	59
b) Grundrechtsberechtigung der kohleverstromenden Unternehmen . . . . .	60
aa) Keine Grundrechtsberechtigung staatlich beherrschter Unternehmen . . . . .	60
bb) Ausländische Unternehmen: Vattenfall als grundrechtlicher Spezialfall . . . . .	61
cc) Kein Grundrechtsausschluss wegen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben . . . . .	63
dd) Individualisierter Grundrechtsschutz in weitgehend regulierten Märkten? . . . . .	64
4. Die Grundrechte anderer, von der Kohleverstromung abhängiger Betriebe . . . . .	65
V. Ergebnisse: Kohleausstieg als politische Entscheidung . . . . .	66
C. <i>Das Gesetzgebungsverfahren: Komplexitätsbewältigung und   Akzeptanzsicherung</i> . . . . .	67
I. Der Kohleausstieg als komplexer Lebenssachverhalt . . . . .	68
1. Klimawissenschaftliche Komplexität . . . . .	69

2. Ökonomische Komplexität .....	69
3. Wissensgenerierung im Gesetzgebungsverfahren .....	71
a) Das Wesentlichkeitsgebot: Keine Verlagerung der Kohleausstiegsentscheidung auf die Exekutive .....	71
b) Komplexitätsreduktion im Gesetzgebungsverfahren .....	72
aa) Pflicht zur Wissensgenerierung im Gesetzgebungsverfahren ...	72
bb) Generierung und Bewertung von Wissen im Bundesgesetzgebungsverfahren .....	75
(1) Staatsinterne Wissensgenerierung .....	75
(2) Wissensgenerierung durch externen Sachverstand und die Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ .....	76
II. Akzeptanzsicherung durch die Kohlekommission .....	78
III. Kooperative Rechtsetzung aus juristischer Perspektive .....	78
IV. „Kohlekonsens“ als Grundrechtsverzicht? .....	81
 Zweiter Teil: Das Verbot der Kohleverstromung .....	 83
<i>A. Kohleausstieg durch direkte Steuerung</i> .....	<i>83</i>
I. Ordnungsrechtliche Instrumente und der Kohleausstieg .....	84
1. Verbot nach Vorbild des Atomausstiegs .....	84
2. CO <sub>2</sub> -Grenzwerte .....	86
3. Beeinflussung des Zertifikate-Caps .....	86
4. Verbot des CO <sub>2</sub> -Ausstoßes mit Befreiungsvorbehalt .....	87
5. Planungsrechtliche Instrumente .....	87
II. Das Verbotsmodell als Maßstab der weiteren Untersuchung .....	88
1. Unterschiedliche Ausgestaltungen eines Verbots von Kohlekraftwerken	88
2. Verbot von Neuanlagen und Retrofitmaßnahmen als „wesensgleiches Minus“ .....	89
<i>B. Das Grundrecht auf Eigentum, Art. 14 GG</i> .....	<i>90</i>
I. Mögliche betroffene Eigentumspositionen .....	91
1. Zivilrechtliches Eigentum .....	91
2. Konkretisierung des Schutzzumfangs: Die Genehmigung nach § 4 BImSchG .....	92
3. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb .....	94
4. Sonderfall: Reststrommengen und CO <sub>2</sub> -Budgets .....	95
5. Zwischenergebnis: Verfassungsrechtlicher Investitionsschutz durch Art. 14 Abs. 1 GG .....	96
II. Der Kohleausstieg als Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	96
1. Kein Güterbeschaffungsvorgang .....	97
2. Kohlereserve als Enteignung? .....	99
III. Rechtfertigung der Eigentumsbeeinträchtigung und finanzielle Kompensation .....	101



1. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit . . . . .	101
2. Die Angemessenheit eines ordnungsrechtlichen Kohleausstiegsgesetzes 102	
a) Grundsatz: Substanzschutz vor Vermögensschutz . . . . .	102
b) Ausnahmefall: Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung . . . . .	103
aa) Sonderopfer als Voraussetzung der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung . . . . .	104
bb) Neue Fallgruppe: Ausgleichspflicht ohne Sonderopfer . . . . .	105
c) Besondere Sozialbindung des Eigentums an Kernkraftwerken . . . . .	106
d) Vergleichbare Sozialbindung des Eigentums an Kohlekraftwerken? . 108	
aa) Elektrizitätsversorgung als Bestandteil der Daseinsvorsorge . . .	108
bb) Geringer personaler Bezug des Eigentums an Kraftwerken . . . .	108
cc) Hochrisikotechnologien und klimaschädliche Technologien . . .	109
dd) Gesetzgeberische Entscheidung für die Nutzung der Kernenergie . . . . .	111
ee) Die Anerkennung der besonderen Sozialbindung der Kohlekraft als Ausweitung der atomrechtlichen Sonderdogmatik . . . . .	112
e) Ergebnis: Kein Substanzschutz für Kohlekraftwerke . . . . .	113
f) Notwendige Entschädigungs- und Ausgleichszahlungen? . . . . .	114
aa) Vertrauensschutz als eng zu verstehende Ausnahmekonstellation 114	
bb) Die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes und die Bemessung staatlicher Entschädigungen . . . . .	117
cc) Kein Vertrauen auf Kostenamortisation . . . . .	119
dd) Vertrauenstatbestand . . . . .	120
(1) Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung . . . . .	120
(2) Bergrechtliche Rahmenbetriebspläne . . . . .	121
(3) Vertrauensschutz durch „Maximalziele“ in § 1 Abs. 2 EEG oder durch den Emissionshandel? . . . . .	123
(4) Äußerungen im politischen Diskurs . . . . .	124
(5) Bedeutung für die Daseinsvorsorge . . . . .	125
(6) Vorschlag der Kohlekommission . . . . .	126
ee) Grundrechtliche Unzumutbarkeit frustrierter Investitionen? . . . .	126
(1) „Klimakonsens“ und Energiewende: Der Kohleausstieg als abschbare Entwicklung . . . . .	127
(2) Abschaltung bis 2030 als grundsätzlich zulässige Beeinträchtigung . . . . .	128
(3) Sonderfall: Braunkohletagebau . . . . .	130
ff) Mangelnde Rechts- und Investitionssicherheit . . . . .	132
C. Die Berufsfreiheit, Art. 12 GG . . . . .	133
D. Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG . . . . .	134
E. Zusammenfassung: Relativ schwacher eigentumsrechtlicher Schutz . . .	135

Dritter Teil: Kohleausstieg durch ökonomische Steuerung .....	137
<i>A. Allgemeines</i> .....	137
I. Indirekte Steuerung durch ökonomische Instrumente .....	138
II. Die Unschärfe ökonomischer Steuerung .....	141
1. Rückgriff auf das homo-oeconomicus-Modell .....	142
2. Verbleibende Ungewissheit .....	144
III. Ökonomische Instrumente als Rechtsproblem .....	145
1. Die Berufsfreiheit als maßgebliches Grundrecht .....	145
2. Vertrauensschutz und indirekte Steuerung .....	146
3. Das Ordnungsrecht als Maßstab der grundrechtlichen Bewertung .....	148
<i>B. Ungewissheit über die Wirkung ökonomischer Instrumente</i> .....	150
I. Von der Wissensgenerierung zur Prognose: Prognoseprärogative .....	151
II. Die Reichweite der Prognose und gesetzgeberische Zielvorgaben .....	151
III. Ungewissheit und Grundrechtsschutz .....	153
1. Ökonomische Instrumente als grundrechtliches aliud zum Ordnungsrecht .....	153
2. Unterschiede beim Verfassungsrechtsschutz .....	154
a) Ex-ante: Kontrolle des inneren Gesetzgebungsverfahrens als Kompensation von Ungewissheit .....	157
aa) Verfahrenskontrolle trotz Prognosespielräumen .....	158
bb) Kompensation judikativer Wissensdefizite .....	159
cc) Reichweite der Kompensation .....	160
b) Ex-post: Zurechnungsschwierigkeiten und Nachbesserungspflichten	162
aa) Zurechnung ökonomischer Belastungen zum Staat .....	163
bb) Nachbesserungen als Korrektiv fehlgehender Prognosen .....	164
IV. Zusammenfassung: Unsicherheit als grundrechtlicher Rechtsschutznachteil .....	165
<i>C. Die Erdrosselung als Steuerungsmittel</i> .....	166
I. Das Erdrosselungsverbot und seine Reichweite .....	167
1. Das (finanzverfassungsrechtliche) Verbot der Erdrosselungssteuer ...	168
a) Kein pauschaler Verstoß gegen das Übermaßverbot .....	168
b) Erdrosselungssteuer als finanzverfassungsrechtlicher Formenmissbrauch .....	169
c) Die zeitliche Komponente des Erdrosselungsverbots .....	171
d) Prohibitive Wirkung in einzelnen Sektoren als Formenmissbrauch?	174
2. Keine Übertragbarkeit des Verbots auf andere Formen ökonomischer Steuerung .....	176
3. Zwischenergebnis: Beschränkte Reichweite des Erdrosselungsverbots	177
II. Kohleausstieg durch Erdrosselung .....	177
1. Vor- und Nachteile .....	178
2. Nutzung im Instrumentenmix .....	180

III. Erdrosselung und Grundrechte . . . . .	180
1. Schutzbereich: Erdrosselnde Belastungen als Eigentumsbeeinträchtigung? . . . . .	181
2. Erdrosselung als Eingriffskriterium . . . . .	182
3. Erdrosselung als Belastungstypisierung bei der Grundrechtsprüfung . . . . .	183
a) „Verwaltungsfunktion mit Verbotscharakter“ . . . . .	183
b) Erdrosselung als Verbot: Eine grundrechtliche Typisierung . . . . .	185
aa) Ökonomischer Zwang und ökonomisches Gebot . . . . .	186
bb) Erdrosselung (auch) durch ökonomische Gebote . . . . .	187
cc) Voraussetzung der Typisierung: Vergleichbarkeit der grundrechtlichen Belastung . . . . .	187
(1) Schutz rentabler Unternehmen . . . . .	188
(2) Schutz unrentabler Tätigkeiten . . . . .	190
(3) Erhöhte Unsicherheit . . . . .	192
(4) Ergebnis: Zulässigkeit der typisierten Erfassung von Erdrosselungen als Verbot . . . . .	193
c) Das hypothetische Verbot als Maßstab . . . . .	194
4. Die Erdrosselungsschwelle . . . . .	195
a) Rentabilität als maßgeblicher Faktor bei (finalen) Erdrosselungen . . . . .	196
b) Die asymmetrische Belastungswirkung und das Maßstabsunternehmen . . . . .	198
aa) Orientierung am schwächsten Adressaten . . . . .	198
bb) Orientierung am marktstärksten Adressaten . . . . .	199
cc) Orientierung am durchschnittlichen Marktakteur . . . . .	201
(1) Das Altmark-Trans-Kriterium vom „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“ . . . . .	202
(2) Parallelen zur Altmark-Trans-Problematik: Berücksichtigung öffentlicher Unternehmen? . . . . .	203
5. Erdrosselung als Gleichheitsproblem . . . . .	204
IV. Zusammenfassung: Erdrosselung zwischen Finanzverfassungsrecht und Grundrechten . . . . .	206
<i>D. Einzelne ökonomische Ausstiegsinstrumente . . . . .</i>	<i>207</i>
I. Lenkungsabgaben . . . . .	207
1. Das Steuerstaatsprinzip . . . . .	209
2. Die freiheitsrechtliche Wirkung vermeidender Lenkungsabgaben . . . . .	210
a) Streit um den eigentumsbeeinträchtigenden Charakter der Zahlungspflicht . . . . .	211
b) Der Lenkungsbefehl als Grundrechtseingriff . . . . .	212
3. Steuern . . . . .	214
a) Anknüpfen an CO <sub>2</sub> -Ausstoß oder Nutzung von Emissionszertifikaten . . . . .	214
b) Besteuerung der Verbrennung von Kohle im Rahmen des EnergieStG . . . . .	216

4. Nicht-steuerliche Abgaben . . . . .	218
a) Vorzugslasten (Gebühren und Beiträge) . . . . .	218
b) Ressourcennutzungsgebühren . . . . .	219
aa) Öffentlich-rechtliches Bewirtschaftungssystem . . . . .	219
bb) Die Nutzung von Umweltgütern als Bestandteil grundrechtlicher Handlungsfreiheit . . . . .	222
cc) Inkompatibilität von Kostendeckungsprinzip und Klimaschutzkosten . . . . .	223
c) Sonderabgaben . . . . .	225
aa) Kompensationsabgaben . . . . .	226
(1) Finanzverfassungsrechtliche Sonderstellung von Kompensationsabgaben . . . . .	227
(2) Ausgestaltung als rechtspflichtersetzende oder rechtspflichtdurchsetzende Abgabe . . . . .	228
(3) Die grundrechtliche Bewertung von Kompensationsabgaben am Maßstab des ordnungsrechtlichen Verhaltensbefehls . . . . .	229
bb) Sonderabgaben ohne ordnungsrechtlichen Verhaltensbefehl . . . . .	229
(1) Unterschiedliche Anforderungen an Lenkungs- und Finanzierungsabgaben? . . . . .	230
(2) Der Lenkungscharakter als untaugliches Abgrenzungskriterium . . . . .	231
(3) Zulässigkeit einer Kohleausstiegs-Sonderabgabe . . . . .	232
(a) Die zu finanzierende Aufgabe: verschiedene Finanzierungszwecke . . . . .	233
(b) Rechtfertigung der Finanzierungsverantwortung aus dem Gruppennutzen der Abgabenverwendung . . . . .	234
(c) Finanzierungsverantwortung aufgrund einer Verursachungsverantwortung . . . . .	234
(d) Verantwortungsnahe im regulierten Wettbewerb . . . . .	237
(e) Sonderfall: (Er-)Drosselung statt Marktordnung . . . . .	238
5. Ergebnis: Steuern und Sonderabgaben als Ausstiegsinstrumente . . . . .	240
II. Konkurrenzfördernde Maßnahmen . . . . .	241
1. Ökostromförderung . . . . .	241
2. Das Beihilfenrecht als Hemmnis der Konkurrenzförderung . . . . .	243
3. Finanzverfassungsrecht und Umlagefinanzierung . . . . .	245
4. Grundrechtliche Wirkung von Konkurrenzförderungsmaßnahmen . . . . .	245
a) Anwendung der Wettbewerbsfreiheit . . . . .	245
b) Grundrechtseingriffe durch staatliche Marktbeeinflussung . . . . .	248
aa) Ökostromförderung als finaler Eingriff . . . . .	251
bb) Ökostromförderung als belastungsintensiver Eingriff im Instrumentenmix . . . . .	252
c) Rechtfertigung eines Eingriffs durch Konkurrenzförderung im Strommarkt . . . . .	253

III. Nationale Modifikationen unionsrechtlicher Instrumente .....	253
1. Rechtspflicht zur Löschung von Zertifikaten: der nationale „Klimaschutzbeitrag“ .....	253
a) Verstoß gegen die EHS-RL .....	254
b) Berücksichtigung der Schutzverstärkungsklausel (Art. 193 AEUV) .....	255
2. Erhöhung des Zertifikatepreises durch zusätzliche Abgaben .....	256
3. Mitgliedstaatliche Beteiligung am Zertifikatehandel .....	258
4. Nationales Zertifikatehandelssystem und nationale Netzzugangsprivilegien für Ökostrom .....	259
 Vierter Teil: Der Instrumentenmix .....	 261
A. Kohleausstieg durch einen Instrumentenmix .....	261
B. Belastungskumulationen als Rechtsproblem .....	262
I. Gesetzgeberische Zielsetzung als Normenklammer .....	265
II. Grundrechtsmethodische Fragen .....	267
1. Betroffenheit unterschiedlicher Grundrechte .....	269
a) Berücksichtigung der Eingriffe in unterschiedliche Grundrechte .....	269
b) Nur Eingriffe in dasselbe Grundrecht berücksichtigungsfähig .....	271
c) Belastungskumulation als einheitlicher Grundrechtseingriff .....	272
d) Zwischenergebnis: Prüfung des Einzelinstruments und Berücksichtigung des Belastungsumfelds .....	273
2. Lenkungssteuern im erdrosselnden Instrumentenmix .....	274
3. Berücksichtigung von Belastungen ohne Eingriffsqualität .....	275
4. Unionsrechtliche Belastungen als Bestandteil der Belastungskumulation .....	277
III. Unzulässige Belastungskumulationen vor dem Bundesverfassungsgericht .....	280
C. Folgerungen für einen Instrumentenmix im Kohlesektor .....	282
 Fünfter Teil: Ergebnisse und Ausblick .....	 285
A. Thesen .....	285
I. Erster Teil: Der Rechtsrahmen des nationalen Ausstiegs aus der Kohleverstromung .....	285
II. Zweiter Teil: Das Verbot der Kohleverstromung .....	286
III. Dritter Teil: Kohleausstieg durch ökonomische Steuerung .....	287
IV. Vierter Teil: Der Instrumentenmix .....	290
B. Der Vorschlag der Kohlekommission und andere Ausstiegsszenarien .....	291
I. Der Vorschlag der Kohlekommission .....	291
1. Konsenslösungen und Ordnungsrecht .....	291
2. Verfassungsrechtliche Bewertung .....	293

3.	Entstehung grundrechtlichen Vertrauensschutzes . . . . .	295
a)	Einvernehmliche Verhandlungslösung . . . . .	295
b)	Ordnungsrechtliches Vorgehen mit Evaluationsklauseln . . . . .	296
4.	Überobligatorische Entschädigungen: Beihilfenrecht als limitierender Faktor . . . . .	297
II.	Ordnungsrechtliches Alternativszenario: Restverschmutzungsrechte . . . . .	300
III.	Ergänzung des ordnungsrechtlichen Verhaltensbefehls durch ökonomische Instrumente am Beispiel der CO <sub>2</sub> -Steuer . . . . .	301
1.	Verfassungsrechtliche Bewertung . . . . .	302
2.	Vor- und Nachteile . . . . .	303
IV.	Ökonomische Anreize als (Haupt-)Ausstiegsinstrument: Kohleausstiegs-Sonderabgabe statt Steuerfinanzierung . . . . .	304
1.	Verfassungsrechtliche Bewertung . . . . .	304
2.	Vor- und Nachteile . . . . .	305
V.	Zusammenfassung: Vor- und Nachteile des Vorschlags der Kohlekommission . . . . .	306
C.	<i>Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere Felder der Umwelt- und Wirtschaftspolitik . . . . .</i>	306
I.	Die Abschaltung von Gaskraftwerken . . . . .	308
II.	Die Energiewende im Wärmesektor . . . . .	309
1.	Steuerungsoptionen und Vergleichbarkeit mit dem Kohleausstieg . . . . .	309
2.	Rechtliche Fragen . . . . .	311
a)	Substanz- oder Vermögensschutz? . . . . .	311
b)	Ökonomische Instrumente, homo-oeconomicus-Modell und Erdrosselung . . . . .	313
III.	Das Ende des Verbrennungsmotors . . . . .	314
1.	Steuerung der KFZ-Hersteller . . . . .	315
2.	Autofahrer als Steuerungsadressaten . . . . .	316
3.	Erdrosselungsinstrumente im Verkehrssektor . . . . .	317
a)	Autofahrer . . . . .	317
b)	KFZ-Hersteller . . . . .	319
IV.	Übertragung der finanzverfassungsrechtlichen Ergebnisse . . . . .	320
V.	Ergebnisse: Ökonomische Ausstiegsinstrumente jenseits des Kohlesektors . . . . .	320
	Literaturverzeichnis . . . . .	321
	Sachregister . . . . .	353



## Abkürzungsverzeichnis

ARegV	Anreizregulierungsverordnung
BBH	Becker Büttner Held PartGmbB
BDEW	Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft
BDI	Bundesverband der deutschen Industrie
BLJ	Bucerius Law Journal
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
bspw.	beispielsweise
BUND	Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAN	Climate Active Neighbourhoods
CCS	Carbon Dioxid Capture and Storage
cep	Centrum für Europäische Politik
CO <sub>2</sub>	Kohlenstoffdioxid
dass.	dasselbe
d. d. A.	durch den Autor
DEBRIV	Deutscher Braunkohlen-Industrie-Verein
DEHSt	Deutsche Emissionshandelsstelle
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
diesbzgl.	diesbezüglich
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DStJG	Tagungsband der Deutschen steuerjuristischen Gesellschaft
DStRE	Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst
EHS-RL	Emissionshandelssystem-Richtlinie
EL	Ergänzungslieferung
EnBW	Energie Baden-Württemberg AG
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ESPAS	European Strategy and Policy Analysis System
ER	EnergieRecht
ET	Energiepolitische Tagesfragen
FFH-RL	Flora-Fauna-Habitat Richtlinie
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
IASS	Institute for Advanced Sustainability Studies
i. E.	im Ergebnis
IE-RL	Richtlinie über Industrieemissionen
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
i. R. d.	im Rahmen der/im Rahmen des



i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
IZES	Institut für Zukunftsenergiesysteme
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
KWKG	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz
NDC	Nationally Determined Contribution (nach dem Pariser Übereinkommen)
NKRG	Gesetz zur Einsetzung eines nationalen Normenkontrollrats
PÜ	Pariser Übereinkommen zum Klimaschutz
sog.	sogenannte/sogenanntes
SRU	Sachverständigenrat für Umweltfragen
UBA	Umweltbundesamt
UNFCCC	Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen
VDKI	Verein der Kohlenimporteure
WHO	World Health Organization
WWF	World Wildlife Fund for Nature
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung

Nicht aufgeführte Abkürzungen richten sich nach *Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018.

## Einleitung

Im 19. Jahrhundert wurde Kohle<sup>1</sup> zur Grundressource der industriellen Revolution. Ein „energetisches Ancien Régime“ endete, „ein Zeitalter von Vernetzung, Schnelligkeit, nationaler Integration und erleichterter imperialer Kontrolle“ begann. „Kohle setzt Dampfmaschinen in Gang, und Dampfmaschinen bewegen Spindeln und Pumpen, Schiffe und Eisenbahnen.“<sup>2</sup> Gerade für Deutschland mit seinen großen Kohlereserven wurde der Rohstoff zur Triebfeder der wirtschaftlichen Entwicklung und der politischen Emanzipation. Als Brennmittel betrieb sie Schwerindustrie und private Heizöfen gleichermaßen. In den deutschen Steinkohlebergbaugebieten (vor allem im Ruhrgebiet) und den Braunkohlerevieren (am Niederrhein, in Mitteldeutschland und in der Lausitz) wurde die Kohleförderung zum wichtigsten Wirtschaftszweig und ist bis heute essenzieller Bestandteil regionaler Identität. Der Steinkohlebergbau ist mit Schließung der letzten Zechen in Bottrop und Ibbenbüren im Dezember 2018 aus Deutschland verschwunden. Neue Technologien haben den heimischen Kohleofen und die kohlebetriebene Dampflok substituiert. Dennoch ist die Kohle weiterhin relevant: Beim Grillfest werden wie selbstverständlich Kohlebriketts verbrannt, in der Eisen- und Stahlproduktion ist der Einsatz von Koks – veredelter Kohle – noch unverzichtbar.<sup>3</sup> Im Stromsektor ist das angesichts immer weiter verbreiteter alternativer Energiequellen dagegen nicht mehr der Fall. Wegen des Klimawandels ist *der Kohleausstieg*<sup>4</sup> zu einem politischen Anliegen von höchster Priorität geworden.

---

<sup>1</sup> Kohle ist ein dunkles Sedimentgestein pflanzlichen Ursprungs. Durch den Druck überlagernder Sedimentschichten und den damit einhergehenden stetigen Verlust an Wasser wird aus den Pflanzen erst Torf, dann Braun- und dann Steinkohle, schließlich Anthrazit. Das bedeutet, dass Braunkohle im Normalfall jünger (2,5–60 Mio. Jahre) als Steinkohle (bis zu 350 Mio. Jahre) ist und wegen der höheren Feuchtigkeit schlechtere Brennwerte hat, s. näher, m. w. N. *UBA*, Daten und Fakten zu Braun- und Steinkohlen, S. 8 f.

<sup>2</sup> *Osterhammel*, Die Verwandlung der Welt, S. 108.

<sup>3</sup> Vgl. zur europäischen Geschichte der Stahlproduktion und ihrer Abhängigkeit von Steinkohle *Wuttke*, Montanindustrie, in: Brüggenmeier/Farrenkopf/Grütter, Das Zeitalter der Kohle, S. 137 ff. Mittlerweile gibt es allerdings Versuche, die Kohle in diesem Sektor weitgehend durch Wasserstoff zu ersetzen, s. FAZ.net v. 24.2.2018, Eine Alternative zum Koksen, <https://www.faz.net/aktuell/technik-motor/technik/sauberer-stahl-wasserstoff-als-alternative-zum-koksen-15456145.html>.

<sup>4</sup> In dieser Arbeit wird, anstelle des *Ausstiegs aus der Kohleverstromung*, häufig schlicht von *dem Kohleausstieg* die Rede sein. Das ist eine vereinfachende Verkürzung. Der Ausstieg

## A. Kohleausstieg und Klimawandel

Die Verbrennung von Stein- und Braunkohle in Kohlekraftwerken stellt, neben der Nutzung erneuerbarer Energien, das wichtigste Verfahren zur Generierung elektrischer Energie in Deutschland dar. Allerdings nimmt die Bedeutung der Kohlekraft kontinuierlich ab: Bis in die 1950er Jahre hinein gab es kaum andere Energieträger im Strom- und Wärmebereich. Im Zuge der Etablierung von Mineralöl (vor allem im Wärmesektor), Erdgas und Atomstrom lieferte die Kohlekraft 1990 jedoch bereits weniger als ein Drittel der Primärenergie in der Bundesrepublik.<sup>5</sup> Mit der Förderung erneuerbarer Energien in den 1990er Jahren sank auch ihr Anteil an der Stromversorgung zunehmend. Dieser lag 1990 noch bei rund 50%;<sup>6</sup> 2018 macht er lediglich noch etwas über ein Drittel aus.<sup>7</sup> Der prozentuale Rückgang spiegelt sich auch in den absoluten Zahlen wider: 1990 wurde in Deutschland Kohle im Brennwert von 131 Millionen Tonnen Öläquivalent verbrannt. 2017 betrug der Wert 71 Millionen Tonnen, wobei sich der weltweite Kohleverbrauch in dieser Zeit nahezu verdoppelte.<sup>8</sup> Nichtsdestotrotz ist die Kohlekraft noch immer der größte Emittent klimaschädlicher Treibhausgase<sup>9</sup> in Deutschland.<sup>10</sup>

---

aus der Nutzung des Energieträgers im Allgemeinen liegt nicht im Blickfeld der Betrachtung. Die Untersuchung behandelt auch das Ende der Kohlegewinnung in Braunkohletagebauen nur am Rande. Es geht um die juristischen Implikationen der Abschaltung von Kohlekraftwerken, die der Stromgewinnung dienen.

<sup>5</sup> Genaue Daten finden sich auf der Website der *AG Energiebilanzen* (<https://ag-energiebilanzen.de/2-0-Daten-und-Fakten.html>): 1950 stellte Braunkohle rund 15% und Steinkohle rund 73% der Primärenergie. Mineralöl und Wasserkraft stellten jeweils um die 5%. 1990 betrug der Anteil der Braunkohle etwa 8%, der Steinkohle 19%, des Mineralöls 41%, des Erdgases 18%, der Kernenergie 12% und der Anteil der Wasserkraft nur noch rund 1%.

<sup>6</sup> Energiemix 1990 nach *AG Energiebilanzen* (Fn. 5): rund 20% Braunkohle, 30% Steinkohle, 7% Erdgas, 33% Kernenergie, 4% Wasserkraft, 2% Mineralöl.

<sup>7</sup> Der Rückgang liegt vor allem am Bedeutungsverlust der Steinkohle, die nur noch rund 13% des Stroms liefert. Die Braunkohle kommt auf 23%, Kernenergie und Erdgas jeweils auf etwa 12% und erneuerbare Energien auf 36% (Wasserkraft 3%, Biomasse und Photovoltaik jeweils rund 7%, Windenergie 14%). Daten nach *AG Energiebilanzen* (Fn. 5).

<sup>8</sup> *BP*, 67th Statistical Review of World Energy, S. 39f.

<sup>9</sup> Die Kohlekraft ist für rund 80% der Treibhausgasemissionen des Energiesektors verantwortlich. Auf den Energiesektor entfallen wiederum etwa 38% der gesamten Emissionen in Deutschland. Die sonstige Industrie macht knapp 21%, der Verkehrssektor rund 18% der Emissionen aus. Es folgen beheizte Wohngebäude (10%), Landwirtschaft (8%), Gewerbe/Handel/Dienstleistungen (4%) und Abfallwirtschaft (1%), s. *BMU*, Klimaschutzbericht 2017, S. 24. Zum Wärme- und Verkehrssektor s. auch 5. Teil C.II.-III.

<sup>10</sup> Kohlestoffdioxid (CO<sub>2</sub>) macht beinahe 90% der der in Deutschland emittierten klimaschädlichen Treibhausgase aus (s. *BMU*, Klimaschutzbericht 2017, S. 15). Im Energiesektor liegt dieser Anteil gar bei 98% (ebd., S. 26). Daher wird im Folgenden eine in der rechtswissenschaftlichen und ökonomischen Lit. durchaus gebräuchliche Verkürzung stattfinden und lediglich auf CO<sub>2</sub> rekurriert, wobei viele der diskutierten klimapolitischen Instrumente (wie bspw. die CO<sub>2</sub>-Abgabe) ohnehin auf eine Bepreisung dieses spezifischen Klimagases ab-

Die rückläufige Entwicklung in Deutschland ist kein marktwirtschaftlicher Automatismus, sondern die Konsequenz regulatorischer Markteingriffe (vor allem) durch EEG und TEHG. Von sich aus ist die betriebswirtschaftlich günstige Kohlekraft mittelfristig überlebensfähig.<sup>11</sup> Insofern setzt der endgültige Kohleausstieg wohl voraus, dass der Staat in den Stromsektor eingreift.

Obwohl die Kohle heute nicht mehr „die Basis“ des Industriestandorts Deutschlands schlechthin ist und das Kohlezeitalter hierzulande seinen „Zenit überschritten“ haben mag,<sup>12</sup> ist es das womöglich „größte Projekt des 21. Jahrhunderts“,<sup>13</sup> ihre Nutzung zu beenden und die Energieversorgung neu zu strukturieren. Das liegt nicht nur an der beträchtlichen verbleibenden ökonomischen und sozialen Relevanz der Kohlekraft, sondern auch an der Fallhöhe: Wenn es nicht gelingt, die Erde zu dekarbonisieren, wird der Klimawandel mit all seiner zerstörerischen Kraft nicht mehr aufzuhalten sein.<sup>14</sup> Ein weiterer Temperaturanstieg ließe die Meere ansteigen und würde Stürme, Dürren und Missernten verursachen. Teile des Planeten wären unbewohnbar, Klimamigration und Kriege die Folge. Aus dem auftauenden Eis kämen Millionen Jahre alte Krankheitserreger zum Vorschein, die Meere würden übersäuern, ein massenhaftes Artensterben stünde bevor.<sup>15</sup> Dass die Industriegesellschaft solche Veränderungen unbeschadet übersteht, ist unwahrscheinlich.<sup>16</sup> Doch die Konsequenzen könn-

---

zielen. Der Emissionszertifikatehandel erfasst allerdings Treibhausgase in ihrer Gesamtheit (§ 1 TEHG).

<sup>11</sup> Vgl. etwa (zur Braunkohle) *Fahl/Blesl/Voß*, ET 8/2012, 25 ff.

<sup>12</sup> *Agora Energiewende*, Kohlekonsens, S. 17.

<sup>13</sup> So *Ekardt*, Jahrhundertaufgabe Energiewende, S. 11.

<sup>14</sup> Klimaschutz ist freilich nicht das einzige Argument, das für den Kohleausstieg streitet: Trotz erheblicher Rohstoffreserven ist die deutsche Kohlestromindustrie von Importen abhängig. Die Umstellung der Stromproduktion auf erneuerbare Energien schafft Importunabhängigkeit und so mittelbar Versorgungssicherheit (dazu 1. Teil B.II.). Außerdem ist die Verbrennung von Kohle nicht nur für das Klima schädlich, sondern führt auch zum Ausstoß weiterer gesundheitsschädlicher Stoffe (dazu 1. Teil B.III.1.) und zur Wasserverschmutzung.

<sup>15</sup> Die Folgen der globalen Erwärmung sind vielerorts wissenschaftlich untersucht worden und in ihren Details prognostisch ungewiss (diese Ungewissheit wird allerdings von Klimaskeptikern oftmals stärker dargestellt, als sie in der Klimaforschung tatsächlich ist, s. dazu *Ekardt*, Jahrhundertaufgabe Energiewende, S. 24 f.). Am prominentesten sind die Untersuchungen des Weltklimarates, dessen letzter Sachstandsbericht 2014 veröffentlicht wurde, s. *IPCC*, Klimaänderung 2014; s. auch den Sonderbericht von 2018 (*IPCC*, 1,5°C globale Erwärmung). Eindrucksvolle journalistische Darstellungen möglicher Konsequenzen finden sich bei *Wallace-Wells*, *New York Magazine* v. 10.7.2017, *The Uninhabitable Earth*; und *Rich*, *New York Times Magazine* v. 1.8.2018, *Losing Earth*. Vgl. auch die Darstellung bei *Edenhofer/Jakob*, Klimapolitik, S. 12 ff.

<sup>16</sup> Nach einer populären, historisch-geographischen Darstellung von *Diamond* (Kollaps) sind Klimaschwankungen ein Faktor, der schon in der Vergangenheit den Zusammenbruch von Gesellschaften verursacht habe (für die Maya ebd., S. 199, für Normannisch-Grönland S. 266). Diese Gefahr drohe weiterhin: Klimaveränderung, Umweltgifte und Energieknappheit seien die maßgeblichen potenziellen Ursachen für einen möglichen „Kollaps“ der heutigen Industriegesellschaft (ebd., S. 544 ff.).

ten noch weiter reichen: Einige Wissenschaftler prognostizieren, dass in Anbetracht der „Klimakatastrophe“ das Ende der Menschheit drohe.<sup>17</sup>

## B. Erkenntnisinteresse: Ökonomische Instrumente versus Ordnungsrecht am Beispiel des Kohleausstiegs

Die juristische Frage, *ob* ein nationaler Ausstieg aus der Kohleverstromung zulässig wäre, ist angesichts des weiten politischen Entscheidungsspielraums im Bereich der Energieversorgung und der drängenden Klimawandelgefahr schnell zustimmend beantwortet.<sup>18</sup> Während die Politik sich tendenziell eher mit möglichen Abschaltenden und den wirtschaftlichen Konsequenzen in den Braunkohleregionen beschäftigt, zeugen die bisherigen rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen von einer Instrumentendebatte:<sup>19</sup> *Wie* kann die Abschaltung der deutschen Kohlekraftwerke durchgesetzt werden? Neben der Frage nach der Zulässigkeit entschädigungsloser Kraftwerksschließungen, die vor allem im Nachgang des Atomausstiegsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 6. De-

<sup>17</sup> Vgl. Spiegel Online v. 6.5.2017, Hawking gibt Menschheit noch 100 Jahre auf der Erde, <https://www.spiegel.de/wissenschaft/weltall/stephen-hawking-gibt-menschheit-noch-100-jahre-auf-der-erde-a-1146451.html>; *Rich*, New York Times Magazine v. 1.8.2018, Losing Earth; *ESPAS*, Global Trends to 2030, S. 34.

<sup>18</sup> S. auch *Franzius*, NVwZ 2018, 1585: Schon die klimapolitische Notwendigkeit, die Kohleverstromung zu beenden, würde eine Diskussion über den Kohleausstieg an sich obsolet machen. Das mag aus umweltpolitischer Perspektive zutreffend sein, hat aber nach hiesiger und überwiegender Auffassung keinen Rückhalt im Völker-, Unions- oder Verfassungsrecht: Eine Rechtspflicht zum Kohleausstieg besteht, anders als eine abstrakte Pflicht zum Klimaschutz, nicht (1. Teil B.II.). In einigen Fällen wird schon das „ob“ des Ausstiegs juristisch in Frage gestellt: Eine unionsrechtliche Unzulässigkeit des Kohleausstiegs deutet *Börner* (RdE 2014, 367 [372]) an, s. dazu aber 1. Teil B.II.3.a); von umfassenden verfassungsrechtlichen Restriktionen bis hin zu Verfassungswidrigkeit des Kohleausstiegs ausgehend *Frenz*, DVBl 2017, 121 (124); *Spieth/N. Hellermann*, Kohle zwischen Recht und Politik, in: Hebler u. a., Die Zukunft der Energiewende, S. 83 ff.; *Rebentisch*, Kritisches zum propagierten Kohleausstieg, in: Liber amicorum Bündenbender, S. 273 ff.; skeptisch auch *Karpenstein*, Das Atomausstiegsurteil des BVerfG als Blaupause, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, S. 73 ff.

<sup>19</sup> Die bisherigen ausführlicheren (vor allem gutachterlichen) Auseinandersetzungen mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des Kohleausstiegs konzentrieren sich entweder maßgeblich auf die Grundrechtskonformität eines Verbots oder auf die finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben an ökonomische Instrumente (für ersteres *Klinski*, Die Abschaltung von Kohlekraftwerken, S. 17 ff.; *BBH*, Kohleausstieg nach dem Vorbild des Atomausstiegs?, S. 8 ff.; *Rebentisch*, Kritisches zum propagierten Kohleausstieg, in: Liber amicorum Bündenbender, S. 273 [285 ff.]; *Kreuter-Kirchhof*, Gutachten zur Positionierung des Wirtschaftsministeriums NRW, S. 52 ff.; zum Finanzverfassungsrecht *Wronski/Küchler*, CO<sub>2</sub>-Mindestpreis in Deutschland; *Klinski*, ebd., S. 47 ff.; *H. Kahl/Simmel*, CO<sub>2</sub>-Bepreisung in Deutschland, S. 31 ff.). Das Rechtsgutachten für die Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ (*Schomerus/Franßen*, Die Stilllegung von Kohlekraftwerken) klammert ökonomische Instrumentenoptionen gänzlich aus (s. ebd., S. 212).

zember 2016<sup>20</sup> erörtert wurde, werden dabei unterschiedliche instrumentelle Ansätze erwogen und rechtlich bewertet: CO<sub>2</sub>-Grenzwerte,<sup>21</sup> das Verbot neuer Kraftwerke,<sup>22</sup> Schließungsverfügungen für Altanlagen (in Verbindung mit Restlaufzeiten, Strom- oder CO<sub>2</sub>-Kontingenten),<sup>23</sup> nationale Einwirkungen auf den Emissionszertifikatepreis<sup>24</sup> und Lenkungsabgaben<sup>25, 26</sup>

Von der Bundesregierung wurde die Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ (sogenannte Kohlekommission) eingesetzt, um einen Ausstiegsplan zu erarbeiten. Diese schlug in ihrem Abschlussbericht vom 26. Januar 2019 eine überwiegend kooperative Lösung vor. Wenn mit den Kohlekraftwerksbetreibern keine Einigung über Abschaltungen erzielt werden könne, solle der Ausstieg bis 2038 durch – nicht näher spezifizierte – ordnungsrechtliche Instrumente durchgesetzt werden. Ferner werden Entschädigungszahlungen „im Rahmen der rechtlichen Erfordernisse“ vorgeschlagen.<sup>27</sup> Der daran anknüpfende Entwurf eines Ausstiegsgesetzes sollte eigentlich noch 2019 im Bundeskabinett beschlossen werden, verzögerte sich aber. Eine schon in den Medien aufgetauchte Version des Referentenentwurfs des geplanten „Kohleausstiegsgesetzes“ von November 2019<sup>28</sup> offenbart, dass geplant ist, das Gesetz eng am Vorschlag der Kohlekommission auszurichten. Während Abschaltzeitpunkte und Entschädigungen für die einzelnen Braunkohlekraftwerke und -tagebaue individuell verhandelt werden, soll der Steinkohleausstieg durch eine Mischung aus unterschiedlichen Instrumenten gelingen: So sollen die ersten Abschaltungen von Steinkraftwerken entschädigt werden, wobei die Kraftwerksbetreiber sich auf die Entschädigungszahlungen in einem Ausschreibungsverfahren (pay-as-bid) bewerben müssen. Die Kraftwerksbetreiber, welche die niedrigsten Entschädigungen fordern, bekommen den Zuschlag. Spätestens ab 2027, bei zu wenig Teilnehmern am Ausschreibungsverfahren aber schon vorher, erfolgte der Ausstieg dann mittels eines hoheitlichen Verbots der Kohleverfeuerung, wobei die Stilllegungsreihenfolge sich nach dem Alter der

<sup>20</sup> BVerfGE 143, 246; dazu ausführlich 2. Teil B.

<sup>21</sup> *Ziehm/Wegener*, CO<sub>2</sub>-Grenzwerte; *Ziehm*, ZUR 2018, 338 ff.; *Franzius*, NVwZ 2018, 1585 (1590).

<sup>22</sup> *Verheyen*, Verhinderung neuer Kohlekraftwerke; *Rodi*, EnWZ 2017, 195 (198).

<sup>23</sup> *Klinski*, Die Abschaltung von Kohlekraftwerken, S. 17 ff.; *BBH*, Kohleausstieg nach dem Vorbild des Atomausstiegs?, S. 8 ff.; *Rodi*, EnWZ 2017, 195 (198 ff.); *Franzius*, NVwZ 2018, 1585 (1587 f.).

<sup>24</sup> *Spieth*, NVwZ 2015, 1173 ff.; *DEHSt*, Bewertung des Klimaschutzbeitrags.

<sup>25</sup> *Klinski*, Die Abschaltung von Kohlekraftwerken, S. 47 ff.; *Rodi*, EnWZ 2017, 195 (201 f.); *H. Kahl/Simmel*, CO<sub>2</sub>-Bepreisung in Deutschland; *Franzius*, NVwZ 2018, 1585 (1590 f.); *Schomerus/Franßen*, Die Stilllegung von Kohlekraftwerken, S. 235 ff.

<sup>26</sup> Überblick bei *Klinski*, Die Abschaltung von Kohlekraftwerken, S. 12 ff.

<sup>27</sup> *Kommission Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung*, Abschlussbericht, S. 62 ff. Zu diesem Vorschlag 5. Teil B.I.; zur Kommission selbst 1. Teil C.II. – IV.

<sup>28</sup> S. etwa <https://www.klimareporter.de/images/dokumente/2019/11/referentenentwurf-kohleausstiegsgesetz-11-11-2019.pdf>.

Kraftwerke richtet. Ältere Kraftwerke gehen grundsätzlich zuerst vom Netz, nachträgliche Investitionen in die Umrüstung einer Anlage (Retrofit) können aber dazu führen, dass ein Kraftwerk länger betrieben werden kann.

Auch falls dieser Weg letztlich vom Parlament bestätigt wird, ist die juristische Debatte damit nicht beendet: Schon im Zuge der Verhandlung über Kraftwerksschließungen zwischen Staat und Unternehmen ist es maßgeblich, dass die hoheitsrechtlichen Handlungsoptionen bekannt sind;<sup>29</sup> selbiges gilt, wenn das Verhandlungsergebnis im Nachhinein zum Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten wird:<sup>30</sup> Wie kann und darf der Gesetzgeber reagieren, wenn der Versuch einer vertraglichen Einigung scheitert? Welche Druckmittel haben die staatlichen Verhandlungsführer? Außerdem bleibt die Frage, ob die ordnungsrechtlichen Vorgaben im Steinkohlebereich überhaupt grundrechtskonform sind. Darüber hinaus zeigt der Blick auf den Atomausstieg mit seiner „mäandernden“ Gesetzgebungsgeschichte,<sup>31</sup> dass über mehrere Legislaturperioden angelegte wirtschaftspolitische Vorhaben selten von Grund auf planbar sind. Nachträgliche Änderungen und energiepolitische Paradigmenwechsel – etwa hin zu einer zusätzlichen CO<sub>2</sub>-Bepreisung, welche den Kohlesektor erfasst – sind nicht unrealistisch. Das gilt gerade, weil ein generell erhöhtes Bewusstsein des Klimawandels in der Bevölkerung, das sich etwa in der *Fridays for Future* Bewegung äußert, erheblichen politischen Änderungsdruck zeitigt. Im Vorschlag der Kohlekommission sind Evaluations- und Anpassungsmöglichkeiten ohnehin ausdrücklich vorgesehen.<sup>32</sup> Bei nachträglichen Änderungen werden sich auch die hier aufgeworfenen Fragen wieder stellen. Außerdem ist die juristische Einordnung unerlässlich, um das gesetzgeberische Vorgehen kritisch zu bewerten: Erfüllt der Gesetzgeber bloß die Anforderungen des zwingenden Rechts? Wäre eine klimapolitisch ambitioniertere oder grundrechtsschonendere Lösung gleichsam möglich gewesen?

Während sich all diese Fragen um die Sachmaterie Kohleausstieg ranken, geht das zentrale Erkenntnisinteresse der Untersuchung – wie sich aus ihrem Haupttitel ablesen lässt – darüber hinaus: Die Instrumentendebatte um den Ausstieg aus der Kohleverstromung ermöglicht nämlich einen neuartigen Blick auf das *Verhältnis von Ordnungsrecht und ökonomischen Instrumenten*. Dieses Verhältnis stellt nach *Kloepfer* das juristischen „Zentralproblem“ öko-

<sup>29</sup> Däuper, EnWZ 2019, 153 (158).

<sup>30</sup> Stimmen die Kraftwerksbetreiber der Abschaltung nur in Anbetracht einer staatlichen Drohung mit rechtswidrigen Maßnahmen zu, ist die Einigung unwirksam, s. dazu 1. Teil C.IV.

<sup>31</sup> Vgl. Shirvani, DÖV 2017, 281; 2. Teil A.I.1.

<sup>32</sup> Die Kohlekommission empfiehlt wegen Unwägbarkeiten in Bezug auf „Versorgungssicherheit, Strompreisniveau, Klimaschutz, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts und Strukturentwicklung“, dass die Maßnahmen im Zuge des Kohleausstiegs in den Jahren 2023, 2026 und 2029 noch einmal bewertet werden. Dabei soll auch überprüft werden, ob das Ende der Kohleverstromung von 2038 auf 2035 vorgezogen werden kann, s. *Kommission Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung*, Abschlussbericht, S. 63 f.

nomischer Lenkung dar.<sup>33</sup> Wenn – wie vielerorts vorgeschlagen – der Kohleausstieg durch oder unter Zuhilfenahme ökonomischer Instrumente stattfinden, müsste sich deren Wirkung unweigerlich dem imperativen Ordnungsrecht annähern. Anders als beim Einsatz umweltpolitischer Anreizinstrumente in der Vergangenheit, ginge es hier nicht bloß darum, umweltschädliches Verhalten einzudämmen. Stattdessen müsste ein ökonomisch bedeutender Wirtschaftszweig in Gänze aufgelöst werden. Das würde eine bisher nicht bekannte Qualität ökonomischer Steuerung bedeuten. Die Arbeit rückt daher den Einsatz indirekter Instrumente in Ausstiegsszenarien in den Mittelpunkt der Betrachtung. Auch wenn der Gesetzgeber sich beim Kohleausstieg entschließt, auf die starren Mittel des Ordnungsrechts oder Konsenslösungen zurückzugreifen, werden sich vergleichbare Rechtsfragen in Ansehung des Klimawandels in Zukunft erneut stellen: Im Verkehrs- und Wärmesektor stehen ebenfalls grundlegende technologische Wenden an, bei denen die Instrumentendebatte zu führen sein wird.<sup>34</sup>

### 1. Direkte und indirekte Steuerung

Ordnungsrecht steuert direkt, ökonomische Instrumente zählen zur indirekten Steuerung.<sup>35</sup> Diese Unterscheidung gibt die Grobstruktur der Arbeit vor: Allgemeines zum Ausstieg aus der Kohle wird im 1. Teil vor die Klammer gezogen, direkte Steuerung wird im 2. Teil, indirekte Steuerung im 3. Teil behandelt. Im 4. Teil wird das Zusammenwirken von direkten und indirekten Instrumenten im Mix betrachtet, bevor die Ergebnisse im 5. Teil zusammengefasst und auf andere Sachmaterien als den Kohleausstieg übertragen werden.

Die Beschränkung auf Steuerungsmittel begrenzt auch die Themen, die mit Blick auf den Kohleausstieg angesprochen werden: Steuerung meint *gezielte Verhaltensbeeinflussung*.<sup>36</sup> Hier geht es also nur um solche Instrumente, mit denen der Gesetzgeber den Kohleausstieg im Stromsektor herbeiführen *will*. Ungewollte Verhaltensbeeinflussung – der Kohleausstieg „aus Versehen“ – wird ausgeklammert. Das gilt etwa für unionsrechtlich verschärfte Quecksilbergrenzwerte, angesichts derer mancherorts gemutmaßt wurde, dass der Betrieb von notwendigerweise quecksilberintensiven Kohlekraftwerken unmöglich

<sup>33</sup> Konkret zum „Verhältnis zwischen imperativer Intervention und interventionistischer Abgabe“ *Kloepfer*, DÖV 1975, 593 (596); s. auch allgemein zum Verhältnis ökonomischer und ordnungsrechtlicher Steuerung *ders.*, JZ 1991, 737 (741); sowie *Murswiek*, JZ 1988, 985 (990 f.).

<sup>34</sup> Dazu 5. Teil C.

<sup>35</sup> Als eigenständiger Steuerungsansatz kann ferner das Planungsrecht genannt werden, dem aber im Hinblick auf den Kohleausstieg nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. S. dazu 2. Teil A.1.5.; *Franzius*, NVwZ 2018, 1585 (1590); *Schomerus/Franßen*, Die Stilllegung von Kohlekraftwerken, S. 212 ff.

<sup>36</sup> *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1024); s. auch *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Bd. I, § 4 Rn. 13.



werden würde.<sup>37</sup> Auch zusätzliche Belastung für Braunkohlekraftwerke durch die jüngsten Grenzwertverschärfungen in der RL 2010/75/EU (Richtlinie über Industrieemissionen, IE-RL) werden hier nicht besprochen, zumal für Kraftwerke mit besonders hohen Umrüstkosten ohnehin Ausnahmegenehmigungen nach Art. 15 Abs. 4 IE-RL gelten können.<sup>38</sup>

Direkte Steuerung, im Folgenden auch als Ordnungsrecht bezeichnet, beschreibt unmittelbare und imperative Verhaltensbeeinflussung in Form von Ge- oder Verboten. Auch wenn es verschiedene ordnungsrechtliche Optionen gibt, die Kohleverstromung einzudämmen,<sup>39</sup> steht das Verbot der Kohleverstromung und somit der Zwang zur Schließung bestehender Kohlekraftwerke im Zentrum der diesbezüglichen Erwägungen. Holzschnittartig lassen sich die Vorteile direkter Steuerung so zusammenfassen:

- *Treffsicherheit*: Sofern der Adressat nicht illegal handelt, wird der Steuerungserfolg erreicht.<sup>40</sup> Damit ist jedoch nicht zwangsläufig verbunden, dass das gesetzgeberische Ziel erreicht wird, da ungewiss sein kann, ob die bloße Verhaltensänderung dazu allein ausreicht.<sup>41</sup> Ob beispielsweise die Pflicht, moderne Rußpartikelfilter in PKW einzubauen, wirklich einen Umweltschutzeffekt hat, hängt nicht nur davon ab, ob die Pflicht befolgt wird, sondern auch davon, ob die modernen Filter mehr Schadstoffe filtern als die älteren Modelle.
- *Rechtsstaatliche Klarheit und Berechenbarkeit*:<sup>42</sup> Die Wirkweise des Gesetzes ist nicht von den oftmals ungewissen Entscheidungen privater Akteure abhängig und somit für Staat und Bürger verhältnismäßig gut zu antizipieren. Auch der Rechtsschutz des Bürgers ist auf das Ordnungsrecht mit seinen eindeutig zu identifizierenden Eingriffen zugeschnitten.

<sup>37</sup> Dazu *Durner/Trillmich*, DVBl 2011, 517 ff.; *Schulte/Kloos*, DVBl 2015, 997 ff.; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit, S. 565 ff.

<sup>38</sup> Vgl. *Franzius*, NVwZ 2018, 1580 (1590); ausführlich *Schomerus/Franßen*, Die Stilllegung von Kohlekraftwerken, S. 66 ff. Generell dürften die Auswirkungen dieser vieldiskutierten unionsrechtlichen BVT-Regelungen auf den Betrieb von Kohlekraftwerken in Deutschland nicht all zu gravierend sein. Es ist im Lichte einer Analyse der *Klima-Allianz Deutschland* (Braunkohle und Stickoxide, S. 1) nicht unwahrscheinlich, dass nur wenige Kraftwerke überhaupt signifikante Umrüstungen vornehmen müssen, um die Grenzwerte einzuhalten. Der Kohleausstieg bedarf insofern nach wie vor einer nationalen Regelungen, so auch *Schomerus/Franßen*, Die Stilllegung von Kohlekraftwerken, S. 69. Anders (BVT-Schlussfolgerungen als unzulässige „Erdrosselung“) *Spieth/N. Hellermann*, Kohle zwischen Recht und Politik, in: *Hebeler u. a.*, Die Zukunft der Energiewende, S. 83 (93 ff.).

<sup>39</sup> Eine heftige Debatte rankt sich um die mögliche Streichung des § 5 Abs. 2 BImSchG und die Implementierung ordnungsrechtlicher CO<sub>2</sub>-Grenzwerte für Industrieanlagen, s. nur *Ziehm*, ZUR 2018, 338 (342 ff.); 1. Teil A.I.

<sup>40</sup> Anstatt vieler *Feess/Seeliger*, Umweltökonomie, S. 47, 76 f.; s. aber einschränkend, zu Durchsetzungsdefiziten des Ordnungsrechts, Fn. 61.

<sup>41</sup> *Lübbe-Wolff*, NVwZ 2001, 481 (483 Fn. 17).

<sup>42</sup> *Kloepfer*, Umweltrecht, § 5 Rn. 170; zu grundrechtlichen Problemen angesichts der Unberechenbarkeit ökonomischer Steuerung s. 3. Teil B.

- *Geringe Transaktionskosten*: Der Durchsetzungs-, Organisations- und Verwaltungsaufwand ist in der Regel vergleichsweise überschaubar.<sup>43</sup> Allerdings kann im Einzelfall – vor allem, wenn sich die Steuerung an zahlreiche Adressaten richtet – erheblicher Vollzugs- und Überwachungsaufwand bestehen.<sup>44</sup>

Indirekte Steuerung wirkt demgegenüber mittelbar. Ein gesetzgeberisch unerwünschtes Verhalten wird nicht verboten. Stattdessen soll der Bürger durch Anreize dahingehend beeinflusst werden, das Verhalten einzustellen. Dafür stehen unterschiedlichste Mittel zur Verfügung, wobei die juristische Handlungsformenlehre zwischen *organisatorischen*, *informationellen* und *ökonomischen* Instrumenten unterscheidet.<sup>45</sup> Letztere sollen hier betrachtet werden. Ökonomische Instrumente setzen den Steuerungsadressaten finanziell unter Druck oder privilegieren ihn finanziell. Im Kontext des Kohleausstiegs könnten die Kosten für das Betreiben eines Kohlekraftwerks künstlich derart erhöht werden, dass ein rentabler Betrieb unmöglich wird und die Energieversorger irgendwann „freiwillig“<sup>46</sup> die Kohleverstromung einstellen. Eine für die öffentliche Hand bedeutend teurere Alternative, die allerdings von der Kohlekommission für den Steinkohlesektor vorgeschlagen wird, ist die Zahlung einer Stilllegungsprämie. Damit wird ein *unterstützender Anreiz* gesetzt.<sup>47</sup> In dieser Untersuchung geht es aber schwerpunktmäßig um *vermeidende Anreize*, die den Adressaten belasten. Nur diese sind – zumindest in Ansätzen – instrumentell mit ordnungsrechtlichen Verboten vergleichbar. Die Vorteile derartiger ökonomischer Steuerung lassen sich wie folgt typisieren:

- *Flexibilisierung und Differenzierung*: Marktmechanismen knüpfen an die wirtschaftliche Situation einzelner Adressaten an und können Marktschwankungen besser berücksichtigen als starre ordnungsrechtliche Vorgaben. Damit geht regelmäßig eine verbesserte ökonomische Effizienz einher. Ferner wird Innovationsdruck ausgeübt (sogenannte dynamische Anreizwirkung):<sup>48</sup> Die künstliche Bepreisung von CO<sub>2</sub> führt dazu, dass die Entwicklung CO<sub>2</sub>-sparender Technologien für Unternehmen lohnend ist. Außerdem kann die Flexibilität in Ansehung gesetzgeberischer Ungewissheit Steuerungsvorteile bieten.<sup>49</sup> Der Gesetzgeber muss nicht schon bei Gesetzeserlass

<sup>43</sup> Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, 481 (482); Feess/Seeliger, Umweltökonomie, S. 47 f.

<sup>44</sup> Meßerschmidt, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Bd. 2, § 45 Rn. 34.

<sup>45</sup> Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive grundlegend Franzius, Indirekte Verhaltenssteuerung, S. 120 ff.; s. auch 3. Teil A.I.

<sup>46</sup> Vgl. aber zur Ungleichheit von Freiwilligkeit und fehlendem Zwang Kloepfer, JZ 1991, 737 (743); ders., ZAU 1996, 200 (205 f.); Franzius, Indirekte Verhaltenssteuerung, S. 61.

<sup>47</sup> Kommission Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung, Abschlussbericht, S. 63; s. dazu 5. Teil B.I.

<sup>48</sup> Feess/Seeliger, Umweltökonomie, S. 47.

<sup>49</sup> Zur Flexibilisierung des Rechts als Antwort auf Nicht-Wissen und Unsicherheit Appel, Umgang mit Ungewissheit, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden, S. 327 (351 f.).

das gesamte Zielprogramm der Norm vorgeben, sondern kann davon ausgehen, dass Markteffekte selbst für Anpassung der Steuerungswirkung sorgen.

- *Akzeptanz*: Ökonomische Vorgaben belassen grundsätzlich größere private Handlungsspielräume als imperative Vorgaben. Das äußert sich häufig in verbesserter Normakzeptanz oder -akzeptabilität,<sup>50</sup> wobei sich dieser Effekt auch umkehren kann: Ein ökonomisch, nicht aber imperativ verfolgtes Gesetzesziel wird womöglich durch den Adressaten als weniger bindend und wichtig empfunden.<sup>51</sup> Vor diesem Hintergrund wird die künstliche Bepreisung ökologischer Ressourcen mitunter als „Ablasshandel“ oder „Käuflichkeit der Umwelt“ wahrgenommen.<sup>52</sup>
- *Freiheit*: Der Handlungsspielraum der Steuerungsadressaten führt weiterhin dazu, dass ökonomische Steuerung als „freiheitsfreundlich“ gilt.<sup>53</sup> So verstanden wäre die indirekte Steuerung das gegenüber dem Ordnungsrecht per se mildere Steuerungsmittel. Inwiefern sich das aus grundrechtlicher Perspektive bestätigen lässt, ist allerdings zweifelhaft. Das Argument des Freiheitsvorteils wurde in der bisherigen Steuerungsdebatte – wohl vor allem mangels Regelungsgebieten, die einen Vergleich zwischen Ordnungsrecht und ökonomischer Steuerung erlauben – kaum einmal ausgeführt, sondern nur angedeutet. Angesichts des klaren Ausstiegsziels lassen sich beide Steuerungsmodi in der hier betrachteten Konstellation aber durchaus vergleichen: Auch die indirekte Steuerung muss, soll sie ihr Steuerungsziel erreichen, irgendwann zu einer Nullverstromung führen und somit eine quasi-ordnungsrechtliche Wirkung zeitigen.
- *Fiskalpolitische Vorteile*: Ein Vorteil, der in der Steuerungsdebatte der Umweltökonomie allerdings eher eine untergeordnete Rolle spielt, ist die fiskalpolitische Komponente indirekter Steuerung. Zumindest die klassischen ökonomischen Lenkungsinstrumente, Abgaben, verursachen neben ihrer

<sup>50</sup> *Kloepfer*, Umweltrecht, § 5 Rn. 772; zur Differenzierung zwischen Akzeptanz und Akzeptabilität *Pitschas*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Bd. II, § 42 Rn. 201 ff.

<sup>51</sup> *Franzius*, Indirekte Verhaltenssteuerung, S. 112; *Feess/Seeliger*, Umweltökonomie, S. 48; vgl. auch *Engel*, Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit, in: ders./Halfmann/Schulte, Wissen, S. 305 (317 f.).

<sup>52</sup> *Kloepfer*, JZ 1991, 737 (741): „Darf über Umweltbelange wirklich ohne weiteres oder gar unbegrenzt mit dem Scheckbuch hinweggegangen werden?“; *Rusch*, ZRP 1999, 180 (182). Zu diesem Blickwinkel wiederum aus ökonomischer Perspektive kritisch *Feess/Seeliger*, Umweltökonomie, S. 48; allgemein *G. Becker*, Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens, S. 69.

<sup>53</sup> *Murswiek*, JZ 1988, 985 (991); *Lübbe-Wolff*, NVwZ 2001, 481 (483 f.); *Döring/Pahl*, Kooperative Lösungen in der Umweltpolitik, in: Hansjürgens/Köck/Kneer, Kooperative Umweltpolitik, S. 89 (96); *Smeddinck*, Integrierte Gesetzesproduktion, S. 103, 107; *Jesse*, Instrumentenverbund als Rechtsproblem, S. 127 f.; für den Kohleausstieg *BBH*, Kohleausstieg nach dem Vorbild des Atomausstiegs?, S. 46; anders, einen pauschalen Freiheitsvorteil ökonomischer Instrumente verneinend, *Kloepfer*, JZ 1991, 737 (743); *Franzius*, Indirekte Verhaltenssteuerung, S. 117; s. dazu hier 3. Teil B.III.2.a).

## Sachregister

13. AtG-Novelle, s. bei Atomausstiegsurteil
- Abschlussbericht der Kohlekommission, s. bei Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“
- Akzeptanz von Normen 10, 68, 78 ff., 165, 179, 228 f., 240, 258, 261, 303 f.
- Altmark-Trans Rechtsprechung 202 ff., 298, 319
- Amortisation 96 f., 114, 119 ff., 126 f., 129, 132, 135 f., 162, 194, 286, 293 ff., 297, 300
- Arbeitnehmer 58 f., 81, 161, 236 ff., 285
- Atomausstiegsurteil 4 f., 62 f., 65, 84, 86, 95, 98 f., 101, 105 ff., 116, 119 f., 133 f., 160, 286, 311 f.
- Atomkonsens 77, 81 f., 84, 105
- ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung 98, 100, 102 ff., 182, 286, 311
- Beihilfenleitlinien 243 f., 299
- Beihilfenrecht 35, 56, 167, 202, 236 f., 243, 290, 292, 297 ff., 306
- Belastungskumulation 12, 262 ff., 290
- Bergrecht, s. bei Rahmenbetriebsplan berufsregelnde Tendenz 66, 213, 250 f., 311
- BImSchG-Genehmigung, s. bei immissionsschutzrechtliche Genehmigung
- Braunkohlereserve, s. bei Sicherheitsbereitschaft
- Braunkohletagebau 1, 5, 30, 58, 65 f., 70, 121 ff., 130 ff., 136, 236 f., 287
- CO<sub>2</sub>-Budgets 18, 20, 85, 88 f., 95, 133, 135, 141, 147, 286, 300 f., 306
- CO<sub>2</sub>-Grenzwerte, s. bei Emissionsgrenzwerte
- CO<sub>2</sub>-Steuer 29, 171, 174 f., 185, 206, 214 ff., 240, 275, 281, 289, 301 ff.
- Daseinsvorsorge 49, 52 ff., 108, 112 f., 125 f., 129, 308, 312
- Datteln IV 90, 130
- dynamische Anreizwirkung 9, 133, 180, 304
- EEG-Umlage 152, 241 ff., 262
- eingerrichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb 91, 94
- Einschätzungsprärogative 21, 28 f., 35, 40, 42, 53, 57, 98, 127, 151, 153, 160, 164, 224
- Emissionsgrenzwerte 18 ff., 86, 285
- Emissionshandel 16 ff., 22 ff., 34, 41, 86 f., 123 f., 137, 139, 141, 145, 153, 207, 214, 221, 236, 252 ff., 262, 266, 277 ff., 285, 289 f., 301, 303, 310, 313, 315 ff.
- Emissionshandelssystem-Richtlinie 18 f., 26, 221, 254 ff.
- Energiecharta 33 f.
- Energiesteuer 214, 216 ff.
- Enteignung 97 ff., 102 f., 105, 170, 286, 311
- Entschädigung 4 f., 66, 96 ff., 114, 116 ff., 122, 126, 129 f., 135 f., 146, 152, 182, 194, 235 f., 259, 268, 270, 273, 283, 286 f., 292 ff., 303 f., 306, 309, 311
- Erdrosselung 12, 86, 132, 134, 147 f., 150, 154, 166 f., 216, 229, 238 ff., 243, 248, 253, 274 f., 282, 287 ff., 302 f., 305, 307, 309, 313 f., 317 ff.
- Erdrosselungsschwelle 172, 189 f., 194 ff., 206, 274 f., 288, 318 f.

- Erdrosselungssteuer 166 ff., 185, 206, 274 f., 282, 288 f.  
 Erdrosselungssubvention 167, 248  
 Erdrosselungsverbot, s. bei Erdrosselungssteuer  
  
 Finalität 163, 196 f., 212 f., 250 ff.  
 Finanzierungsverantwortung 232 ff., 258, 289, 304, 320  
 Folgerichtigkeitsgebot 23 f., 176  
 Formenmissbrauch 168 ff., 174 ff., 185, 206, 274 f., 282  
  
 Gaskraft 2, 46 f., 54 ff., 67, 113, 124, 132 f., 179, 242, 252, 301, 307 f.  
 Genehmigung, s. bei immissionsschutzrechtliche Genehmigung  
 Gesetzesevaluation 6, 71, 164, 283, 291 f., 296 f., 299, 306  
 Gesetzesfolgenabschätzung 74 f., 202, 303  
 Glykolweinsentscheidung 246 f.  
 Grundrecht auf Umweltverschmutzung 222 f.  
 grundrechtliche Schutzpflicht 30, 36, 42 ff., 52 f., 66, 110, 112  
 Grundrechtsberechtigung 60 ff., 82  
 Grundrechtsverzicht 81 f., 286, 293  
 Güterbeschaffung 97 ff., 105, 170, 182, 286, 311  
  
 Härtefall 59, 98, 103 ff., 127, 146, 199, 294 f., 312 f., 316  
 Hochrisikotechnologie 28, 107, 109 ff., 312  
 homo-oeconomicus-Modell 142 ff., 186, 196, 204, 313 f., 317, 319  
  
 immissionsschutzrechtliche Genehmigung 18, 92 ff., 96 f., 120 f., 245, 309  
 Importunabhängigkeit 25, 45, 56, 101  
 Indienstnahme 99 f.  
 Industrieemissions-Richtlinie 8, 18 ff., 255, 300  
 inneres Gesetzgebungsverfahren 67 f., 155, 157 f., 165  
 Instrumentenmix 7, 11 ff., 141, 180, 243, 252 f., 262 ff., 290, 302, 305  
  
 Kernbrennstoffsteuerentscheidung 214 ff.  
 Klimaschutzbeitrag 17, 48, 253 ff., 285, 290  
 Kohleausstiegsgesetz, s. bei Referententwurf eines Kohleausstiegsgesetzes  
 Kohleausstiegs-Sonderabgabe 232 ff., 304 ff.  
 Kohlekommission, s. bei Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“  
 Kohlepreis 70  
 Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ 5 f., 9, 26, 29, 54, 59, 68, 71, 75 ff., 82, 85, 126, 128, 130, 132 f., 137, 210, 243, 259, 286, 291 ff., 302, 304 ff.  
 Kompensationsabgabe 87, 139, 208, 225 ff., 239, 289, 304, 320  
 Komplexität 36, 67 ff., 144 f., 150 f., 155, 159, 165, 192  
 Konkurrenzförderung 147, 167, 182 f., 207, 241 ff., 269 ff., 275, 289 f.  
 Kostendeckungsprinzip 223 ff., 320  
 Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) 54 f., 88  
  
 Nachbesserungspflicht 162, 164, 280  
 nationaler Klimabeitrag, s. bei Klimaschutzbeitrag  
 Netzausbau 54 f., 234, 236  
 Netzbetreiber 47 f., 70, 138, 200  
 Netzzugang 138, 242, 259 f., 262, 277  
 Neuanlage 89 f.  
  
 Öffnungsklausel 29, 71, 292, 297  
 ökonomische und ökologische Treffsicherheit, s. bei Treffsicherheit  
  
 Pariser Klimaabereinkommen 15, 31 ff., 36, 40, 44, 69, 128, 286, 306  
 personales Substrat 60, 65  
 Pflichtexemplarentscheidung 103 ff., 312  
 Planungsrecht 84, 87 f.  
 Prognoseprärogative 28 f., 54, 129, 151, 155, 157, 165, 192, 201  
  
 Quecksilber 7 f., 30

- Rahmenbetriebsplan 121 ff.  
 Rationalität, gesetzgeberische 161, 176  
 Rechtsschutz gegen Instrumentenverbünde 280 ff., 290  
 Rechtsschutz gegen ökonomische Instrumente 154 ff., 165 f., 192 f., 287  
 Referentenentwurf eines Kohleausstiegsgesetzes 5 f., 83, 85, 291 ff., 299  
 Rentabilität 29, 70, 144, 148, 163, 173, 179, 185 ff., 190 ff., 241 f., 250, 252 f., 275, 278, 308, 318 f.  
 Ressourcennutzungsgebühr 208, 219 ff., 227 f., 240, 289, 320  
 Reststrommengen 20, 84 ff., 88., 95 f., 105, 130, 141, 147, 286, 296, 300 f.  
 Restverschmutzungsrechte, s. bei CO<sub>2</sub>-Budgets  
 Retrofit 6, 89 f., 130, 293
- Schutzpflicht, s. bei grundrechtliche Schutzpflicht  
 Schutzverstärkungsklausel 17, 21 f., 124, 255 f.  
 self-executing-Normen 89  
 Sicherheitsbereitschaft 47 ff., 56, 99 ff., 292  
 Solidaritätspflicht 49 ff.  
 Sonderabgabe 87, 208, 219, 225 ff., 245, 258, 289 f., 304 ff., 320  
 Sonderopfer 101, 104 ff., 312  
 Sozialstaatsprinzip 52 f., 59  
 Steinkohlebergbau 1, 121  
 Steuerstaatsprinzip 170, 176, 209 f., 218, 225, 227, 235, 288  
 Strompreis 56, 179, 242, 291 f., 303, 310  
 Stromspeicher 29, 46, 54 ff., 67, 75, 132, 179, 236, 242, 308  
 Stromsteuer 207, 216  
 Substanzschutz 100, 102, 104 ff., 108, 113 f., 122, 135, 146, 182, 270, 273, 286, 294, 309, 312 ff., 316
- Technology Forcing 54  
 Treffsicherheit 8, 11, 84 f., 145, 154, 178, 305, 313  
 Typisierung 70, 88 f., 163, 175, 181, 183, 185, 187 f., 193 f., 198, 202, 206, 288, 294, 319
- Übertragungsnetzbetreiber, s. bei Netzbetreiber  
 Untermaßverbot 40 f., 44  
 Unvereinbarkeitserklärung 280 ff.
- Vattenfall 61 ff.  
 Verbotsäquivalent 175, 181, 184 f., 288  
 Verbrauchssteuer 214 ff., 257, 302  
 Verbrennungsmotor 113, 149, 177 f., 307, 314 ff.  
 Verfassungsänderung 215 f., 240, 289  
 Verfassungsbeschwerde 43, 63, 155, 283  
 Verlagerungseffekte 21, 24 ff., 254, 257, 285  
 Versorgungssicherheit 26 ff., 45 ff., 58 f., 64 f., 67, 72, 101, 114, 132 f., 178 f., 243, 285, 291, 301, 306  
 Vertrauensschutz 90, 95, 114 ff., 135 f., 146 ff., 152, 154, 164, 180, 197, 286 f., 295 ff., 300, 302 f., 305, 309  
 Verursacherprinzip 38 f., 235, 306, 317  
 Vorsorgeprinzip 21, 40 f.  
 Vorzugslasten 208, 218 ff.
- Wärmesektor 2, 7, 33, 45, 54 f., 67, 113, 125, 259, 309 ff.  
 Wesentlichkeitsgebot 71 f., 78  
 Wettbewerbsfreiheit 200, 245 ff., 253, 269, 277, 290  
 Wissensdefizite 149, 159 f., 192, 313
- Zertifikatehandel, s. bei Emissionshandel  
 Zurechnung ökonomischer Belastungen 148, 162 f., 166, 201 f., 249