



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**

Nr. 11

Ann-Kathrin Schneider

**Europarechtliche Probleme
des Kohleausstiegs**



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

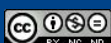
Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Magisterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2022.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Schneider, Ann-Kathrin: Europarechtliche Probleme des Kohleausstiegs.
Würzburger Online-Schriften zum Europarecht, Nr. 11 (2022). DOI:
10.25972/OPUS-28066

This document is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>. This CC license does not apply to third party material (attributed to another source).

Europarechtliche Probleme des Kohleausstiegs^{*}

Ann-Kathrin Schneider

^{*} Die vorliegende Arbeit wurde als Magisterarbeit zur Erlangung des Grades eines LL.M. Eur. im Rahmen des Aufbaustudiengangs zum Europäischen Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg angefertigt. Die Veröffentlichung stellt eine überarbeitete Fassung unter Berücksichtigung der Korrekturhinweise dar und ist auf dem Stand von Mitte Juli 2022. Herzlicher Dank gilt zuvörderst Herrn Prof. Dr. *Markus Ludwigs* für die konstruktive und engagierte Betreuung der Arbeit sowie die Möglichkeit der Publikation. Ebenfalls danke ich Herrn Prof. Dr. *Ralf Brinktrine* für die Erstellung des Zweitgutachtens. Für die Mühen der Durchsicht des eingereichten Manuskripts gebührt *Lisa Altoff*, *Reiner Schneider* und *Franziska Stutzer* besonderer Dank. Für wertvolle Anmerkungen im Zuge der Überarbeitung bin ich überdies *Tobias Pascher* sehr dankbar.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VI
Europarechtliche Probleme des Kohleausstiegs	1
A. EINFÜHRUNG IN DIE THEMATIK: DEUTSCHLANDS AUSSTIEG AUS DER VERSTROMUNG VON BRAUN- UND STEINKOHLE.....	1
I. Klimaschutz durch Kohleausstieg	1
II. Aktueller Stand und historische Entwicklung.....	2
III. Gang der Darstellung	3
B. PHASING-OUT DER KOHLE IN DEUTSCHLAND.....	4
I. Kohleverstromungsbeendigungsgesetz	6
1. Zweck und Ziele	7
2. Verbot der Kohleverfeuerung	8
3. Verbot von Neubau und Inbetriebnahme von Kohlekraftwerken.....	8
4. Differenzierung zwischen Stein- und Braunkohlekraftwerken	9
a) Vertragliche Vereinbarungen über die Beendigung der Braunkohleverstromung.....	9
b) Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung	11
aa) Rechtsfolgen	12
bb) Ermittlung des Ausschreibungsvolumens	13
cc) Teilnahmevoraussetzungen.....	14
d) Höchstpreis	14
ee) Zuschlagsverfahren	15
c) Gesetzliche Reduzierung der Steinkohleverstromung.....	15
5. Kompensationen für Stromverbraucher:innen.....	17
6. Zahlung eines Anpassungsgeldes für ältere Beschäftigte.....	17
II. Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz-Novelle 2020	18
III. Löschung von Emissionszertifikaten im Rahmen des EU-ETS	18

IV. Weitere Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Kohleausstieg.....	19
1. Fördermittel zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit.....	20
2. Gelder zur Strukturstärkung der Kohleregionen.....	20
C. DREI-SÄULEN-STRATEGIE, KOMPETENZRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT	
SOWIE EU-BEIHILFERECHT	21
I. Kohleausstieg im Lichte der Drei-Säulen-Strategie der EU.....	21
1. Europäischer Emissionshandel	22
2. Lastenteilungsvereinbarung	24
3. Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft.....	25
II. Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs.....	26
1. Reichweite der umweltrechtlichen Kompetenzen des Unionsrechts.....	26
a) Der Umwelt-Kompetenztitel des Art. 192 AEUV	27
b) Energierelevante Entscheidungen nach Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c	
AEUV und der Energie-Kompetenztitel des Art. 194 AEUV	27
c) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	30
d) Zwischenergebnis: Regelungskompetenz verbleibt bei den	
Mitgliedstaaten.....	31
2. Sperrwirkung durch die ETS-RL oder die IED?	31
a) Emissionshandelsrichtlinie	32
b) Industrieemissionsrichtlinie.....	33
c) Schutzverstärkerklausel des Art. 193 AEUV	34
3. Ergebnis: Kompetenzrechtliche Zulässigkeit mitgliedstaatlicher	
Kohleausstiegsgesetze	35
III. Kohleausstieg und EU-Beihilferecht	35
1. Systematik des EU-Beihilferechts	36
a) Beihilfebegriff.....	37
b) Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot	37
2. Beihilferechtskonformität des deutschen Kohleausstiegs.....	38
a) Entschädigungen für Kohleunternehmen	38

aa) Entschädigungszahlungen im Rahmen der Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung.....	39
(1) Vorliegen einer Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV.....	39
(a) Schadenskompensation vs. Vorteil.....	40
(b) Ausschreibung als Begünstigung.....	44
(2) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt.....	46
(a) Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV.....	46
(b) Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.....	48
(c) Ergebnis: Ausschreibungssystem mit dem Binnenmarkt vereinbar	51
(3) Keine Änderungen durch das Ersatzkraftwerkebereithaltungsgesetz zur Gasreduktion im Stromsektor.....	51
bb) Entschädigungszahlungen für die Stilllegung von Braunkohlekraftwerken	52
(1) Vorliegen einer Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV.....	53
(2) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt.....	55
(a) Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.....	55
(b) Besonderheiten der Braunkohleindustrie.....	56
(c) Ergebnis: Beihilfekonformität offen.....	58
b) Zuschüsse für stromkostenintensive Unternehmen	60
aa) Minderung der Übertragungsnetzentgelte und angemessener Ausgleich für zusätzliche Stromkosten.....	61
bb) Vorliegen einer Beihilfe	62
c) Fördermittel für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit	63
aa) Kraft-Wärme-Kopplung.....	64
bb) Ausbau und Modernisierung der Stromnetze.....	65
cc) Ausbau der Kapazitätsreserve.....	66
dd) Investitionen in neue Kraftwerkskapazitäten	67

d) Soziale Abfederung der Auswirkungen des Kohleausstiegs für die Beschäftigten und Auszubildenden	68
aa) Bereitstellung von Angeboten der (beruflichen) Aus- und Weiterbildung	68
bb) Ausgleich finanzieller Einbußen durch einen früheren Eintritt in den Ruhestand.....	69
e) Gelder zur Strukturstärkung der Kohleregionen.....	70
aa) Errichtung von Straßen- und Schienenverbindungen	71
bb) Hochmoderne, gigabitfähige Breitbandinfrastruktur.....	72
cc) Ansiedlung von Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen ...	73
dd) Ansiedlung von Produktionsstätten.....	74
ff) Gesundheitliche Versorgung auf hohem Niveau.....	75
D. UNIONS- UND VÖLKERRECHTLICHER INVESTITIONSSCHUTZ.....	76
I. Investitionsschutz im Unionsrecht	77
1. Grundfreiheiten.....	77
a) Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV	78
aa) Schutzbereich.....	78
bb) Eingriff	79
cc) Rechtfertigung.....	80
b) Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 ff. AEUV	82
aa) Exportregelungen.....	82
bb) Importregelungen	84
(1) Schutzbereich	84
(2) Eingriff.....	84
(3) Rechtfertigung.....	85
2. Anwendbarkeit der Grundrechtecharta?	86
a) <i>Direct link</i> zwischen Kohleausstieg und EU-Beihilferecht?	87
b) <i>STEAG</i> -Beschluss des BVerfG.....	88
c) Ergebnis: Grundrechte des GG alleiniger Prüfungsmaßstab	90

II. Völkerrechtlicher Investitionsschutz.....	90
1. Vereinbarkeit mit der EMRK	90
a) Vereinbarkeit mit der Pflicht zur Verabschiedung einer Umweltschutzgesetzgebung.....	91
b) Vereinbarkeit mit Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK.....	92
aa) Schutzbereich.....	93
bb) Eingriff (Beeinträchtigung)	93
cc) Rechtfertigung.....	95
dd) Ergebnis.....	96
2. Energiecharta-Vertrag.....	96
a) ECT und Unionsrecht	98
aa) Intra-EU-BITs und ECT	99
bb) EuGH-Rechtsprechung.....	100
cc) Auswirkungen des <i>CETA</i> -Gutachtens des EuGH?	102
dd) Entschädigungszahlungen aus Schiedssprüchen als Beihilfe? ..	103
b) Zukunftspotenzial des ECT	104
E. ZUSAMMENFASSUNG	105
Literaturverzeichnis	CVIII

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abk.	Abkommen
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGVO	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Änd.	Änderung
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz
ausf.	ausführlich
Bd.	Band
Bde.	Bände
Begr.	Begründer:in
Bek.	Bekanntmachung
Beschl.	Beschluss
BFStrMG	Bundesfernstraßenmautgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BIT	Bilateral Investment Treaty (Bilaterales Investitions- schutzabkommen)
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nuk- leare Sicherheit
BMUV	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

BMWK	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BNetzA	Bundesnetzagentur
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrates
BReg	Bundesregierung
Bsp.	Beispiel(e)
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Slg.)
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (auch gleichnamige Entsch. Slg., bis 2014)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement (Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen EU-Kanada)
CO ₂	Kohlendioxid
CO ₂ e	Kohlendioxid-Äquivalente
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
Def.	Definition
dena	Deutsche Energie-Agentur
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drs.	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
ECT	Energy Charter Treaty (Energiecharta-Vertrag)
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz

EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	(Entscheidungen des) Europäischer(-en) Gerichtshof(s) für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
einschl.	einschließlich
einzel.	einzel/-e/-er/-es/-en
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnR	Energierrecht
Entsch.	Entscheidung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EP	Europäisches Parlament
Erg.	Ergebnis; Ergänzung
Erwgrd.	Erwägungsgrund
ETS-RL	Emissionshandelsrichtlinie
EU	Europäische Union
EU-ETS	EU Emissions Trading System (EU-Emissionshandels- system)
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht; Europarecht (Zeitschrift)
EurUP	Zeitschrift für europäisches Umwelt- und Planungs- recht
EUV	Vertrag über die Europäische Union (Lissabon-Ver- trag) vom 13.12.2007
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWeRK	Zeitschrift des Institutes für Energie- und Wettbe- werbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e. V.
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende, -r, -s; für
ff.	folgende

Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
G	Gesetz
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
gem.	gemäß
gg.	gegen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grdl.	grundlegend
grds.	grundsätzlich
GW	Gigawatt
GWP	Global Warming Potential (Globale Erwärmungspotenzial)
Hg.	Herausgeber:in
h. M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
IASS	Institute for Advanced Sustainability Studies e. V. (Institut für transformative Nachhaltigkeitsforschung)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Einzelnen
IED	Industrieemissionsrichtlinie
i. Ersch.	im Erscheinen
i. e. S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere

insges.	insgesamt
InvKG	Investitionsgesetz Kohleregionen
inzw.	inzwischen
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change (Zwischenstaatlicher Ausschuss für Klimaänderungen)
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
jew.	jeweils
juris	Juristisches Informationssystem
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
KAG	Kohleausstiegsgesetz
Kap.	Kapitel
KOM	Kommission der Europäischen Union
krit.	kritisch(e)
KUEBLL	Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfeleitlinien
KVBG	Kohleverstromungsbeendigungsgesetz
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
KWKG	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz
KWSB	Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“
lit.	littera (Buchstabe)
Lit.	Literatur
LS	Leitsatz
LULUCF	Land Use, Land-Use Change and Forestry (Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft)
Mbits/s	Megabit pro Sekunde

Mio.	Million(en)
m. Verw.	mit Verweis
MW	Megawatt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NGA	Next Generation Access
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N&R	Netzwirtschaften und Recht (Zeitschrift)
Nr(n).	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
o.	oben
pass.	passim
PCA	Permanent Court of Arbitration
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
REE	Recht der Erneuerbaren Energien (Zeitschrift)
RL	Richtlinie(n)
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n); Satz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt/-er/-es
Spstr.	Spiegelstrich
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung

TEHG	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz
TWh	Terawattstunde
u.	und; unten; unter
u. a.	und andere, und anderes; unter anderem, unter anderen
UAbs.	Unterabsatz
UBA	Umweltbundesamt
UEBLL	Umweltschutz- und Energiebeihilfenleitlinien
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
Urt.	Urteil
v.	vom; von; vor; versus
v. a.	vor allem
VerfBlog	Verfassungsblog
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vs.	versus
z. Änd. d.	zur Änderung der/des
z. B.	zum Beispiel
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
zgd.	zuletzt geändert durch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZP	Zusatzprotokoll
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zw.	zwischen

Europarechtliche Probleme des Kohleausstiegs

A. Einführung in die Thematik: Deutschlands Ausstieg aus der Verstromung von Braun- und Steinkohle

I. Klimaschutz durch Kohleausstieg

Die Nutzung fossiler Brennstoffe (wozu auch Kohle zählt) beeinflusst zunehmend das Klima und die Temperatur auf der Erde. Mit der Erkenntnis, dass die Atmosphäre nur in begrenztem Maße Treibhausgase aufnehmen kann, ohne dass dies schädliche Auswirkungen auf das Klima hat,¹ ist der Klimaschutz zu einem der wichtigsten Themen der politischen Agenda geworden. Seit den 2000er Jahren verfolgt die EU die „Zieltrias“ Senkung der Treibhausgasemissionen, Ausbau der erneuerbaren Energien und Steigerung der Energieeffizienz.² Um entsprechend dem Pariser Klimaabkommen³ den Anstieg der globalen Mitteltemperatur deutlich unter („*well below*“) 2 °C, möglichst unter 1,5 °C zu begrenzen,⁴ sind die bisherigen politischen Weichenstellungen allerdings noch nicht ausreichend.⁵ Der im Dezember 2019 vorgestellte europäische *Green Deal*⁶ stellt eine neue Wachstumsstrategie der EU dar, mit der sie sich zum Ziel setzt, bis zum Jahr 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr zu verursachen. Dieses Ziel ist verbindlich in Art. 2 Abs. 1 des Europäischen Klimagesetzes⁷ festgesetzt. Infolgedessen überprüft die Kommission

¹ Siehe zur globalen Erwärmung *S. Rahmstorf/H.-J. Schellnhuber*, Der Klimawandel, ⁹2019, S. 29 ff. und zu den Folgen des Klimawandels *dies.*, ebd., S. 53 ff.

² *U. Stäsche*, EnWZ 2019, 248 (256); siehe dazu auch überblicksartig *S. Schlacke*, EnWZ 2020, 355 (356 f.).

³ Vgl. Gesetz zu dem Übereinkommen von Paris v. 12.12.2015, BGBl 2016 II S. 1082. Inzw. haben 195 Vertragsparteien das Abk. unterzeichnet. Zum Pariser Abk. und seiner Umsetzung siehe *E. Hofmann*, EurUP 2020, 394 (396 ff.).

⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. a des Pariser Klimaabkommen.

⁵ Siehe dazu z. B. die Projektionen für die Zukunft nach dem „Wenn-dann-Prinzip“ von *S. Rahmstorf/H.-J. Schellnhuber*, Der Klimawandel, ⁹2019, S. 45 ff.

⁶ KOM, Mitteilung v. 11.12.2019 „Der europäische Grüne Deal“ – KOM(2019) 640 endg.

⁷ VO (EU) 2021/1119 des EP und des Rates v. 30.6.2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und z. Änd. d. VO (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“). Siehe noch zum Verordnungsentwurf z. B. *S. Schlacke*, EnWZ 2020, 355 (357 f.).

alle klimabezogenen Politikinstrumente und hat im Rahmen ihres „Fit for 55“-Pakets umfassende Reformen vorgeschlagen.⁸ Deutschland will bereits bis zum Jahr 2045 Netto-Treibhausgasneutralität erreichen. Diesen Rahmen setzt das Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)⁹ fest. Da die Umwandlung von Braun- und Steinkohle in elektrische Energie – bezogen auf die jeweilige Leistung – besonders viele Treibhausgasemissionen freisetzt,¹⁰ steht die Kohleverstromung langfristig nicht im Einklang mit nationalen und unionsweiten Klimazielen.

II. Aktueller Stand und historische Entwicklung

In der EU sind derzeit neun Mitgliedstaaten kohlekraftfrei: Belgien, Estland, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Schweden und Zypern.¹¹ In Deutschland soll ein Phasing-Out der Kohle bis spätestens 2038 abgeschlossen sein, was eine der zentralen Säulen der deutschen Energiewende darstellt. Bis in die 1950er Jahre gab es im Strom- und Wärmesektor kaum alternative Energieträger. Nach und nach etablierten sich Mineralöl (vor allem im Wärmesektor), Erdgas und Atomkraft. Mit Beginn der Förderung erneuerbarer Energien in den 1990er Jahren sank der Anteil der Kohlekraft weiter.¹² Trotz der schrittweisen Etablierung alter-

⁸ Für einen Überblick über die Vorschläge siehe KOM, Mitteilung v. 14.7.2021 „Fit for 55“ – KOM(2021)550 endg. Auch EP und Rat haben bereits ihre Verhandlungspositionen festgelegt. Nun sollen zeitnah die Trilog-Verhandlungen beginnen.

⁹ Vgl. § 3 Abs. 2 S. 1 KSG (Bundes-Klimaschutzgesetz v. 12.12.2019, BGBl I S. 2513; zgd. Art. 1 des G v. 18.8.2021, BGBl I S. 3905. Ursprünglich war im Einklang mit dem EU-Ziel ebenfalls Netto-Treibhausgasneutralität bis 2050 vorgesehen. Der Gesetzgeber reagierte jedoch auf den Klimaschutz-Beschl. v. 24.3.2021 (BVerfGE 157, 30) mit einer Anpassung der Zielvorgabe. Das nationale Klimaschutzziel für das Jahr 2030 wurde von 55 % auf mindestens 65 % erhöht, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 KSG. Für das Jahr 2040 gilt ein neues nationales Klimaschutzziel von mindestens 88 %, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 KSG. Die CO₂-Emissionen des Energiesektors sollen bis 2030 von etwa 257 Mio. Tonnen CO₂ im Jahr 2022 auf 108 (bislang: 175–183) Mio. Tonnen CO₂e (CO₂-Äquivalent) gesenkt werden, vgl. § 4 KSG i. V. m. Anlage 2.

¹⁰ Vgl. in Bezug auf die CO₂-Emissionen die Tabelle „Spezifische Kohlendioxidemissionen verschiedener Brennstoffe“ von *Volker Quaschnig*, <https://www.volker-quaschnig.de/datserv/CO2-spez/index.php>, alle Links zuletzt abgerufen am 20.7.2022. Siehe dazu auch *O. Däuper/S. Michaels*, *EnWZ* 2020, 291.

¹¹ Teilweise hatten die Staaten jedoch noch nie Kohle in ihrem Energiemix, siehe dazu den Überblick bei *Europe Beyond Coal*, National Coal Exits, <https://beyond-coal.eu/europes-coal-exit/>.

¹² Siehe dazu die Abbildung „Entwicklung der energiebedingten Treibhausgas-Emissionen nach Quellgruppen“ des *UBA*, Energiebedingte Emissionen, <https://www.umweltbundesamt.de/daten/energie/energiebedingte-emissionen#energiebedingte-treibhausgas-emissionen>.

nativer Technologien der Energieversorgung und dem damit verbundenen Rückgang der Bedeutung von Kohlekraft in Deutschland,¹³ ist die Verbrennung von Stein- und Braunkohle noch immer für einen Großteil der Treibhausgasemissionen¹⁴ des deutschen Energiesektors verantwortlich.¹⁵ Die bisherige rückläufige Entwicklung der Kohlekraft in Deutschland ist vor allem auf die Einführung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)¹⁶ und die Schaffung eines europäischen Emissionshandelssystems (EU-ETS)¹⁷ zurückzuführen.¹⁸ Der Anteil der Nettoerzeugung aus Braunkohle lag 2020 bei 16,8 %, jener aus Steinkohle bei 7,3 %.¹⁹

III. Gang der Darstellung

Der endgültige Kohleausstieg wird in Deutschland durch das Kohleausstiegsgesetz (KAG)²⁰ geregelt (B.). Ein solcher nationaler Kohleausstieg wirft – neben grundgesetzlichen Problemen – insbesondere aus europarechtlicher Perspektive eine

¹³ Zur Technologieumsteuerung i. V. m. Eigentumsschutz zwischen Ordnungsrecht und Selbstregulierung siehe *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 ff.

¹⁴ Um die Wirkung der verschiedenen Treibhausgase vergleichbar zu machen, hat das *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) das „Globale Erwärmungspotenzial“ (GWP) definiert. CO₂ macht beinahe 90 % der in Deutschland verursachten Treibhausgase aus (siehe dazu *UBA*, Treibhausgas-Emissionen in Deutschland, <https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/treibhausgas-emissionen-in-deutschland#emissionsentwicklung-1990-bis-2018>). Treibhausgasemissionen können mittels der GWP-Werte in CO₂e umgerechnet und so zusammengefasst werden. In dieser Arbeit wird zum Teil eine in der rechtswissenschaftlichen und ökonomischen Lit. gebräuchliche Verkürzung stattfinden und allein auf CO₂ abgestellt.

¹⁵ Auf den Energiesektor fallen ca. 38 % der gesamten Emissionen in Deutschland, siehe *UBA*, Energiebedingte Emissionen, <https://www.umweltbundesamt.de/daten/energie/energiebedingte-emissionen#energiebedingte-treibhausgas-emissionen>. Vgl. dazu auch KWSB, Abschlussbericht 2019, S. 12. Der Abschlussbericht ist abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/A/abschlussbericht-kommission-wachstum-strukturwandel-und-beschaeftigung.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹⁶ Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 29.3.2000, BGBl I S. 305. Inzw. ersetzt durch EEG 2021 v. 21.7.2014, BGBl I S. 1066; zgd. Art. 1 G zur Absenkung der Kostenbelastungen durch die EEG-Umlage und zur Weitergabe dieser Absenkung an die Letztverbraucher v. 23.5.2022, BGBl I S. 747.

¹⁷ Geschaffen wurde das EU-ETS durch die RL 2003/87/EG des EP und des Rates v. 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und z. Änd. d. RL 96/61/EG des Rates, ABl L 275/32; zgd. Delgegierte VO (EU) 2021/1416 der KOM v. 17.6.2021 (ETS-RL).

¹⁸ Siehe dazu auch *P. G. Overkamp*, Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht, 2020, S. 3.

¹⁹ *Fraunhofer-Institut für Solare Energiesysteme*, Nettoerzeugung in Deutschland 2020: erneuerbare Energien erstmals über 50 Prozent, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/presse-und-medien/news/2020/nettoerzeugung-in-deutschland-2021-erneuerbare-energien-erstmals-ueber-50-prozent.html>.

²⁰ Kohleausstiegsgesetz v. 8.8.2020, BGBl I S. 1818; zgd. Art. 23 Nr. 1 G z. Änd. d. EEG und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 21.12.2020, BGBl I S. 3138.

Vielzahl an Fragen auf, die in dieser Arbeit beantwortet werden sollen.²¹ Diese betreffen unterschiedliche Themenfelder und reichen von kompetenzrechtlichen Problemen über das EU-Beihilferecht (C.) bis zum unions- und völkerrechtlichen Investitionsschutz (D.). Als Folge der angespannten Lage auf den Energiemärkten – die insbesondere durch den militärischen Angriff Russlands auf die Ukraine hervorgerufen wurde – sollen dem Strommarkt nun befristet bis zum 31. März 2024 weitere, nicht erdgasbasierte Erzeugungskapazitäten zur Verfügung gestellt werden, worunter insbesondere auch Steinkohleanlagen fallen, die demnächst im Rahmen des Kohleausstiegs stillgelegt werden würden.²² Die sich hieraus ergebenden beihilferechtlichen Fragestellungen werden ebenfalls berücksichtigt.

B. Phasing-Out der Kohle in Deutschland

Zunächst wird im Folgenden exemplarisch Deutschlands Ausstieg aus der Verstromung von Braun- und Steinkohle dargestellt, um sich im Anschluss den europarechtlichen Fragen zu widmen, die ein nationaler Kohleausstieg aufwirft. Die Bundesregierung hat im Juni 2018 die sog. Kohlekommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ eingesetzt,²³ um für eine schrittweise Reduzierung und Beendigung der Kohleverstromung und gleichzeitig für eine nachhaltige und in die Zukunft gerichtete Strukturentwicklung in den deutschen Kohleregionen zu sorgen. Mitglieder der Kohlekommission waren Personen aus Politik und Wirtschaft, Vertreter:innen der Gewerkschaften sowie Wissenschaftler:innen.²⁴ Ziel war die Erarbeitung eines gesellschaftlichen Konsenses für eine überarbeitete Energie- und

²¹ Auf grundgesetzliche Fragen wird nur eingegangen, soweit dies für die Beantwortung europarechtlicher Fragen relevant ist, vgl. dazu ausf. *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, pass.; sowie mit direktem Bezug zum KAG *U. Büdenbender*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 47 ff.

²² Vgl. Ersatzkraftwerkebereithaltungsgesetz v. 8.7.2022, BGBl I S. 1054.

²³ Zu Kritik an der Kohlekommission aufgrund der Entparlamentarisierung von Entsch. sowie der Delegation an ad-hoc-Gremien aus Interessenvertreter:innen siehe z. B. *E. Gawel/S. Strunz*, ZUR 2019, 129 (130), die dies als „Kommissionitis“ bezeichnen. Von einer diesbezüglichen Überzeichnung ausgehend *M. Ludwigs*, DVBl 2021, 353 (357 ff.).

²⁴ Eine vollständige Liste der Mitglieder findet sich im Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 6 f. Neben dem Atomausstieg kann somit auch der Kohleausstieg als Bsp. für einen neuen, zweistufigen Gesetzgebungsmodus angesehen werden, in dem private Akteure ihre Interessen in den Gesetzgebungsprozess einbringen können. Zunächst findet eine selbstregulativ strukturierte Vorklärung statt, bevor dann ein formelles Gesetz entsteht. Dazu *M. Schmidt-Preuß*, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hg.), *HVwR I*, 2021, § 26 Rn. 83.

Klimapolitik in Deutschland.²⁵ Die Ergebnisse wurden am 31. Januar 2019 präsentiert. Im Wege einer kooperativen Lösung sollte zunächst mit den Unternehmen, die Kohlekraftwerke betreiben, versucht werden, eine Einigung über Abschaltungen zu erzielen. Ist dies nicht möglich, sollte der Ausstieg bis 2038 durch ordnungsrechtliche Instrumente durchgesetzt werden. Alternative Politikoptionen wie der Rückgriff auf das bestehende EU-ETS sowie die Ziele für erneuerbare Energien, ein nationaler CO₂-Mindestpreis für Wirtschaftsbereiche, die bereits unter das EU-ETS fallen oder eine ordnungsrechtliche Stilllegung von Steinkohleanlagen ohne Ausschreibungsverfahren wurden nicht berücksichtigt.²⁶ Gesetzgeberische Folge der Empfehlungen der Kohlekommission ist das am 14. August 2020 in Kraft getretene KAG.²⁷ Es handelt sich um ein Artikelgesetz, dessen Kern das Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung²⁸ (KVBG) ist (I.). Neben der Einführung des KVBG wurden im Rahmen des Kohleausstiegsgesetzes noch andere Gesetze – insbesondere das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz²⁹ (II.) und das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz³⁰ (III.) – geändert. Energierechtlich bedeutsam sind zudem die Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes³¹ (EnWG) und des EEG.³² In Art. 10 KAG findet sich ein beihilferechtlicher Vorbehalt, nach dem wesentliche Teile des Gesetzes aufgrund gesetzlich begründeter Zahlungsansprüche

²⁵ Siehe z. B. Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 4. Zum verfassungsrechtlichen Spannungsfeld der Einbindung von Expert:innen in die Entscheidungsfindung zur gesellschaftlichen Konsensfindung am Bsp. der Kohlekommission instruktiv *M. Zeccola/R. Pfeiderer*, DÖV 2021, 59 ff.

²⁶ Zu den unterschiedlichen Gründen, warum diese Optionen nicht berücksichtigt wurden, siehe KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – K(2020) 8065 final, Rn. 10 ff. Zu den unterschiedlichen Instrumenten auch *P. G. Overkamp*, Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht, 2020, pass.

²⁷ Hierzu sowie zu den weiteren Entwicklungen des Energierechts im Jahr 2020 siehe *B. Scholtka/F. Frizen*, NJW 2021, 906 ff.; siehe auch den Überblick bei *M. Ludwigs*, in: *F. J. Säcker/M. Ludwigs* (Hg.), EnR, Bd. 3, 52022, Einl. A Rn. 105.

²⁸ Kohleverstromungsbeendigungsgesetz v. 8.8.2020, BGBl I S. 1818; zgd. Art. 13 G zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.7.2021, BGBl I S. 3026.

²⁹ Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG 2020) v. 21.12.2015, BGBl I S. 2498; zgd. Art. 2 Ersatzkraftwerkebereithaltungsgesetz v. 8.7.2022, BGBl I S. 1054. Für das novellierte Gesetz wird die Bezeichnung „KWKG“ gewählt.

³⁰ Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) v. 21.7.2011, BGBl I S. 1475; zgd. Art. 18 Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsg v. 10.8.2021, BGBl I S. 3436.

³¹ Energiewirtschaftsgesetz v. 7.7.2005, BGBl I S. 1970 (3621); zgd. Art. 1 Ersatzkraftwerkebereithaltungsgesetz v. 8.7.2022, BGBl I S. 1054.

³² *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281.

der Kraftwerksbetreiber erst angewendet werden, wenn eine beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission vorliegt.³³ Hintergrund ist die mögliche Bewertung der Zahlungen als genehmigungsbedürftige Beihilfe nach Art. 107 f. AEUV.³⁴ Zu den weiteren Empfehlungen der Kohlekommission gehören u. a. die Bereitstellung von Fördermitteln für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit (insbesondere zur Weiterentwicklung der Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen, zum Ausbau sowie der Modernisierung der Übertragungs- und Verteilnetze, dem Bau neuer Gasturbinen sowie neuer Speicher zum Ausbau der Kapazitätsreserve und Investitionen in neue Kraftwerkskapazitäten). Parallel zum Ausstieg aus der Kohleverstromung soll die Wirtschaftsstruktur in den betroffenen Regionen – insbesondere durch das neu geschaffene Strukturstärkungsgesetz Kohleregionen³⁵ – gestärkt werden (IV.).

I. Kohleverstromungsbeendigungsgesetz

Das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz ist das Herzstück des deutschen Kohleausstiegs und sieht in § 5 KVBG für die Beendigung der Steinkohleverstromung Ausschreibungen und gesetzliche Reduzierung vor.³⁶ Die Stilllegung der Braunkohlekraftwerke wird nach § 40 KVBG gesetzlich angeordnet, wobei die Einzelheiten der Entschädigung sowie die Stilllegungszeitpunkte durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt wurden.³⁷ Verfassungsrechtlich ist dieser durch Gesetz angeordnete Kohleausstieg nicht als Enteignung, sondern – mangels hoheitlichen

³³ Dazu *W. Frenz*, DVBl 2020, 849 f. Das BVerfG hält es für mit Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG dem Grunde nach vereinbar, das Inkrafttreten eines Gesetzes an die Bedingung bestimmter beihilfenrechtlicher Maßnahmen der KOM zu knüpfen, siehe dazu BVerfG, NVwZ 2021, 390 LS 3. Siehe hierzu auch *M. Ludwigs*, Vermeidbar und vorhersagbar: Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur 16. AtG-Novelle, Verfassungsblog v. 22.11.2020, <https://verfassungsblog.de/vermeidbar-und-vorhersagbar/>.

³⁴ Zum Beihilferecht ausf. → C. III.

³⁵ Strukturstärkungsgesetz Kohleregionen v. 8.8.2020, BGBl I S. 1795. Siehe dazu auch den Überblick von *W. Frenz*, in: ders. (Hg.), KlimaschutzR-K, 2022, Einl. J. Rn. 18 ff.

³⁶ Siehe Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung → B. I. 4. b) sowie zur gesetzlichen Reduzierung der Steinkohleverstromung → B. I. 4. c).

³⁷ Siehe zu den vertraglichen Vereinbarungen über die Beendigung der Braunkohleverstromung → B. I. 4. a).

Entzugs bzw. Güterbeschaffungsvorgangs – als gesetzliche Auferlegung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu verstehen.³⁸ Im Folgenden sollen zunächst Zweck und Ziele des KVVBG dargestellt werden (1.), bevor auf das Verbot der Kohleverfeuerung (2.) sowie des Neubaus und der Inbetriebnahme von Kohlekraftwerken (3.) eingegangen wird. In Bezug auf das Wirksamwerden des Verbots der Kohleverfeuerung und die weiteren Rechtsfolgen differenziert das KVVBG zwischen Braun- und Steinkohleanlagen (4.). Vorgesehen sind auch Kompensationen für Stromverbraucher:innen (5.) sowie die Zahlung eines Anpassungsgeldes für ältere Beschäftigte (6.).

1. Zweck und Ziele

Zweck des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes ist es nach § 2 Abs. 1 KVVBG, die Erzeugung elektrischer Energie durch den Einsatz von Kohle in Deutschland sozialverträglich, schrittweise und möglichst stetig zu reduzieren und bis spätestens 2038 zu beenden. Dabei sollen die Emissionen bei gleichzeitiger Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, effizienten und klimaverträglichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität reduziert werden. Ziel ist es, die elektrische Nettolenleistung von Anlagen am Strommarkt zur Erzeugung elektrischer Energie durch Kohleeinsatz gemäß § 2 Abs. 2 KVVBG bis 2022 auf 15 GW Steinkohle und 15 GW Braunkohle, 2030 auf 8 GW Steinkohle und 9 GW Braunkohle und spätestens bis Ende 2038 auf 0 GW Stein- und Braunkohle zu reduzieren.³⁹

³⁸ M. Ludwigs, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), EnR, Bd. 3, ⁵2022, Einl. A Rn. 162. Zur Güterbeschaffung zugunsten der öffentlichen Hand oder eines anderen Begünstigten als konstitutives Merkmal der Enteignung im Kontext des Atomausstiegs, siehe BVerfGE 143, 246 Rn. 246 ff.

³⁹ Siehe zu Zweck und Zielen des KVVBG auch O. Däuper/S. Michaels, EnWZ 2020, 291 (291 f.); H. Doderer/J. Metz, EnWZ 2020, 216 (219); M. Kachel/R. Büchner, ZUR 2020, 643; W. Kahl, EurUP 2020, 305 (305 f.). Vgl. zur Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/17342, S. 80 f.

2. Verbot der Kohleverfeuerung

§ 51 KVBG regelt, dass mit Wirksamwerden des Verbots keine Kohle mehr zur Erzeugung elektrischer Energie in einer Anlage verfeuert werden darf.⁴⁰ Das Wirksamwerden des Verbots ist abhängig von Größe, Alter oder historischen Emissionen der Kraftwerke und greift gemäß § 51 Abs. 5 S. 3 KVBG – vorbehaltlich einer Überprüfung nach §§ 54 ff. KVBG – spätestens zum 1. Januar 2039 für alle Anlagen.⁴¹ Eine Umrüstung der Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie aus erneuerbaren Energien oder durch Nutzung anderer Energieträger wie z. B. Biomasse oder Gas ist nicht ausgeschlossen.⁴²

3. Verbot von Neubau und Inbetriebnahme von Kohlekraftwerken

Die Kohlekommission empfahl dem Gesetzgeber, die Inbetriebnahme von bereits gebauten, aber noch nicht in Betrieb befindlichen Kohlekraftwerken zu verhindern.⁴³ § 53 Abs. 1 KVBG verbietet jedoch lediglich, nach dem 14. August 2020 neue Kohlekraftwerke in Betrieb zu nehmen. Ein Kohlekraftwerk ist dann neu, wenn bis zum 29. Januar 2020 noch keine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)⁴⁴ vorlag, vgl. § 53 Abs. 2 S. 2 KVBG. Das Kraftwerk *Datteln 4* konnte somit – entgegen der Empfehlung der Kohlekommission – am 30. Mai 2020 seinen Betrieb aufnehmen.⁴⁵ Neue Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb von Kohlekraftwerken dürfen abweichend von § 6 Abs. 1 BImSchG nach § 53 Abs. 2 S. 1 KVBG nicht mehr erteilt werden. „Notwendige

⁴⁰ Vgl. § 51 Abs. 1 S. 1 KVBG. Siehe für eine Beschreibung auch *M. Kachel/R. Büchner*, ZUR 2020, 643 (644).

⁴¹ *M. Kachel/R. Büchner*, ZUR 2020, 643 (644).

⁴² Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 140. Siehe dazu auch *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 (287).

⁴³ Vgl. Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 62.

⁴⁴ Bundes-Immissionsschutzgesetz v. 17.5.2013, BGBl I S. 1274; zgd. Art. 3 Ersatzkraftwerkebereithaltungsgesetz v. 8.7.2022, BGBl I S. 1054.

⁴⁵ Dazu *Handelsblatt*, „Kohlekraftwerk Datteln 4 geht in regulären Betrieb“, 2020, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/uniper-kohlekraftwerk-datteln-4-geht-in-regulaeren-betrieb/25862360.html?ticket=ST-5397536-Zy5jwHapKZ4cPvm1f4j9-ap2>. Für bereits gebaute, aber noch nicht im Betrieb befindliche Kraftwerke empfahl die Kohlekommission, eine Verhandlungslösung, um diese Kraftwerke nicht in Betrieb zu nehmen, dazu BT-Drs. 19/17342, S. 85.

Änderungsgenehmigungen gemäß § 16 BImSchG (z. B. bei erforderlichen Umbauten aufgrund sich ändernder Standards)“ sind nicht vom Verbot gemäß § 53 Abs. 2 KVBG erfasst.⁴⁶

4. Differenzierung zwischen Stein- und Braunkohlekraftwerken

Das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz sieht eine Differenzierung bzgl. des Wirksamwerdens des Verbots der Kohleverfeuerung und der weiteren Rechtsfolgen zwischen Braun- und Steinkohleanlagen vor. Es gibt keinen umfassend für alle Kohlekraftwerke gültigen Weg, sondern drei grundlegend voneinander zu unterscheidende Konzepte,⁴⁷ namentlich vertragliche Vereinbarungen über die Beendigung der Braunkohleverstromung (a), die Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibungen (b) sowie durch gesetzliche Reduzierung (c). Die ungleiche Instrumentenwahl lässt sich vor allem auf strukturelle Unterschiede hinsichtlich der verursachten Emissionen, der Zahl der Betreiber,⁴⁸ der Verzahnung von Braunkohlekraftwerken mit dem Tagebaubetrieb und der damit verbundenen Anzahl der betroffenen Beschäftigten zurückführen.⁴⁹ Die Ausstiegsinstrumente sollen nach § 54 KVBG regelmäßig überprüft werden.

a) Vertragliche Vereinbarungen über die Beendigung der Braunkohleverstromung

Der schrittweise Ausstieg aus der Braunkohleverstromung ist in den §§ 40 ff. KVBG geregelt. Die Stilllegung der Anlagen richtet sich dabei nach § 40 Abs. 1 i. V. m. Anlage 2 des KVBG. In Anlage 2 des KVBG werden endgültige Stilllegungszeitpunkte für Braunkohleanlagen festgelegt. Für die Stilllegung der Braunkohleanlagen im Rheinland bis zum Ablauf des 31. Dezember 2029 hat die *RWE AG* nach § 44 Abs. 1 S. 1 KVBG einen Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe eines Nominalbetrages von 2,6 Milliarden Euro. Die *LEAG* hat einen Anspruch auf

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 143.

⁴⁷ Siehe für einen Überblick auch *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 (282).

⁴⁸ Mit der *RWE AG*, der *LEAG*, der *EnBW AG* und der *Saale Energie GmbH* gibt es nur vier Braunkohle-Großkraftwerksunternehmen.

⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 84 und Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 62.

Zahlung einer Entschädigung in Höhe eines Nominalbetrages von 1,75 Milliarden Euro für die Braunkohleanlagen in der Lausitz.⁵⁰ Eine weitere Aufschlüsselung der Beträge erfolgt nicht.⁵¹ Das BMWi⁵² wird gemäß § 49 S. 1 KVBG zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages⁵³ zwischen der Bundesrepublik Deutschland auf der einen Seite sowie den Betreibern von Braunkohle-Großkraftwerken – *RWE AG*, *LEAG*, *EnBW AG* und *Saale Energie GmbH* – auf der anderen Seite ermächtigt.⁵⁴ Der parlamentarische Gesetzgeber muss dem verfassungsrechtlichen Gebot der Wesentlichkeitstheorie entsprechend in grundlegenden normativen Bereichen, zumal der Grundrechtsausübung und der Staatsfinanzen, alle bedeutenden Entscheidungen selbst treffen.⁵⁵ Der Rechtsrahmen des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes mit der Ermächtigungsgrundlage des § 49 KVBG sowie die anschließende Zustimmung des Deutschen Bundestages am 13. Januar 2021⁵⁶ genügen diesen Anforderungen.⁵⁷ Grund für den Abschluss eines solchen öffentlich-

⁵⁰ Siehe dazu § 44 Abs. 1 S. 1 KVBG. Vgl. auch BT-Drs. 19/17342, S. 6, Kritik an der Berechnung der Entschädigungssumme bei *H. Koenig*, Ausschuss-Drs. 19(9)731, S. 1 ff. Die *Saale Energie GmbH* und die *EnBW AG* erhalten keine Entschädigung, da hier die Stilllegung der Kraftwerke erst nach dem 31.12.2029 erfolgt; zu den normativen Regelungen auch *W. Frenz*, *EnWZ* 2021, 51 f. Die Entschädigung wird auch gewährt, wenn eine frühere Stilllegung erfolgt, siehe § 44 Abs. 3 KVBG.
⁵¹ *U. Büdenbender*, *DVBl* 2021, 281 (282) der gleichzeitig die Frage aufwirft, welche Konsequenz eine theoretisch denkbare Verfehlung der Stilllegungstermine für einz. Anlagen hätte. Aus beihilferichtlicher Sicht muss zudem sichergestellt werden, dass keine Kompensation von zusätzlichen Tagebaufolgekosten erfolgt, da diese keine auf dem Kohleausstieg beruhenden Kosten darstellen, sondern von den Braunkohleunternehmen selbst verursacht wurden. Dazu später → C. III. 2. a) bb) (2) (b).

⁵² Nun BMWK, siehe *Bundesrepublik Deutschland – Der Bundeskanzler*, Organisationserlass gem. § 9 GOBReg v. 8.12.2021, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990040/df69951d83f08c0b7b04cb40210e1221/2021-12-08-organisationserlass-data.pdf>.

⁵³ Zum öffentlich-rechtlichen Vertrag als Handlungsform siehe u. a. *H. Maurer/C. Waldhoff*, *AllgVwR*, 2020, § 14 Rn. 1 ff. Zum Kohleausstieg durch Vertrag siehe *U. Di Fabio*, *NVwZ* 2020, 1324 ff. (krit.) und *C. Kreuter-Kirchhof*, Ausschuss-Drs. 19(9)726, S. 1 ff. Die Verhandlungen zwischen dem BMWi und den Anlagenbetreibern wurden bereits vor Inkrafttreten des KAG begonnen und weitestgehend abgeschlossen, siehe dazu *U. Büdenbender*, *DVBl* 2021, 281 (282 m. Fn. 13).

⁵⁴ Siehe § 49 KVBG. Dazu auch *M. Ludwigs*, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), *EnR*, Bd. 3, 2022, *Einl. A Rn. 117*; *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (39 f.).

⁵⁵ *Grdl. BVerfGE* 33, 1 (10 ff.); *H. D. Jarass*, in: ders./B. Pieroth (Hg.), *GG*, 162020, Art. 20 Rn. 71 ff. m. w. N.

⁵⁶ Siehe Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/203 v. 13.1.2021, S. 25583 f.

⁵⁷ Dazu auch *C. Kreuter-Kirchhof*, Ausschuss-Drs. 19(9)726, S. 3; zur Entparlamentarisierung als verfassungsrechtlicher Herausforderung auch mit Bezug zum Braunkohleausstieg *M. Ludwigs*, *DVBl* 2021, 353 (357 f.). Krit. zur Wahl eines vertraglichen Instruments, da den Betreibern so ein übersteigerter Einfluss eingeräumt werde und der Deutsche Bundestag seine energie- und klimapolitische Gestaltungshoheit verlieren würde *C. Ziehm*, Ausschuss-Drs. 19(9)724, S. 1 f.

rechtlichen Vertrages waren insbesondere die naturgemäß in der Höhe schwer bestimmbaren und daher bei einseitiger Festlegung durch den Gesetzgeber sehr streitanfälligen Regelungen.⁵⁸ Der unterzeichnete öffentlich-rechtliche Vertrag enthält einen umfassenden Klageverzicht seitens der Betreiber und schließt sowohl Klagen vor nationalen Gerichten als auch vor internationalen Schiedsgerichten aus.⁵⁹ Gleichzeitig schafft er einen Vertrauenstatbestand für die beteiligten Unternehmen, der den zukünftigen Gesetzgeber – sollte er in den kommenden Legislaturperioden andere Ausstiegspfade verfolgen wollen – einschränken kann.⁶⁰ Die Entschädigungszahlungen im Rahmen des Braunkohleausstiegs stehen allerdings noch unter dem Vorbehalt der beihilferechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission.⁶¹ Anders als für den Steinkohleausstieg soll die Entscheidung bzgl. des Ausstiegs aus der Braunkohleverstromung erst nach Durchführung des förmlichen Prüfverfahrens gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 2 AEUV fallen.⁶²

b) Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung

Die freiwillige Abschaltung durch Ausschreibung ist das erste Verfahren zur Stilllegung der Steinkohlekraftwerke.⁶³ Unternehmen, die bestimmte Steinkohleanlagen betreiben, können sich im Rahmen einer Ausschreibung auf „Prämien für die

⁵⁸ *U. Di Fabio*, NVwZ 2020, 1324 f.

⁵⁹ Zu den unionsrechtlichen Grenzen des völkerrechtlichen Investitionsschutzes im Lichte des Kohleausstiegs siehe → D. II. 2.

⁶⁰ Dazu *U. Di Fabio*, NVwZ 2020, 1324 ff.

⁶¹ Art. 10 KAG und § 25 des öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Reduzierung und Beendigung der Braunkohleverstromung in Deutschland (siehe dazu BT-Drs. 19/25494). Zur herausragenden Bedeutung des Beihilferechts siehe auch → C. III.

⁶² KOM, Bek. v. 2.3.2021 – SA.53625. Dazu auch überblicksartig *W. Frenz*, EWS 2021, Heft 2, Die erste Seite sowie *J. Senders*, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, VerfBlog, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entschaedigung/>.

⁶³ Vgl. §§ 10–26 KVBG. Siehe dazu auch BT-Drs. 19/17342, S. 82 f. sowie *O. Däuper/S. Michaels*, EnWZ 2020, 291 (292); *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (306); KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181 – Ausschreibungsmechanismus für den Steinkohleausstieg in Deutschland. Das zweite Instrument betrifft die gesetzliche Reduzierung, siehe → B. I. 4. c).

Stilllegung von Steinkohlekapazitäten“ bewerben.⁶⁴ Es obsiegt das niedrigste Gebot.⁶⁵ Zunächst ist die Teilnahme an der Ausschreibung freiwillig.⁶⁶ Sollten sich zu wenige Steinkohlekraftwerksbetriebe auf die Ausschreibungen bewerben, werden die fehlenden Mengen ab dem Zieljahr 2024 ordnungsrechtlich ohne Entschädigungen stillgelegt, sodass ein wirtschaftlicher Druck zur Beteiligung existiert.⁶⁷ Die Europäische Kommission hat die beihilferechtliche Genehmigung für das Ausschreibungssystem bereits erteilt.⁶⁸ Im Folgenden sollen zunächst die Rechtsfolgen des Steinkohlezuschlags dargestellt werden (aa). Sodann wird im Überblick die Ermittlung des Ausschreibungsvolumens (bb), die Teilnahmevoraussetzungen (cc), die Rolle des Höchstpreises (dd) sowie des Zuschlagsverfahrens (ee) beleuchtet.

aa) Rechtsfolgen

Der Steinkohlezuschlag nach § 3 Nr. 28 KVBG ist der Zahlungsanspruch eines in den Ausschreibungsrunden Bezuschlagten, somit der ermittelte Betrag in Euro, auf den ab Bestandskraft des Zuschlags ein einmaliger Anspruch entsteht, vgl. § 23 KVBG. In der Höhe bestimmt sich der Steinkohlezuschlag nicht durch einseitige Festsetzung durch die BNetzA, sondern nach dem Gebotswert unter Berücksichtigung des Höchstpreises,⁶⁹ multipliziert mit der jeweiligen Gebotsmenge. Über eine erfolgreiche Teilnahme an der Ausschreibung entscheiden auch die historischen CO₂-Emissionen⁷⁰ sowie die Netzrelevanz der Anlage.⁷¹ Mit Erhalt des Zuschlags

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 82. Zur Induzierung als Eingriff *M. Schmidt-Preuß*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021, § 26 Rn. 10 und zum Eingriff durch Ausschreibung *ders.*, ebd. Rn. 40.

⁶⁵ Siehe zur Ausschreibung im „umgekehrten Fall“ *M. Schmidt-Preuß*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021, § 26 Rn. 42. Solche Ausschreibungen sind inzw. gängige Praxis, um einen Marktpreis zu bestimmen und stellen sicher, dass die Kompensation auf ein Minimum beschränkt bleibt. Relevanz entfaltet diese Frage insbes. bei der beihilferechtlichen Beurteilung der Entschädigungszahlungen. Dazu → C. III. 2. a) aa).

⁶⁶ Zum Zwangselement der Ausschreibung siehe auch *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (37).

⁶⁷ *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 (283); *M. Ludwigs*, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), EnR, Bd. 3, ⁵2022, Einl. A Rn. 160.

⁶⁸ Siehe KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181.

⁶⁹ Siehe hierzu § 19 KVBG.

⁷⁰ Die BNetzA errechnet für jedes zulässige Gebot eine Kennziffer. Diese bestimmt sich aus dem Gebotswert geteilt durch die durchschnittlichen jährlichen historischen CO₂-Emissionen pro MW Nettonennleistung der Steinkohleanlage, vgl. § 18 Abs. 3 KVBG.

⁷¹ Vgl. § 18 Abs. 4 f. KVBG.

(Gebot in Euro je MW elektrische Nennleistung der Anlage nach § 3 Nr. 22 KVBG) wird *erstens* (zeitlich verzögert) ein Kohleverfeuerungsverbot nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 KVBG⁷² wirksam mit dem auch ein Vermarktungsverbot gemäß § 52 KVBG einhergeht. *Zweitens* erhält der Anlagenbetreibende einen Anspruch auf Zahlung des Steinkohlezuschlags gemäß § 21 KVBG. Ausgezahlt wird der Steinkohlezuschlag mit Wirksamwerden des Kohleverfeuerungsverbots.

Zur Reduzierung des Gasverbrauchs in der Stromerzeugung im Fall einer drohenden Gasmangellage sind gemäß § 50a Abs. 4 S. 1 EnWG endgültige Stilllegungen von Anlagen, für die nach § 51 Abs. 1 und 2 Nr. 1 lit. c und d KVBG in den Jahren 2022 und 2023 ein Verbot der Kohleverfeuerung wirksam wird, bis zum 31. März 2024 verboten, soweit ein Weiterbetrieb technisch und rechtlich möglich ist. Solche Anlagen werden durch die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) ab dem Zeitpunkt, zu dem das Verbot der Kohleverfeuerung wirksam wird, in entsprechender Anwendung von § 13d EnWG zum Zweck der Vorsorge in der Netzreserve⁷³ vorgehalten. § 13b Abs. 4 S. 4, § 13b Abs. 5 S. 11, die §§ 13c und 13d EnWG und die Netzreserveverordnung⁷⁴ sind nach § 50a Abs. 4 S. 3 EnWG entsprechend anzuwenden.

bb) Ermittlung des Ausschreibungsvolumens

Für die ersten beiden Ausschreibungsrunden bestehen gesetzliche Vorgaben, vgl. § 6 Abs. 3 KVBG. Im Jahr 2020 wurden 4 GW installierte Kapazität ausgeschrieben, in der zweiten Ausschreibung für das Jahr 2021 1,5 GW. Seitdem erfolgt die Ermittlung des Ausschreibungsvolumens nach § 6 Abs. 2 KVBG durch die BNetzA durch Abzug des Zielniveaus nach § 4 KVBG vom Ausgangsniveau nach § 7 KVBG. Die Bekanntgabe erfolgt vor dem jeweiligen Gebotstermin nach § 11

⁷² Siehe zum Kohleverfeuerungsverbot bereits → B. I. 2.

⁷³ ÜNB halten nach § 13b Abs. 4 und 5 EnWG sowie nach Maßgabe der Netzreserveverordnung (Netzreserveverordnung v. 27.6.2013, BGBl I S. 1947; zgd. Art. 15 des G v. 13.5.2019, BGBl I S. 706) Anlagen zum Zweck der Gewährleistung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems insbes. für die Bewirtschaftung von Netzengpässen und für die Spannungshaltung und zur Sicherstellung eines möglichen Versorgungswiederaufbaus vor.

⁷⁴ Dazu bereits → Fn. 73.

Abs. 1 KVBG. Die acht Gebotstermine fanden bzw. finden, sofern das jeweils ermittelte Ausschreibungsvolumen nicht null oder negativ ist, zwischen September 2020 und Juli 2024 statt, vgl. § 10 Abs. 2 KVBG.

cc) Teilnahmevoraussetzungen

§ 12 KVBG regelt die Teilnahmevoraussetzungen. Alle Anlagen, die Steinkohle als Hauptenergieträger nutzen und über eine gültige Betriebsgenehmigung verfügen, können unabhängig von ihrer Nennleistung an den Ausschreibungen teilnehmen. Darüber hinaus wurden Anlagen in der Südregion⁷⁵ von der ersten Ausschreibung im Jahr 2020 ausgeschlossen. Deutschland machte geltend, dass der Ausschluss der Südregion von der ersten Ausschreibung aus Gründen der Versorgungssicherheit erforderlich sei.⁷⁶ Neben Steinkohleanlagen können auch Braunkohle-Kleinanlagen mit einer Nettonennleistung von weniger als 150 MW an den Ausschreibungen teilnehmen, vgl. § 43 KVBG.⁷⁷

d) Höchstpreis

Der Höchstpreis gibt den höchsten Betrag in Euro pro MW Nettonennleistung an, zu dem ein Zuschlag in der Ausschreibung erteilt werden kann, vgl. §§ 3 Nr. 19, 19 KVBG. Er wird für jede Ausschreibungsrunde festgelegt. Eine Orientierung an dem Alter der Anlage und dementsprechend an dem durch eine vorzeitige Stilllegung eintretenden Ausfall der Betriebs Erlöse erfolgt nicht.⁷⁸ Der Höchstpreis ist degressiv ausgestaltet, wodurch eine möglichst zeitnahe Beteiligung der Bieter erreicht werden soll.⁷⁹

⁷⁵ Die Südregion ist eine nach kreisfreien Städten, Stadtkreisen, Kreisen und Landkreisen gem. Anlage 1 zum KVBG konkretisierte Region, vgl. § 12 Abs. 3 KVBG. Zur Südregion zählen die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland.

⁷⁶ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 24.

⁷⁷ Eine Braunkohle-Kleinanlage ist gem. § 3 Nr. 10 KVBG eine Braunkohleanlage mit einer Nettonennleistung bis zu einschließlich 150 MW.

⁷⁸ U. Büdenbender, DVBl 2021, 281 (284).

⁷⁹ M. Schmidt-Preuß, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (38). Zu dem damit verbundenen Zwangselement siehe *ders.*, ebd. S. 37.

ee) Zuschlagsverfahren

Bei Überzeichnung des jeweiligen Gebotstermins erhöhen sich die Chancen für Bietende mit niedrigen Kennziffern, die sich aus Gebotspreis, historischen CO₂-Emissionen der Steinkohleanlage und deren Netzrelevanz ergeben, vgl. § 18 KVBG.⁸⁰ Das Gebot, durch dessen Zuschlag das jeweilige Ausschreibungsvolumen erstmals erreicht oder überschritten wird, wird noch bezuschlagt, vgl. § 18 Abs. 8 S. 2 KVBG. Im Falle einer Unterzeichnung der Ausschreibung (d. h. die Summe der Gebotsmenge übersteigt die zugelassenen Gebote des Ausschreibungsvolumens nicht)⁸¹ erhalten alle Gebote einen Zuschlag, vgl. § 20 Abs. 1 KVBG. Ab der fünften Ausschreibung wird in Höhe des nicht bezuschlagten Ausschreibungsvolumens die gesetzliche Reduzierung durch Anordnung nach den Vorschriften der §§ 27 ff. KVBG angewandt.⁸²

c) Gesetzliche Reduzierung der Steinkohleverstromung

Die Ausschreibungen werden durch einen ordnungsrechtlichen Pfad ergänzt, der als Teil der staatlichen Eingriffsverwaltung⁸³ gemäß § 35 Abs. 1 KVBG Stilllegungen ohne Entschädigung vorsieht (sog. gesetzliche Reduzierung nach §§ 27 ff. KVBG).⁸⁴ In den Jahren 2024 bis 2026 wird eine ordnungsrechtliche Stilllegung nur subsidiär angeordnet, d. h. sofern die Ausschreibungen unterzeichnet sind. Im Zeitraum 2027 bis 2038 werden die übrigen Anlagen nach § 27 Abs. 1 i. V. m § 35

⁸⁰ *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 (284); *M. Kachel/R. Büchner*, ZUR 2020, 643 (645); *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (38).

⁸¹ Zur Ungenauigkeit dieser Bezeichnung siehe *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 (284). Auch bei einem Gleichlauf von Geboten und Zielgrößen erhalten alle Gebote einen Zuschlag.

⁸² Dazu → B. I. 4. c).

⁸³ Zu Begriff und Typologie der Eingriffsverwaltung ausf. *M.-E. Geis*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021, § 18 Rn. 1 ff.

⁸⁴ Siehe dazu auch *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 (283); *M. Kachel/R. Büchner*, ZUR 2020, 643 (645); *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (38). Der Steinkohlezuschlag gem. § 23 KVBG ist nach dessen Wortlaut und Systematik nicht anwendbar. Gleichfalls wird der immissionschutzrechtlich in § 21 Abs. 4 BImSchG verankerte Entschädigungsanspruch für den nachträglichen Entzug rechtmäßig erteilter Betriebsgenehmigungen durch § 59 S. 2 KVBG ausgeschlossen. Vgl. zur gesetzlichen Reduzierung der Steinkohleverstromung auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/17342, S. 83.

Abs. 1 KVBG von der BNetzA auf der Grundlage einer Reihung stillgelegt.⁸⁵ Die BNetzA hat die erste Reihung der Steinkohleanlagen am 1. Juli 2021 veröffentlicht und aktualisiert diese jährlich bis zum 1. Juli 2037, vgl. § 32 KVBG. Die Reihung für den ordnungsrechtlichen Stilllegungspfad richtet sich nach dem Alter der Kraftwerke, wobei auch erhebliche Investitionen, die in den Jahren 2010 bis 2019 getätigt wurden, berücksichtigt werden, vgl. § 31 KVBG.⁸⁶ Auch Stein- und Braunkohle-Kleinanlagen mit einer Nettonennleistung von weniger als 150 MW werden in die Reihung aufgenommen, ihre Stilllegung kann jedoch erst ab 2030 angeordnet werden, vgl. § 38 KVBG sowie § 43 KVBG. Bei Anlagen, die als wesentlich für die Stabilität des Netzes betrachtet werden, kann die Stilllegung ausgesetzt werden, vgl. § 35 Abs. 2 KVBG.⁸⁷ Erhält eine Anlage von der BNetzA eine Anordnung zur ordnungsrechtlichen Stilllegung, so muss diese innerhalb von 30 Monaten erfolgen, vgl. § 51 KVBG. Eine Anlage, deren Stilllegung angeordnet wurde, kann in Extremsituationen in die Kapazitätsreserve aufgenommen werden,⁸⁸ und ihr Betreiber kann aufgefordert werden, sie für die Netzreserve⁸⁹ zur Sicherung des Stromnetzes bei starker Belastung verfügbar zu halten. Werden Anlagen in eine der Reserven aufgenommen, wird ihren Betreibern ein Ausgleich gemäß den für die Reserven geltenden Vorschriften gezahlt, vgl. §§ 36 f. KVBG.

⁸⁵ Ursprünglich war für 2027 eine zusätzliche Ausschreibung geplant, die Deutschland allerdings zurückgenommen hat, um die die ausgeschriebene Gesamtkapazität zu verringern und so den Wettbewerbscharakter des Ausschreibungsverfahrens sicherzustellen, vgl. dazu KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 50 sowie Rn. 66.

⁸⁶ Die gesetzliche Reduzierung stellt für die Betreiber der Kraftwerke einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG dar. Siehe dazu *O. Däuper/S. Michaels*, EnWZ 2020, 291 (295 ff.).

⁸⁷ Dies überprüft die BNetzA im Rahmen der jährlichen Anordnung der gesetzlichen Reduzierung nach § 35 Abs. 1 KVBG.

⁸⁸ Die ÜNB halten gem. § 13e Abs. 1 S. 1 EnWG Reserveleistung vor, um im Fall einer Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems Leistungsbilanzdefizite infolge des nicht vollständigen Ausgleichs von Angebot und Nachfrage an den Strommärkten im deutschen Netzregelverbund auszugleichen.

⁸⁹ Dazu bereits → Fn. 73.

5. Kompensationen für Stromverbraucher:innen

Nach Art. 4 Nr. 1 lit. a KAG soll § 24a Abs. 2 EnWG geändert werden.⁹⁰ Demnach sollen die Übertragungsnetzentgelte durch Zuschuss aus dem Bundeshaushalt gemindert werden. Die Bemessung erfolgt auf Basis der Überprüfung durch das BMWK⁹¹ im Jahr 2022. Es wird festgelegt, dass die Höhe des Zuschusses jedenfalls die zusätzlichen Stromkosten abdeckt, die durch die im KVBG geregelte Reduzierung und Beendigung der Kohleverstromung entstehen. Das BMWK kann, soweit der Zuschuss zu den Übertragungsnetzentgelten nicht ausreicht, über den Erlass einer Förderrichtlinie, einen jährlichen angemessenen Zuschuss für die Stromkosten an stromkostenintensive Unternehmen gewähren, um deren internationale Wettbewerbsfähigkeit zu sichern, vgl. § 50 Abs. 5 KVBG.

6. Zahlung eines Anpassungsgeldes für ältere Beschäftigte

Zur sozialverträglichen, schrittweisen Reduzierung und Beendigung der Kohleverstromung kann nach § 57 Abs. 1 S. 1 KVBG aus Mitteln des Bundeshaushalts Arbeitnehmer:innen in den Braunkohleanlagen und -tagebauen sowie den Steinkohleanlagen, die mindestens 58 Jahre alt sind und aufgrund des Kohleausstiegs bis zum 31. Dezember 2043 ihren Arbeitsplatz verlieren, vom Tag nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für längstens fünf Jahre Anpassungsgeld als Überbrückungshilfe bis zum Renteneintritt gewährt werden. Rentenminderungen, die durch die vorzeitige Inanspruchnahme einer sich an das Anpassungsgeld anschließenden Rente wegen Alters entstehen, können durch die Zahlung entsprechender Beiträge gemäß § 187a SGB VI⁹² direkt an die gesetzliche Rentenversicherung ausgeglichen werden.

⁹⁰ Zur bisherigen Regelung siehe u. a. *S. Missling*, in: C. Theobald/J. Kühling (Hg.), EnR, 99. EL 2018, § 24a EnWG Rn. 6 ff.

⁹¹ Vormals BMWi, siehe *Bundesrepublik Deutschland – Der Bundeskanzler*, Organisationserlass gem. § 9 GOBReg v. 8.12.2021, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990040/df69951d83f08c0b7b04cb40210e1221/2021-12-08-organisationserlass-data.pdf>.

⁹² Sozialgesetzbuch (SGB) Sechstes Buch (VI) – Gesetzliche Rentenversicherung – in der Fassung der Bek. v. 1.2.2002, BGBl I S. 754; 404, 3384; zgd. Art. 6a des Gesetzes v. 22.11.2021, BGBl I S. 4906.

II. Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz-Novelle 2020

Das für die Strom- und Wärmewände zentrale KWKG⁹³ wurde ebenfalls durch das KAG geändert.⁹⁴ Ziel dieser Änderung ist die Weiterentwicklung und die umfassende Modernisierung der Kraft-Wärme-Kopplung. KWK-Systeme sollen zukünftig – noch stärker als bisher – die Strom- und Wärmeversorgung flexibel absichern, soweit dies durch erneuerbare Energien (noch) nicht möglich ist.⁹⁵ Die Gesetzesystematik bleibt unverändert, es werden jedoch an vielen Stellen Ergänzungen vorgenommen. Die KWK-Novelle 2020 deckelt die förderfähigen Vollbenutzungstunden, was eine marktdienliche Fahrweise von KWK-Anlagen anreizen soll. Hinzu kommt, dass die Regelung zur Förderung von KWK-Strom in Zeiten negativer Strompreise restriktiver gefasst wird. Kernelemente der Novelle sind die Änderung bestehender und die Einführung neuer Boni zum KWK-Zuschlag. Die Boni werden einmalig oder fortlaufend als Aufschlag auf den KWK-Zuschlag bezahlt. Hierbei handelt es sich um einen Bonus für innovative erneuerbare Wärme (§ 7a KWKG), einen Bonus für elektrische Wärmeerzeuger (§ 7b KWKG) und einen Kohleersatzbonus (§ 7c KWKG).⁹⁶

III. Löschung von Emissionszertifikaten im Rahmen des EU-ETS

Der Energiesektor ist bereits vom EU-ETS umfasst. Da das EU-ETS die Höhe der maximal zulässigen Emissionen eindeutig definiert, würden durch den nationalen Kohleausstieg Emissionszertifikate frei, die anderswo genutzt werden könnten. Dies würde dazu führen, dass die nationale Beendigung der Kohleverstromung auf

⁹³ Siehe dazu → Fn. 29.

⁹⁴ Für einen Überblick zum KWKG als zentralem Instrument der nationalen Strom- und Wärmewende siehe auch *M. Kachel/R. Büchner*, ZUR 2020, 643 (646 f.).

⁹⁵ *BReg*, Klimaschutzprogramm 2030 zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, Ziff. 3.4.1.3.

⁹⁶ Vgl. dazu auch den Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/17342, S. 160 ff.

europäischer Ebene keinen zusätzlichen Klimaschutzeffekt hätte. Solche Fehlanreize werden im Schrifttum als „*Rebound*-Effekte“⁹⁷ oder „*Wasserbett*-Effekte“⁹⁸ bezeichnet. So senkte u. a. die nationale Förderung erneuerbarer Energien die Nachfrage nach Zertifikaten des EU-ETS und hielt die Preise niedrig.⁹⁹ Aus diesem Grund konnte sich auch die Einbeziehung innereuropäischer Flüge in das EU-ETS nicht spürbar auf die Flugpreise durchschlagen.

Um entsprechende Fehlanreize zu vermeiden, wurde mit dem Kohleausstieg gleichzeitig eine – mit Art. 12 Abs. 4 ETS-RL im Einklang stehende – Änderung des § 8 Abs. 1 TEHG vorgenommen.¹⁰⁰ Danach wird Deutschland nach Berücksichtigung der Marktstabilitätsreserve Emissionszertifikate im Umfang löschen, in dem durch die Stilllegung von Kohleanlagen Emissionen gemindert wurden.¹⁰¹

IV. Weitere Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Kohleausstieg

Zu den weiteren Maßnahmen, die im Zusammenhang mit dem Kohleausstieg – auf Empfehlung der Kohlekommission – umgesetzt werden sollen, gehören Fördermittel für die Sicherstellung der Versorgungssicherheit (1.) sowie die Bereitstellung von Geldern zur Strukturstärkung der Kohleregionen (2.).

⁹⁷ H. Saunders, in: J. Evans/L. C. Hunt (Hg.), *International handbook on the economics of energy*, 2011, S. 164 ff.; Grdl.: W. S. Jevons, *The Coal Question*, 1866, S. 123: „*It is wholly a confusion of ideas to suppose that the economical use of fuel is equivalent to a diminished consumption. The very contrary is the truth*“. Im Näheren wird zwischen drei Typen von *Rebound*-Effekten unterschieden: Direkte (primäre) *Rebound*-Effekte, indirekte (sekundäre) *Rebound*-Effekte sowie dem makroökonomischen (tertiären) *Rebound*-Effekt, der die Summe der direkten und indirekten *Rebound*-Effekte bildet, vgl. dazu M. Ludwigs, *Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht*, 2013, S. 413 f. m. w. N.

⁹⁸ Exemplarisch hierzu M. Ehrmann, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), *EnR*, Bd. 3, ⁵2022, Teil 2 B. § 8 TEHG Rn. 23 f.; S. Schlacke, *UmwR*, ⁸2021, § 16 Rn. 15.

⁹⁹ D. Timmermann, *EWeRK* 2019, 189 (190).

¹⁰⁰ Siehe hierzu m. w. N. M. Ehrmann, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), *EnR*, Bd. 3, ⁵2022, Teil 2 B. § 8 TEHG Rn. 1 ff.; M. Ludwigs, *ebd.*, ⁵2022, Einl. A Rn. 132.

¹⁰¹ Siehe dazu auch BT-Drs. 19/17342, S. 151 f.

1. Fördermittel zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit

Wenngleich derzeit europaweit noch Überkapazitäten bei der Stromversorgung bestehen, könnten diese national nach Auffassung der Kohlekommission mit dem Abschalten der letzten Kernkraftwerke weitgehend abgebaut sein.¹⁰² Hinzu kommt, dass vermehrt mit Schwankungen bei der Einspeisung von Strom zu rechnen ist, sofern gleichzeitig die Produktion von Energie aus Wind und Sonne zunehmen. Zudem bestehen Schwierigkeiten aufgrund teilweise großer Entfernung zwischen den Standorten von Erzeugungsanlagen und den Verbraucher:innen sowie des verzögerten Netzausbaus.¹⁰³ Zum Ersatz der stillgelegten Kohlekraftwerkskapazitäten sollen insbesondere Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen weiterentwickelt und der Bau neuer Gaskraftwerke an bestehenden Kohlekraftwerksstandorten, z. B. durch die Beschleunigung von Genehmigungsprozessen, vorangetrieben werden.¹⁰⁴ Kohlekraftwerke, die sich in der Netzreserve befinden, sollen nach Empfehlung der Kohlekommission durch gleichwertige Alternativen wie insbesondere Gasturbinen und Speicher ersetzt werden.¹⁰⁵ Weitere Maßnahmen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit können nach den Vorschlägen der Kohlekommission der Ausbau und die Modernisierung der Übertragungs- und Verteilnetze sowie die Verbesserung der Sektorkopplung sein. Je nach Ausgestaltung bedürfen die Maßnahmen einer Notifizierung bei der EU-Kommission.

2. Gelder zur Strukturstärkung der Kohleregionen

Das Strukturstärkungsgesetz Kohleregionen ist – wie das KAG – ein Artikelgesetz, das zum einen mit dem Investitionsgesetz Kohleregionen (InvKG)¹⁰⁶ ein neues Stammgesetz geschaffen und zum anderen verschiedene „Verkehrswegegesetze“

¹⁰² Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 38. Siehe dazu *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (488).

¹⁰³ Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 38. Positiver: BReg, BT-Drs. 19/10184, S. 3.

¹⁰⁴ Siehe dazu *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (489). Zur KWKG-Novelle 2020 siehe bereits → B. II.

¹⁰⁵ Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 68. *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (489).

¹⁰⁶ Investitionsgesetz Kohleregionen v. 8.8.2020, BGBl I S. 1795.

geändert hat. Zu den Maßnahmen gehören die Errichtung von Straßen- und Schienenverbindungen, die Errichtung einer gigabitfähigen Breitbandinfrastruktur, die Ansiedlung von Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen sowie von Behörden, die Entwicklung von Gewerbegebieten, die Ansiedlung von Produktionsstätten und die Sicherstellung einer gesundheitlichen Versorgung auf hohem Niveau. Auch hier bedürfen die Maßnahmen je nach Ausgestaltung einer Notifizierung bei der EU-Kommission.¹⁰⁷ Das InvKG stellt für die Braunkohleregionen Strukturhilfen von bis zu 40 Milliarden Euro zur Verfügung. Bisher ist nur ein Teil dieses Geldes fest verplant.

C. Drei-Säulen-Strategie, kompetenzrechtliche Zulässigkeit sowie EU-Beihilferecht

Nach dieser überblicksartigen Darstellung der Regelungen des deutschen Kohleausstiegs, soll nun mit der unionsrechtlichen Analyse begonnen werden. Die EU-Klimaziele – die Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 um mindestens 55 % gegenüber 1990 und bis zum Jahr 2050 auf „netto null“ zu reduzieren,¹⁰⁸ werden derzeit von der EU mittels einer Drei-Säulen-Strategie verfolgt, die zwischen den Sektoren unterscheidet (I.).¹⁰⁹ Nach Darstellung der Grundlagen kann untersucht werden, ob die Mitgliedstaaten überhaupt die Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs haben (II.). Sodann ist auf die herausragende Bedeutung des Beihilferechts im Zusammenhang mit dem deutschen Kohleausstieg einzugehen (III.).

I. Kohleausstieg im Lichte der Drei-Säulen-Strategie der EU

Die erste Säule betrifft die vom Emissionshandelssystem der EU erfassten Sektoren, d. h. insbesondere Anlagen der Energiewirtschaft und Industrieanlagen sowie den europäischen Luftverkehr, der zwischen den Flughäfen in der EU, Norwegen,

¹⁰⁷ Zur Beihilferechtskonformität der einz. Maßnahmen → C. III. 2. e).

¹⁰⁸ Diese Ziele werden in Art. 4 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 des Europäischen Klimagesetzes verbindlich festgesetzt, vgl. Bereits zum Verordnungsentwurf siehe *S. Schlacke*, EnWZ 2020, 355 (357 f.).

¹⁰⁹ Siehe dazu *C. Kreuter-Kirchhof*, ZUR 2019, 396 (297).

der Schweiz¹¹⁰ und Island stattfindet (1.).¹¹¹ Die zweite Säule umfasst die Sektoren Gebäude, Verkehr und landwirtschaftliche Abfälle (2.). Die Bereiche Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft bilden die dritte Säule (3.).

1. Europäischer Emissionshandel

Die Sektoren der ersten Säule – Anlagen der Energieerzeugung (einschließlich der Kohlekraftwerke) und der energieintensiven Industrie sowie der innereuropäische Luftverkehr zwischen den teilnehmenden Staaten – sind vom EU-ETS umfasst.¹¹² In der EU hat sich dieses System zum Handel mit Emissionszertifikaten von seinem Schattendasein¹¹³ zum zentralen Instrument der Bepreisung von Treibhausgasen entwickelt. Durch nun geplante Änderungen und Erweiterungen im Rahmen des „Fit for 55“-Legislativpakets soll die Rolle des EU-ETS als Hauptinstrument zur Minderung von Treibhausgasen weiter gestärkt werden.¹¹⁴ Gegenwärtig deckt es jedoch nur etwa 45 % der gesamten Emissionen ab.¹¹⁵ Nach Art. 4 S. 1 ETS-RL stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Betreiber bestimmter Industrieanlagen eine Genehmigung einholen müssen, um die in der ETS-RL festgelegten Treibhausgase überhaupt emittieren zu dürfen. Diese zentrale Vorgabe wurde in § 4 Abs. 1 TEHG im nationalen Recht umgesetzt. Das System basiert auf dem Prinzip von Obergrenzen und Handel (*Cap and Trade*). Durch Verknappung des freien Guts der Atmosphärennutzung wird diese einem Marktmechanismus unterworfen.¹¹⁶ Die Anzahl an Zertifikaten ist begrenzt. Wer durch Einsparungen über mehr Zertifikate verfügt

¹¹⁰ Das Emissionshandelssystem der Schweiz ist seit 1. Januar 2020 mit dem EU-ETS verknüpft.

¹¹¹ Bis zum 31.12.2023 sind Flugzeuge, die Flughäfen in der EU, Norwegen, der Schweiz oder Island aus der ganzen Welt anfliegen vom EU-ETS befreit, vgl. Art. 3c Abs. 3a der ETS-RL. Danach erfolgt eine Überprüfung gem. Art. 28b ETS-RL. Das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland hat seit dem „Brexit“ am 31.1.2020 einen eigenen Emissionshandel, der (derzeit) nicht mit dem EU-ETS verknüpft ist.

¹¹² Dazu im Überblick *E. Hofmann*, EurUP 2020, 394 (398 f.); *K. Fischer*, in: U. Steiner/R. Brinktrine (Hg.), *BesVwR*, 2018, § 7 Rn. 160 ff. Zur Erreichung der neuen Klimaschutzziele möchte die KOM nun den Anwendungsbereich des EU-ETS ausbauen, dazu KOM(2021) 551 endg.

¹¹³ Siehe *U. Sacksofsky*, *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben*, 2000, S. 18.

¹¹⁴ So soll z. B. Gesamtemissionsminderungsleistung der ETS-RL 2030 61 % statt derzeit 43 % ggü. 2005 betragen. Der Anwendungsbereich des EU-ETS soll zudem auf den Schiffsverkehr erweitert werden. Für die Sektoren Gebäudewärme und Straßenverkehr soll ein neuer Emissionshandel eingeführt werden, siehe dazu KOM(2021) 551 endg.

¹¹⁵ KOM, Bericht v. 1.2.2017 über das Funktionieren des CO₂-Marktes in der EU, KOM(2017) 48 endg., S. 6.

¹¹⁶ Siehe dazu z. B. *W. Kahl/K. F. Gärditz*, *UmwR*, 2019, § 6 Rn. 23.

als benötigt, kann diese am Sekundärmarkt verkaufen.¹¹⁷ Seit Beginn der dritten Handelsperiode im Jahr 2013 werden die Zertifikate zentral durch die Kommission ausgegeben.¹¹⁸ Die Gesamtzahl der in der EU verfügbaren Zertifikate wird jährlich seit Beginn der vierten Handelsperiode im Jahr 2021 um 2,2 % gesenkt.¹¹⁹ Ferner wird die kostenfreie Zuteilung der Zertifikate nach §§ 9, 11 f. TEHG reduziert, so dass mehr und mehr Betreiber Zertifikate wettbewerblich ersteigern müssen.¹²⁰ Im Falle eines nationalen Kohleausstiegs besteht für Kohlekraftwerksbetreiber eine Doppelbelastung aus EU-ETS und Stilllegung.¹²¹ In diesem Fall haben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 12 Abs. 4 ETS-RL die Möglichkeit, frei werdende Zertifikate endgültig löschen zu lassen.¹²² So kann verhindert werden, dass sich die Emissionen in andere Staaten verlagern. Die Befugnis, Zertifikate endgültig vom Markt zu nehmen, ist in der Höhe auf die Durchschnittsmenge der letzten fünf Jahre vor Stilllegung der betreffenden Anlage begrenzt. Die Europäische Kommission muss über eine derartige beabsichtigte Stilllegung informiert werden. Auch die mit Wirkung vom 1. Januar 2019 eingerichtete Marktstabilitätsreserve – der von der EU geschaffene Mechanismus zur Senkung des Überangebots an Emissionszertifikaten

¹¹⁷ Vgl. insbes. EuGH, C-127/07, ECLI:EU:2008:728 Rn. 32 – Arcelor Atlantique et Lorraine; EuGH C-460/15, ECLI:EU:2017:29 Rn. 29 – Schaefer Kalk.

¹¹⁸ Instrukтив zur dritten Zuteilungsperiode *M. Hartmann*, ZUR 2011, 246 ff. sowie *W. F. Spieth/M. Hamer*, NVwZ 2011, 920 ff.

¹¹⁹ Vgl. Art. 9 ETS-RL. Dieser Beitrag reicht aus Sicht der KOM noch nicht aus, weswegen das „Fit for 55“-Paket vorsieht, die Obergrenze für alle Emissionen noch weiter zu senken und die jährliche Kürzung zu erhöhen. Einen informativen Überblick über die Reformen des Emissionshandelssystem gibt *L. Hennicke*, Emissionshandel 1, 2, 3 – Wer will was von wem woraus?, umweltrecht v. 4.10.2021, <https://www.umweltrecht.blog/emissionshandel123/>

¹²⁰ Die kostenpflichtige Abgabe findet im Rahmen einer Versteigerung gem. § 8 TEHG statt.

¹²¹ Siehe dazu *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 ff.

¹²² Vgl. auch Erwgrd. 9 der ETS-RL sowie *C. Kreuter-Kirchhof*, Rechtliches Gutachten zur Positionierung des Wirtschafts- und Energieministeriums NRW im Hinblick auf die KWSB, 2018, S. 28; *S. Schlacke*, UmwR, 82021, § 16 Rn. 15. *R. Gerlagh/R. J. R. K. Heijmans*, Nature Climate Change 2019, 428 ff. empfehlen das *buy, bank, burn program*. Dieses erreiche maximale Effektivität, wenn die Parteien so bald wie möglich Genehmigungen kaufen, in die Bank legen und sich verpflichten, sie zu löschen, sobald die Marktstabilitätsreserve keine neuen Genehmigungen mehr aufnimmt.

und zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit des EU-ETS gegenüber etwaigen Turbulenzen – wird in der vierten Handelsperiode erheblich ausgebaut.¹²³ Die jährliche Rate an Emissionsberechtigungen, die in die Marktstabilitätsreserve aufgrund von Überangebot eingestellt werden, wird bis 2023 von 12 % auf 24 % und die in die Reserve einzustellende Mindestmenge von 100 auf 200 Millionen Zertifikate verdoppelt.¹²⁴ Zudem sollen ab 2023 die Zertifikate in der Marktstabilitätsreserve, die über der Gesamtzahl der im vorangegangenen Jahr versteigerten Zertifikate liegen, nicht länger gültig sein.¹²⁵ Unterschreitet die Gesamtzertifikatsmenge hingegen die Marge von 400 Millionen Zertifikaten, werden 100 Millionen Zertifikate aus der Marktstabilitätsreserve freigegeben.¹²⁶

2. Lastenteilungsvereinbarung

Im Rahmen der sog. Lastenteilungsvereinbarung („*effort sharing decision*“) haben die EU-Mitgliedstaaten verbindliche Jahresziele zur Verringerung der Emissionen in den nicht vom EU-ETS umfassten Wirtschaftszweigen (wie Wohnungsbau, Abfallwirtschaft oder Verkehr mit Ausnahme des Luftverkehrs) festgelegt. Hierzu legt

¹²³ Vgl. Beschl. (EU) 2015/1814 des EP und des Rates v. 6.10.2015 über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und z. Änd. d. RL 2003/87/EG, ABI L 264/1; zgd. RL (EU) 2018/410 des EP und des Rates v. 14.3.2018, ABI L 76/3. Siehe dazu auch *M. Ludwigs*, in: *M. Ruffert* (Hg.), *EnzEuR*, Bd. 5, 2020 § 5 Rn. 24.

¹²⁴ Art. 1 Abs. 5 UAbs. 1 S. 3 Beschl. (EU) 2015/1814. Die KOM hatte im Rahmen ihres „Fit for 55“-Pakets vorgeschlagen, die Verdoppelung der Einspeisevergütung und der Mindestreserve bis 2030 zu verlängern. Der Überschuss wird indirekt durch die Mindestmenge an Zertifikaten, die in die Reserve einzustellen sind, bestimmt. Die Gesamtzahl der in Umlauf befindlichen Zertifikate muss mindestens 833 Millionen betragen, sodass mit 12 % bzw. 24 % dieser Menge mindestens 100 bzw. 200 Millionen Zertifikate in die Marktstabilitätsreserve eingestellt werden. Derzeit beläuft sich die Gesamtzahl der im Umlauf befindlichen Zertifikate auf knapp 1,5 Milliarden Zertifikate (Stand: 12.5.2022), siehe dazu https://ec.europa.eu/clima/news-your-voice/news/ets-market-stability-reserve-reduce-auction-volume-over-347-million-allowances-between-september-2022-05-12_de.

¹²⁵ Art. 1 Abs. 5a Beschl. (EU) 2015/1814.

¹²⁶ Art. 1 Abs. 6 Beschl. (EU) 2015/1814. Um die Abhängigkeit der EU von fossilen Brennstoffen aus Russland zu beenden und diesbezüglich Finanzmittel zu mobilisieren, schlägt die KOM u. a. eine rasche gezielte Änd. der VO (EU) 2021/241 des EP und des Rates v. 12.2.2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, ABI L 57/17 vor. Mit der vorgeschlagenen Änd. soll eine begrenzte Menge zusätzlicher Mittel aus der Versteigerung von Zertifikaten im Rahmen des EU-ETS zugewiesen werden. Die KOM möchte so insges. 20 Milliarden Euro aus dem Verkauf von Zertifikaten des EU-ETS bereitstellen, die derzeit in der Marktstabilitätsreserve gehalten werden, vgl. Vorschlag für eine VO des EP und des Rates z. Änd. d. VO (EU) 2021/241 z. Änd. d. VO (EU) 2021/241 in Bezug auf REPowerEU-Kapitel in den Aufbau- und Resilienzplänen und z. Änd. d. VO (EU) 2021/1060, der VO (EU) 2021/2115, der RL 2003/87/EG und des Beschl. (EU) 2015/1814, KOM(2022) 231 endg.

die EU-Klimaschutzverordnung (auch Lastenteilungsverordnung oder Effort-Sharing-Regulation)¹²⁷ in Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Anhang 1 fest, dass Deutschland seine Treibhausgasemissionen in den Non-ETS-Sektoren bis 2030 um 38 % gegenüber 2005 senken muss.¹²⁸ Nach dem Vorschlag der EU-Kommission im Rahmen des „Fit for 55“-Pakets soll diese Verpflichtung auf 50 % angehoben werden.¹²⁹

3. Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft

Im Sektor „Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft“ (LULUCF) sollen Treibhausgasemissionen vollständig durch einen entsprechenden Abbau von CO₂ aus der Atmosphäre durch Maßnahmen aus dem LULUCF-Sektor ausgeglichen werden, d. h. keine Nettoemissionen produziert werden („*No-Debit-Regel*“). Die EU-Kommission hat infolge des ihrerseits vorgeschlagenen *Green Deals* nun einen neuen Vorschlag der LULUCF-Verordnung¹³⁰ vorgelegt.¹³¹

¹²⁷ VO (EU) 2018/842 des EP und des Rates v. 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie z. Änd. d. VO (EU) Nr. 525/2013, ABI L 156/26.

¹²⁸ Siehe dazu auch *E. Hofmann*, EurUP 2020, 394 (399).

¹²⁹ Siehe dazu den Vorschlag für eine VO des EP und des Rates z. Änd. d. VO (EU) 2018/842 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris, KOM(2021) 555 endg. Auch EP und Rat haben bereits ihre Verhandlungspositionen zur Überarbeitung der EU-Klimaschutzverordnung festgelegt. Nun sollen zeitnah die Trilog-Verhandlungen beginnen.

¹³⁰ VO (EU) 2018/841 des EP und des Rates v. 30.5.2018 über die Einbeziehung der Emissionen und des Abbaus von Treibhausgasen aus Landnutzung, Landnutzungsänderungen und Forstwirtschaft in den Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030 und z. Änd. d. VO (EU) Nr. 525/2013 und des Beschl. Nr. 529/2013/EU, ABI L 156/1; zgd. Delegierte VO (EU) 2021/268 der KOM v. 28.10.2020, ABI 2021 L 60/21. EP und Rat haben ebenfalls bereits ihre Verhandlungspositionen zur Überarbeitung der LULUCF-Verordnung festgelegt, sodass zeitnah die Trilog-Verhandlungen beginnen können.

¹³¹ Siehe hierzu den Vorschlag für eine VO des EP und des Rates z. Änd. d. VO (EU) 2018/841 hinsichtlich des Geltungsbereichs, der Vereinfachung der Compliance-Vorschriften, der Festlegung der Zielwerte der Mitgliedstaaten für 2030 und der Verpflichtung, bis 2035 gemeinsam Klimaneutralität im Sektor Landnutzung, Forstwirtschaft und Landwirtschaft zu erreichen, und z. Änd. d. VO (EU) 2018/1999 hinsichtlich der Verbesserung der Überwachung, der Berichterstattung, der Verfolgung der Fortschritte und der Überprüfung, KOM(2021) 554 endg.

II. Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs

Viele EU-Mitgliedstaaten mit Kohle im Energiemix haben bereits beschlossen, vor 2030 aus der Kohleverstromung auszusteigen.¹³² Bulgarien, Kroatien, Rumänien, Slowenien und die Tschechische Republik streben – wie Deutschland¹³³ – einen Ausstieg im Zeitraum zwischen 2030 und 2040 an. Zusammen mit der Republik Polen, die noch keinen solchen Entschluss gefasst hat, hatten diese Staaten im Jahr 2018 allerdings einen Anteil von mehr als 75 % der kohlebasierten Stromerzeugung in der EU.¹³⁴ Aus unionsrechtlicher Sicht gilt es in einem ersten Schritt zu klären, ob den Mitgliedstaaten überhaupt die Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs zusteht. Hierzu muss zunächst die Reichweite der umweltrechtlichen Kompetenznorm ausgelotet werden (1.). Da die Emissionen der Kohlekraftwerke bereits unter das EU-ETS fallen, stellt sich die Frage, inwieweit die Mitgliedstaaten für die in den Emissionshandel einbezogenen Anlagen neben dem EU-ETS ergänzende nationale Maßnahmen zur Reduktion von Treibhausgasemissionen ergreifen können. Daneben könnte auch die Industrieemissionsrichtlinie (IED)¹³⁵ eine Sperrwirkung entfalten (2.).

1. Reichweite der umweltrechtlichen Kompetenzen des Unionsrechts

Die im Bereich des Umweltrechts maßgeblichen Unionskompetenzen finden sich in Art. 191 ff. AEUV,¹³⁶ insbesondere in Art. 192 AEUV (a). Ein Tätigwerden der Union ist gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. e AEUV („Umwelt“) der geteilten Zuständigkeit zuzuordnen. Zur Verfolgung energiepolitischer Ziele kann sich die EU auf die – durch den Lissaboner Vertrag eingeführte – Kompetenzgrundlage des Art. 194

¹³² Hierzu zählen Dänemark, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, die Niederlande, die Slowakei, Spanien und Ungarn, siehe dazu *Europe Beyond Coal*, National Coal Exits, <https://beyond-coal.eu/europes-coal-exit/>.

¹³³ Siehe dazu → B.

¹³⁴ Vgl. dazu *Agora Energiewende*, Phasing out coal in the EU's power system by 2030 – A policy action plan, 2021, S. 7 ff. Siehe zudem *Europe Beyond Coal*, National Coal Exits, <https://beyond-coal.eu/europes-coal-exit/>.

¹³⁵ RL 2010/75/EU des EP und des Rates v. 24. 11.2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung), ABI L 334/17.

¹³⁶ Dazu umfassend auch *M. Ludwigs*, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), *EnR*, Bd. 3, ⁵2022, Einl. A Rn. 21 ff.; *K. Fischer*, in: U. Steiner/R. Brinktrine (Hg.), *BesVwR*, ⁹2018, § 7 Rn. 14 ff.; *D. Winkler/M. Baumgart/T. Ackermann*, *EuEnR*, 2021, Teil I Kap. 2 Rn. 43 ff.

AEUV stützen. Die Abgrenzung zwischen den umweltpolitischen Kompetenzen und Art. 194 AEUV erfolgt anhand der Schwerpunkttheorie. Die Umweltkompetenz wird im Energiebereich allerdings nicht völlig verdrängt. Bezüglich der Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und der Bestimmung seiner allgemeinen Struktur der Energieversorgung greift insbesondere Art. 192 Abs. 2 AEUV, während eine Berufung auf Art. 194 AEUV ausscheidet (b).¹³⁷ Bei der Kompetenzausübung sind das in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV normierte Subsidiaritätsprinzip sowie der in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV normierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen (c). Im Ergebnis verbleibt die Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs ungeachtet der geteilten Zuständigkeit der EU für Energiepolitik (vgl. Art. 194 i. V. m. Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 lit. i AEUV) bzw. Umwelt(energie)politik (vgl. Art. 192 Abs. 1 und 2, Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 lit. e AEUV) weiterhin bei den Mitgliedstaaten (d).

a) Der Umwelt-Kompetenztitel des Art. 192 AEUV

Art. 192 AEUV stellt für das umweltpolitische Tätigwerden der EU die Rechtsgrundlage dar. Während Art. 192 Abs. 1 AEUV der Union allgemein erlaubt, umweltpolitische Maßnahmen zu ergreifen, sieht Art. 192 Abs. 2 AEUV für bestimmte Bereiche ein besonderes Entscheidungsverfahren vor.¹³⁸

b) Energierelevante Entscheidungen nach Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV und der Energie-Kompetenztitel des Art. 194 AEUV

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde ein eigener Titel über die Energiepolitik der Union und eine entsprechende Kompetenzgrundlage (Art. 194 AEUV) geschaffen. Damit stellt sich insbesondere die Frage des Verhältnisses von Art. 194 AEUV zu

¹³⁷ S. Heselhaus, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Art. 192 AEUV Rn. 83.

¹³⁸ Siehe zu den Ausnahmen des Art. 192 Abs. 2 AEUV → C. II. 1. b).

Art. 192 AEUV.¹³⁹ Aufgrund des weiten Überschneidungsbereichs kann die Annahme eines pauschalen *lex specialis*-Vorrangs nicht überzeugen.¹⁴⁰ Bei der Abgrenzung verschiedener in Betracht kommender Kompetenzen ist Spezialität vielmehr die begründungsbedürftige Ausnahme, was im konkreten Fall der jeweilige Wortlaut des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV und des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV mit den dortigen Unbeschadetheitsklauseln unterstreicht.¹⁴¹ Der EuGH nimmt horizontale Kompetenzabgrenzungen in ständiger Rechtsprechung im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung auf Grundlage der Schwerpunkttheorie vor.¹⁴² Maßgeblich sind der überwiegende, objektiv zu bestimmende Gegenstand und das überwiegende Ziel im konkreten Einzelfall.¹⁴³ Ein klimapolitisch begründeter Kohleausstieg gehört schwerpunktmäßig zur Umwelt(energie)politik, da objektives Hauptziel der Klimaschutz ist. Würde die EU folglich aus Gründen des Klimaschutzes Kohle als Energieträger in den Mitgliedstaaten einschränken oder gar verbieten wollen, verdrängt Art. 192 AEUV den Energie-Kompetenztitel des Art. 194 AEUV.¹⁴⁴ Mit Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV sollen Maßnahmen, die sich

¹³⁹ Bis heute ist das Verhältnis „schillernd geblieben“, so *K. F. Gärditz*, RdE 2018, 457 (459).

¹⁴⁰ *M. Ludwigs*, in: *M. Ruffert* (Hg.), *EnzEuR*, Bd. 5, ²2020 § 5 Rn. 86. Für die Annahme eines *lex specialis*-Vorrangs von Art. 194 AEUV ggü. Art. 192 AEUV siehe *J. Gundel*, in: *J. P. Terhechte* (Hg.), *VwREU*, ¹2011, § 23 Rn. 22. Auch „spezifisch energieumweltrechtliche[n] Maßnahmen“, die „ihren Schwerpunkt bei der Rechtsgrundlage finden, die den Schnittpunkt beider Bereiche abbildet“. wären damit statt auf Art. 192 AEUV künftig auf Art. 194 AEUV zu stützen, siehe *J. Gundel*, in: *M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde* (Hg.), *FK-EU*, 2017, Art. 194 AEUV Rn. 16.

¹⁴¹ So *W. Kahl*, *EurUP* 2020, 305 (307 m. Fn. 35).

¹⁴² Siehe *EuGH*, C-300/89, *ECLI:EU:C:1991:244* Rn. 10 – Titandioxid; C-36/98, *ECLI:EU:C:2001:64* Rn. 58 – Spanien/Rat; C-440/05, *ECLI:EU:C:2007:625* Rn. 61 – KOM/Rat; C-411/06, *ECLI:EU:C:2009:518* Rn. 45 – KOM/EP u. Rat; C-130/10, *ECLI:EU:C:2012:472* Rn. 42 – EP/Rat; C-137/12, *ECLI:EU:C:2013:675* Rn. 52 – KOM/Rat; C-43/12, *ECLI:EU:C:2014:298* Rn. 29 – KOM/EP u. Rat; C-48/14, *ECLI:EU:C:2015:91* Rn. 29 – EP/Rat.

¹⁴³ *C. D. Classen*, in: *T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim*, *EuR*, ⁹2021, § 33 Rn. 21; *A. Epiney*, *EuUmwR*, ⁴2019, Kap. 9 Rn. 8. Dient die Maßnahme der Entwicklung des Binnenmarktes, ist Art. 114 AEUV einschlägig, andernfalls beim „eigentlichen Umweltschutz“ muss die Maßnahme auf Art. 192 AEUV gestützt werden, vgl. dazu *EuGH*, Gutachten 2/00, *ECLI:EU:C:2001:664* – Protokoll von Cartagena. So muss z. B. der Schutz des Waldes gg. Luftverschmutzung und gg. Brände (*EuGH*, C-164/97 u. a. *ECLI:EU:C:1999:99* – EP/Rat) auf Art. 192 AEUV gestützt werden. Auch die Regelungen des EU-ETS verfolgen in erster Linie umweltpolitische Ziele und werden zutreffend auf der Grundlage von Art. 192 AEUV erlassen (dazu *C. Calliess*, *DVBl* 1998, 559 ff.; *J. Gundel*, in: *M. A. Dausen/M. Ludwigs* (Hg.), *HEUWiR*, 49. EL 2019, M. Energierecht Rn. 29). Geht es hingegen um eine produktbezogene Regelung zur Handelserleichterung fällt diese als binnenmarktrelevant unter Art. 114 AEUV (vgl. z. B. *EuGH*, C-300/89, *ECLI:EU:C:1991:244* – Titandioxid). Wie bei der Abgrenzung der Art. 191 ff. AEUV zu Art. 114 AEUV ist auch bei der Abgrenzung zu Art. 194 AEUV auf den Sinn und Gegenstand der Maßnahme abzustellen. Liegt der Schwerpunkt im Bereich der Energieversorgung, wäre Art. 194 AEUV einschlägig.

¹⁴⁴ So auch *W. Kahl*, *EurUP* 2020, 305 (307 m. Fn. 35).

unmittelbar auf den Energiemix und damit auf die Art und Weise der Energieversorgung auswirken, allerdings der Einstimmigkeit und in der Folge dem nationalen Veto vorbehalten bleiben.¹⁴⁵ Ein (derzeit hypothetischer) unionsweiter Kohleausstieg betrifft zum einen die Wahl der Mitgliedstaaten zwischen verschiedenen Energiequellen, da Kohle als Energieträger fortan ausgeschlossen wäre.¹⁴⁶ Gleichzeitig berührt ein solcher Ausschluss die allgemeine Struktur der Energieversorgung in Mitgliedstaaten mit Kohle im Energiemix erheblich, da es letztlich um eine vollständige Verdrängung des Energieträgers geht.¹⁴⁷ Geht man hingegen (auch) von einer Einschlägigkeit des Art. 194 AEUV aus, ist dort das Recht der Mitgliedstaaten, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen, ihre Wahl zwischen den Energiequellen und die allgemeine Struktur ihrer Energieversorgung zu bestimmen, durch den energiepolitischen Souveränitätsvorbehalt des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV geschützt.¹⁴⁸ Dieser Souveränitätsvorbehalt stellt eine echte Kompetenzgrenze dar, während die Unbeschadetheitsklausel des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV klarstellt, dass weiterhin Maßnahmen, gestützt auf die umweltrechtliche Kompetenzgrundlage des Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV, möglich

¹⁴⁵ Nach h. M. müssen die beiden Erfordernisse von Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV *kumulativ* vorliegen. Dies folgt einerseits aus dem Wortlaut „und“ und andererseits aus dem Sinn und Zweck des Art. 192 Abs. 2 AEUV. So z. B. C. Calliess, in: ders./M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 194 Rn. 32; A. Epiney, EuUmwR, ⁴2019, Kap. 4 Rn. 4; S. Heselhaus, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Art. 192 AEUV Rn. 48. Für das *alternative* Vorliegen der Erfordernisse hingegen W. Kahl, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 192 Rn. 33 sowie S. Klinski, EnWZ 2017, 203 (206).

¹⁴⁶ S. Heselhaus, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Art. 192 AEUV Rn. 83.

¹⁴⁷ M. Nettesheim, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), RdEU, 44. EL 2014, Art. 192 AEUV Rn. 81. W. Kahl, NVwZ 2009, 265 (269) sieht „erheblich“ im Gegensatz zu „überwiegend“ bereits unter der 50 %-Grenze angesiedelt.

¹⁴⁸ C. Calliess, in: ders./M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 194 Rn. 29; M. Kement, in: R. Schmidt/F. Wollenschläger (Hg.), ÖWiR, ⁵2019, § 13 Rn. 7; C. Kreuter-Kirchhof, ZUR 2019, 396 (404); M. Ludwigs, NVwZ 2016, 1 (4); ders., in: M. Ruffert (Hg.), EnzEuR, Bd. 5, ²2020 § 5 Rn. 76; S. Schlacke/M. Knodt, ZUR 2019, 404 (405). Teils wird Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV auch als Rechtsfolgenverweis auf das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV verstanden, siehe dazu J. Gundel, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017 Art. 194 AEUV Rn. 31 f. m. w. N.

bleiben.¹⁴⁹ Die Ausnahme des Art. 192 Abs. 2 AEUV formuliert „nur“ eine prozedurale Grenze.¹⁵⁰ Ein unionsweiter Kohleausstieg kann daher nur als umweltpolitische Maßnahme nach Art. 192 Abs. 1 und 2 AEUV einstimmig von den Mitgliedstaaten beschlossen werden.¹⁵¹

c) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Bei der Ausübung der bestehenden – nicht ausschließlichen – Unionszuständigkeiten (wie z. B. Art. 192 AEUV) sind das in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV normierte Subsidiaritätsprinzip sowie der in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV normierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.¹⁵² Nach dem Subsidiaritätsprinzip dürfen Unionszuständigkeiten nur ausgeübt werden, sofern die Ziele der Maßnahme von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können.¹⁵³ Zudem müssen die Ziele aufgrund ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf unionsrechtlicher Ebene besser zu verwirklichen sein.¹⁵⁴ Die Bekämpfung des Klimawandels kann von einzelnen Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden, da hier ein Zusammenwirken aller Staa-

¹⁴⁹ Siehe *K. F. Gärditz*, RdE 2018, 457 (459); *S. Klinski*, EnWZ 2017, 203 (206) sowie *M. Ludwigs*, in: *M. Ruffert* (Hg.), *EnzEuR*, Bd. 5, ²2020 § 5 Rn. 76 m. w. N.

¹⁵⁰ *C. Calliess*, in: *ders./M. Ruffert* (Hg.), *EUV/AEUV*, ⁶2022, Art. 192 Rn. 32.

¹⁵¹ Ein weiteres Bsp. ist in diesem Zusammenhang die Einführung des EU-ETS, die diesbezügliche RL wurde zutreffend auf der Grundlage von Art. 192 Abs. 1 AEUV erlassen. Die ETS-RL betrifft zwar auch die Wahl der Energieträger, indem sie solche mit hohen Treibhausgasemissionen belastet. Die Belastungen sind allerdings (noch) nicht erheblich und stellen nicht den Schwerpunkt der Maßnahme dar, da viele Industriebereiche erfasst sind. Dazu *EuGH*, C-5/16, *ECLI:EU:C:2018:483* Rn. 37 ff. (47 u. 62) – *Polen/EP u. Rat*. Auch die IED und die Governance-VO (VO [EU] 2018/1999 des EP und des Rates v. 11.12.2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, z. *Änd. d. VO* (EG) Nr. 663/2009 und [EG] Nr. 715/2009 des EP und des Rates, der RL 94/22/EG, 98/70/EG, 2009/31/EG, 2009/73/EG, 2010/31/EU, 2012/27/EU und 2013/30/EU des EP und des Rates, der RL 2009/119/EG und [EU] 2015/652 des Rates und zur Aufhebung der VO [EU] Nr. 525/2013 des EP und des Rates, *ABl L* 328/1) wurden zutreffend auf die Umweltkompetenzen gestützt. Die Energieklausel fand jew. keine Anwendung, siehe dazu in Bezug auf die ETS-RL und die IED *S. Klinski*, *EnWZ* 2017, 203 (206).

¹⁵² *C. Calliess*, in: *ders./M. Ruffert* (Hg.), *EUV/AEUV*, ⁶2022, Art. 5 EUV Rn. 5 f.; zur Kompetenzzusübung allg. *C. Calliess*, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hg.), *HVwR II*, 2021, § 34; *A. Epiney*, *EuUmwR*, ⁴2019, Kap. 4 Rn. 37 ff.; *M. Ludwigs*, in: *M. Ruffert* (Hg.), *EnzEuR*, Bd. 5, ²2020, § 5 Rn. 90 ff.; *E. Pache*, in: *M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde* (Hg.), *FK-EU*, 2017, Art. 5 EUV Rn. 53.

¹⁵³ Zu Begriff und Kontext des Subsidiaritätsprinzips *C. Calliess*, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hg.), *HVwR II*, 2021, § 34 Rn. 6 ff. Zu den Prüfvorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV *ders.*, *ebd.*, Rn. 10 ff.

¹⁵⁴ *A. Epiney*, *EuUmwR*, ⁴2019, Kap. 4 Rn. 38; *M. Ludwigs*, in: *M. Ruffert* (Hg.), *EnzEuR*, Bd. 5, ²2020, § 5 Rn. 90.

ten erforderlich ist. Auf Unionsebene lässt sich daher die Bekämpfung des Klimawandels besser verwirklichen als auf dezentraler bzw. regionaler Ebene. Ein unionsweites Verbot der Kohleverfeuerung reduziert die Treibhausgasemissionen stärker als ein nationales Verbot. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nimmt das „Wie“ der Kompetenzausübung in den Fokus. Rechtsakte der Union dürfen danach inhaltlich und formal nicht über das zur Erreichung der Vertragsziele erforderliche Maß hinausgehen.¹⁵⁵ Der Unionsgesetzgeber könnte somit im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen unionsweiten Kohleausstieg statuieren.

d) Zwischenergebnis: Regelungskompetenz verbleibt bei den Mitgliedstaaten

Da jedoch kein auf Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV gestützter, einstimmig beschlossener Sekundärrechtsakt vorliegt,¹⁵⁶ der einen unionsweiten Kohleausstieg statuiert, haben die Mitgliedstaaten ungeachtet der geteilten Zuständigkeit der EU für Energiepolitik bzw. Umwelt(energie)politik weiterhin die Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs.

2. Sperrwirkung durch die ETS-RL oder die IED?

Möglicherweise könnte jedoch eine Sperrwirkung durch die bereits erlassene Emissionshandelsrichtlinie (a) oder die Industrieemissionsrichtlinie (b) bestehen. Während die ETS-RL ein Emissionshandelssystem für einen Großteil der Energieerzeugung (einschließlich der Energieerzeugung durch Kohlekraftwerke) und der energieintensiven Industrie sowie für den innereuropäischen Luftverkehr schafft,¹⁵⁷ bildet die IED das Regelwerk des Emissionsschutzes in der EU.¹⁵⁸ Sie ist die unions-

¹⁵⁵ Siehe zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz statt vieler *E. Pache*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Art. 5 EUV Rn. 132 ff. sowie *C. Calliess*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR II, 2021, § 34 Rn. 17 ff.

¹⁵⁶ Ein solcher Sekundärrechtsakt ist realistischlicherweise auch nicht mehr zu erwarten, da hier (v. a. in zeitlicher Hinsicht) ein fundamentaler Dissens zwischen den Mitgliedstaaten herrscht und die meisten Mitgliedstaaten nationale Pläne umsetzen.

¹⁵⁷ Siehe zum EU-ETS bereits o. → C. I. 1.

¹⁵⁸ Allg. zum Entwicklungsstand des europäischen Klimaschutzrechts *S. Schlacke*, EnWZ 2020, 355 (356 ff.).

weite Grundlage für die Genehmigung, den Betrieb, die Überwachung und die Stilllegung von besonders umweltrelevanten Industrieanlagen, wozu auch Kohlekraftwerke zählen.

a) Emissionshandelsrichtlinie

Zu klären ist, ob die Emissionshandelsrichtlinie eine Sperrwirkung für nationale Maßnahmen in den ETS-Sektoren – wie einen Kohleausstieg – entfaltet. Zweifel werden in der Literatur insbesondere angemeldet, da das EU-ETS bewusst so konzipiert worden sei, dass sich der angestrebte Klimaschutz mithilfe der dort vorgesehenen Emissionsminderung auf möglichst kostengünstige Weise zur Wahrung wirtschaftlicher Belange erreichen lasse.¹⁵⁹ Zusätzliche nationale Maßnahmen in den ETS-Sektoren würden die Lenkungswirkung des EU-ETS konterkarieren. Allerdings spricht der neu eingeführte Art. 12 Abs. 4 ETS-RL dafür, dass die Mitgliedstaaten weiterhin eine Regelungskompetenz zur Beendigung der Kohleverstromung haben. Da im Falle eines nationalen Kohleausstiegs für Kohlekraftwerksbetriebe eine Doppelbelastung aus EU-ETS und Stilllegung besteht, schafft Art. 12 Abs. 4 der ETS-RL eine Möglichkeit, unter Berücksichtigung der Marktstabilitätsreserve, Emissionszertifikate im Umfang löschen zu lassen, in dem durch die Stilllegung von Kohleanlagen Emissionen gemindert wurden.¹⁶⁰ So soll vermieden werden, dass die freiwerdenden Emissionen in andere Mitgliedstaaten verlagert werden. Art. 12 Abs. 4 ETS-RL setzt tatbestandlich eine Stilllegungsmaßnahme voraus, sodass davon auszugehen ist, dass diese im Einklang mit der Richtlinie steht.¹⁶¹ Das EU-ETS ist keine abschließende Regelung. Neben der Schutzverstärkerklausel des Art. 193 AEUV spricht hierfür auch Erwägungsgrund 23 der ETS-

¹⁵⁹ In diese Richtung *W. F. Spieth*, NVwZ 2015, 1173 ff. mit Bezug auf die vom BMWi vorgestellte Abgabe auf Treibhausgase für Kohlekraftwerke, die letztlich nicht eingeführt wurde.

¹⁶⁰ Siehe dazu auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (308); *S. Klinski*, EnWZ 2017, 203 (208 f.); *T. Schomerus/G. Franßen*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU), 2018, S. 92.

¹⁶¹ So auch *T. Schomerus/G. Franßen*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU), 2018, S. 92.

RL, der eine Prüfung von Auswirkungen ordnungs- und steuerpolitischer Maßnahmen vorsieht, sofern diese „unter das Gemeinschaftssystem fallen“.¹⁶² Wie Art. 12 Abs. 4 ETS-RL lässt auch Erwägungsgrund 23 der ETS-RL erkennen, dass es nach Willen des EU-Gesetzgebers zulässig sein soll, neben dem EU-ETS weitere nationale Maßnahmen in den ETS-Sektoren zu erlassen. Auch der Unionsgesetzgeber selbst hat mit Art. 9 Abs. 2 IED Ausnahmeregelungen in Bezug auf Energieeffizienzanforderungen bei der Genehmigung von Anlagen vorgesehen, obwohl dadurch in den Emissionshandel hineingewirkt wird.¹⁶³

b) Industrieemissionsrichtlinie

Sofern die IED die Genehmigung, den Betrieb, die Überwachung und die Stilllegung von Kohlekraftwerken abschließend regelt, könnte sich hieraus eine Sperrwirkung der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz ergeben. Teilweise wird vertreten, dass nationale Klimaschutzmaßnahmen zur Reduktion von anlagebedingten Emissionen insbesondere mit Art. 9 IED unvereinbar seien.¹⁶⁴ Nach Art. 9 Abs. 1 IED enthält die Genehmigung keine Emissionsgrenzwerte für direkte Treibhausgasemissionen, sofern diese in Anhang I der ETS-RL in Zusammenhang mit einer in dieser Anlage durchgeführten Tätigkeit aufgeführt sind. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Aufführung von Emissionsgrenzwerten zur Sicherstellung, dass keine erhebliche lokale Umweltverschmutzung verursacht wird, erforderlich ist. Nach Art. 9 Abs. 2 IED steht es den Mitgliedstaaten frei, für die in Anhang I der ETS-RL aufgeführten Tätigkeiten keine Energieeffizienzanforderungen in Bezug auf Verbrennungseinheiten oder andere Einheiten am Standort, die Kohlendioxid ausstoßen, festzulegen. Der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 IED vermittelt daher zunächst den Eindruck, dass es den Mitgliedstaaten aus Harmonisierungsgründen mit dem EU-ETS nicht gestattet sein soll, Emissionsgrenzwerte für Treibhausgase in

¹⁶² Zu diesem Argument siehe auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (308).

¹⁶³ *S. Klinski*, NVwZ 2015, 1473 (1477 f.); *M. Rodi*, EnWZ 2017, 195 (199 f.); *T. Schomerus/G. Franßen*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU), 2018, S. 95 f.

¹⁶⁴ *T. Schomerus/G. Franßen*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU), 2018, S. 100.

der Anlagengenehmigung aufzustellen.¹⁶⁵ Auch Erwägungsgrund 9 der IED deutet in diese Richtung, da hier unter Bezugnahme auf Art. 9 IED von einer „Vermeidung von Doppelregelungen“ gesprochen wird. Zu beachten ist jedoch, dass energierelevante Entscheidungen nach Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV der Einstimmigkeit und somit dem nationalen Veto vorbehalten bleiben.¹⁶⁶ Art. 9 IED muss daher restriktiv ausgelegt werden.¹⁶⁷ Der Unionsgesetzgeber hat sich bei Erlass der ETS-RL – mit Billigung des EuGH¹⁶⁸ – nur auf Art. 192 Abs. 1 AEUV gestützt.¹⁶⁹ Auch bei der IED hat das Verfahren nach Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV keine Anwendung gefunden, sodass den Mitgliedstaaten hier jeweils weitgehende Gestaltungsspielräume bleiben.¹⁷⁰

c) Schutzverstärkerklausel des Art. 193 AEUV

Die Mitgliedstaaten könnten sich überdies auf die Schutzverstärkerklausel des Art. 193 AEUV berufen, sofern die betreffenden Maßnahmen mit den Verträgen vereinbar sind und der Europäischen Kommission notifiziert werden.¹⁷¹ Im Falle eines „*Opting Ups*“ beschränkt Art. 193 AEUV die Sperrwirkung der auf den Umwelt-Kompetenztitel des Art. 192 AEUV gestützten Maßnahmen auf ein Mindestmaß, über das dezentral hinausgegangen werden kann.¹⁷² Auch nach den Erwägungsgründen 9 und 10 der IED sollen Doppelregelungen vermieden, Mitgliedstaaten aber nicht daran gehindert werden, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen.¹⁷³ Zudem lassen Art. 12 Abs. 4 ETS-RL sowie Erwägungsgrund

¹⁶⁵ Dazu auch *S. Klinski*, NVwZ 2015, 1473 (1477); *T. Schomerus/G. Franßen*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU), 2018, S. 100 f.

¹⁶⁶ *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (308).

¹⁶⁷ Siehe auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (308); *S. Klinski*, ER 2019, 104 (107); *ders.*, NVwZ 2015, 1473 (1477 ff.); *M. Rodi*, EnWZ 2017, 195 (200).

¹⁶⁸ EuGH, C-5/16, ECLI:EU:2018:483 Rn. 37 ff. – Polen/EP u. Rat.

¹⁶⁹ So ebenfalls *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (308); *T. Schomerus/G. Franßen*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU), 2018, S. 17 sowie zur ETS-EL o. → C. II. 1. b) m. Fn. 151.

¹⁷⁰ Dazu auch *S. Klinski*, EnWZ 2017, 203 (206).

¹⁷¹ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (308); *R. Verheyen*, Rechtliche Instrumente zur Verhinderung neuer Kohlekraftwerke, S. 11 f.; *C. Ziehm*, ZNER 2014, 34 (36 ff.). Zu möglichen Einwänden siehe *S. Klinski*, NVwZ 2015, 1473 (1478 f.); ebenfalls zurückhaltender *D. Schäuble/D. Volkert/D. Jacobs/K. Töpfer*, IASS Working Paper 2014, 4 (24 ff.). A. A. *W. F. Spieth*, NVwZ 2015, 1173 ff.

¹⁷² *C. Calliess*, in: *ders./M. Ruffert* (Hg.), EUV/AEUV, 62022, Art. 193 Rn. 1.

¹⁷³ *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (308 m. Fn. 47); *C. Ziehm*, ZNER 2014, 34 (37).

23 der ETS-RL erkennen, dass es zulässig sein soll, neben dem EU-ETS weitere nationale Maßnahmen in den ETS-Sektoren zu erlassen. Ein nationaler Kohleausstieg mit implementierter Löschungsmöglichkeit für frei werdende Emissionszertifikate ist somit systemkonform.

3. Ergebnis: Kompetenzrechtliche Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Kohleausstiegsgesetze

Mangels unionsrechtlich statuierten Kohleausstiegs haben die Mitgliedstaaten – ungeachtet der geteilten Zuständigkeit der EU für Energiepolitik bzw. Umwelt(energie)politik – weiterhin die Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs. Beim Erlass eines Unionsrechtsaktes, der einen Kohleausstieg regelt, handelt es sich um eine energierelevante Entscheidung i. S. d. Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit c AEUV, wonach ein besonderes Gesetzgebungsverfahren mit Einstimmigkeitserfordernis durchgeführt werden muss. Sowohl Art. 12 Abs. 4 ETS-RL als auch Erwägungsgrund 23 der ETS-RL sprechen dafür, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt bleibt, eigene Rechtsinstrumente mit dem Ziel zu erlassen, Kohle dauerhaft aus dem Stromversorgungssystem zu verdrängen. Im Einklang hiermit ist die IED restriktiv auszulegen.

III. Kohleausstieg und EU-Beihilferecht

Nach Klärung der kompetenzrechtlichen Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Kohleausstiegsgesetze schließen sich insbesondere in Deutschland beihilferechtliche Fragestellungen an. Das Beihilferecht ist im (Umwelt-)Energiericht in der Vergangenheit vor allem angesichts der Rechtsprechung des EuGH zum EEG 2012 (und ihren vielfältigen Konsequenzen) verstärkt in den Fokus geraten.¹⁷⁴ Beihilferechtliche Fragen im Kontext des Kohleausstiegs betreffen insbesondere Entschädigungen für

¹⁷⁴ Siehe dazu EuGH, C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – KOM/Deutschland. Eine Nachzeichnung der Judikatur von EuGH und EuGH sowie der Entscheidungspraxis der KOM zur nationalen EE-Förderung findet sich bei *T. Schmidt-Kötters*, in: M. Kment (Hg.), *Der Einfluss des Europäischen Gerichtshof auf das Umwelt- und Infrastrukturrecht*, 2020, S. 45 (54 ff.). Zur Bedeutung des Beihilferechts für das europäische Energiericht nach der Entsch. des EuGH zum EEG 2012 siehe auch *M. Ludwigs*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 85 ff.

Kohlekraftwerksbetriebe, Zuschüsse für stromkostenintensive Unternehmen, Fördermittel für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit, Maßnahmen zur sozialen Abfederung der Auswirkungen des Kohleausstiegs sowie die Gelder für die Strukturstärkung der Kohleregionen. Zunächst gilt es, die Struktur und Systematik der europäischen Beihilfekontrolle nach Art. 107–109 AEUV zu betrachten (1.), bevor die geplanten Maßnahmen genauer untersucht werden können (2.).

1. Systematik des EU-Beihilferechts

Die europäische Beihilfekontrolle dient der Verwirklichung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt.¹⁷⁵ Art. 107 Abs. 1 AEUV statuiert ein grundsätzliches, präventives Verbot (mit Erlaubnisvorbehalt) für staatliche Beihilfen,¹⁷⁶ soweit sie aufgrund wettbewerbsverfälschender Wirkungen den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.¹⁷⁷ Ausnahmen von diesem Verbot sind in Art. 107 Abs. 2 lit. a–c und in Abs. 3 lit. a–e AEUV sowie in Art. 106 Abs. 2 AEUV vorgesehen. Der EU-Kommission steht ein Ermessensspielraum bei der Anwendung nur nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zu. Bei Art. 107 Abs. 2 AEUV handelt es sich hingegen um eine Legalausnahme. Zwischen Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV und dem allgemeinen Beihilfeverbot besteht somit ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.¹⁷⁸ Art. 108 AEUV regelt das Verfahren, nach dem die Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Binnenmarkt festgestellt wird und eröffnet nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV bei „außergewöhnlichen Umständen“ die Möglichkeit einer Befreiung vom Beihilfeverbot. Schließlich enthält Art. 109 AEUV eine Ermächtigung zum Erlass von Durchführungsverordnungen durch den Rat. Zunächst wird im Folgenden der Beihilfebegriff näher erläutert (a). Liegt nach diesem Begriff eine Beihilfe vor, gelten eine Notifizierungspflicht sowie ein Durchführungsverbot (b).

¹⁷⁵ Vgl. dazu Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV bzw. das Protokoll Nr. 27. Siehe auch *M. Ludwigs*, in: *M. Ruffert* (Hg.), *EnzEuR*, Bd. 5, 2020 § 5 Rn. 117.

¹⁷⁶ *J. Kühling*, in: *R. Streinz* (Hg.), *EUV/AEUV*, 32018 Art. 107 Rn. 4.

¹⁷⁷ Dazu *W. Cremer*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hg.), *EUV/AEUV*, 62022, Art. 107 Rn. 1.

¹⁷⁸ *J. Kühling*, in: *R. Streinz* (Hg.), *EUV/AEUV*, 32018 Art. 107 Rn. 5.

a) Beihilfebegriff

Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art [1], die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige [2] den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen [3], mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel¹⁷⁹ zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen [4]“ und soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist [5]. Bei dem unionsrechtlichen Beihilfebegriff handelt es sich um einen grundsätzlich weit auszulegenden Rechtsbegriff.¹⁸⁰ Aus dem bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnis ergibt sich eine zweistufige Prüfung staatlicher Beihilfen. Sofern tatbestandlich eine Beihilfe vorliegt, bedarf es im zweiten Schritt der Untersuchung (seitens der EU-Kommission), ob die Beihilfe unter den Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände als mit dem Binnenmarkt vereinbar eingestuft werden kann.¹⁸¹

b) Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot

Sofern eine Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt, müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV, Art. 2 Abs. 1 Beihilfeverfahrens-VO¹⁸² die Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen (sog. „neue Beihilfen“ i. S. d. Art. 1 lit. c Beihilfeverfahrens-VO) rechtzeitig bei der Kommission anmelden. Eine von den Mitgliedstaaten beabsichtigte Maßnahme darf nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht durchgeführt werden, bevor die EU-Kommission einen entsprechenden Beschluss erlassen hat. Aus dem Wortlaut des Art. 108 Abs. 3 S. 1 i. V. m. S. 3 AEUV ergibt sich, dass das Durchführungsverbot bereits Auswirkungen auf das vorläufige Prüfverfahren hat.¹⁸³ Damit das Funktionieren des Binnenmarktes nicht

¹⁷⁹ Handel i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV meint nach allg. Auffassung nicht nur den Waren- sondern auch den Dienstleistungsaustausch. Dazu m. w. N. *W. Cremer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 107 Rn. 41.

¹⁸⁰ Siehe z. B. *W. Cremer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 107 Rn. 11; *C. Nowak*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Art. 107 AEUV Rn. 20 ff.

¹⁸¹ Dazu *J. Kühling*, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 107 Rn. 4 f.

¹⁸² VO (EU) Nr. 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV, ABl L 248/9.

¹⁸³ Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des Durchführungsverbots, welches das Funktionieren des Binnenmarktes gewährleisten soll. Dazu *G. von Wallenberg/M. Schütte*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), RdEU, 69. EL 2020, Art. 108 AEUV Rn. 86.

gefährdet wird, sollen die Wirkungen erst nach Entscheidung der Kommission eintreten. Konkretisiert wird das Durchführungsverbot in der Beihilfeverfahrens-VO. Ein Verstoß gegen Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot hat die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfegewährung zur Folge und berechtigt die Kommission zu einer Rückforderungsanordnung gegenüber dem Mitgliedstaat.¹⁸⁴

2. Beihilferechtskonformität des deutschen Kohleausstiegs

Fragen im Kontext des deutschen Kohleausstiegs betreffen insbesondere Entschädigungen für Kohlekraftwerksbetriebe (a). Daneben stellen sich beihilferechtliche Fragen auch für die Zuschüsse für stromkostenintensive Unternehmen (b), die Fördermittel für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit (c), die soziale Abfederung der Auswirkungen (d) sowie bzgl. der Gelder für die Strukturstärkung der Kohleregionen (e).

a) Entschädigungen für Kohleunternehmen

Zunächst soll sich der beihilferechtlichen Beurteilung der Kompensation der betroffenen Kohlekraftwerksbetriebe gewidmet werden. Dabei ist zwischen den Entschädigungszahlungen im Rahmen der Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung (aa) und den Entschädigungszahlungen im Zusammenhang mit der Stilllegung von Braunkohlekraftwerken zu differenzieren (bb). Während für die Stilllegung von Steinkohlekraftwerken bereits eine Genehmigung der EU-Kommission vorliegt,¹⁸⁵ ist dies bei der Stilllegung von Braunkohlekraftwerken noch nicht der Fall.¹⁸⁶

¹⁸⁴ M. Ludwigs, in: M. Ruffert (Hg.), *EnzEuR*, Bd. 5, 2020 § 5 Rn. 119. Näher und m. w. N. W. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), *EUV/AEU*, 62022 Art. 108 Rn. 1 ff.

¹⁸⁵ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181.

¹⁸⁶ Siehe dazu KOM, Bek. v. 2.3.2021, SA.53625.

aa) Entschädigungszahlungen im Rahmen der Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung

Die beihilferechtliche Beurteilung der Kompensationszahlungen im Rahmen der Stilllegung von Steinkohlekraftwerken richtet sich nach Art. 107 f. AEUV. Zunächst muss es sich bei den Kompensationszahlungen um eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV handeln (1). Geht man von dem Vorliegen einer Beihilfe aus, ist eine mögliche Ausnahme zu prüfen. Mangels einschlägiger Legalausnahme, kommt nur eine Ermessensausnahme in Betracht. Zentrale Frage ist daher, ob die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (2).

(1) Vorliegen einer Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV

Bei einer Beihilfe handelt es sich um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung an ein Unternehmen, die einen selektiven Vorteil darstellt und Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union befürchten lässt.¹⁸⁷ Die Entschädigungszahlungen an die bezuschlagten Kraftwerksbetriebe stammen aus dem Bundeshaushalt und werden mithin ausdrücklich aus staatlichen Mitteln gewährt.¹⁸⁸ Die Umsetzung der Maßnahme erfolgt durch das KAG bzw. KVVG, sodass die Beschlüsse über die Gewährung auch unmittelbar der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen sind.¹⁸⁹ Die Zahlung richtet sich an bestimmte Unternehmen (nur Steinkohleunternehmen und Braunkohle-Kleinanlagen) und ist demzufolge selektiv.¹⁹⁰ Fraglich ist allerdings, ob es sich auch um eine Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Eine solche ist ein wirtschaftlicher Nutzen jeglicher Art, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen – d. h. ohne Eingreifen des Staates – nicht erhalten

¹⁸⁷ Zum Beihilfebegriff siehe bereits o. → C. III. 1. a).

¹⁸⁸ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (309).

¹⁸⁹ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 71.

¹⁹⁰ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (309).

hätte.¹⁹¹ Aus der Rechtsprechung des EuGH¹⁹² und des EuG¹⁹³ wird abgeleitet, dass Entschädigungszahlungen grundsätzlich nicht als Beihilfe anzusehen sind.¹⁹⁴ Es kommt also darauf an, ob es sich lediglich um eine Schadenskompensation handelt, die dem jeweiligen Unternehmen keinen Vorteil verschafft, oder ob eine darüberhinausgehende Zahlung vorliegt (a). Nur wenn ein Vorteil i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt, handelt es sich um eine Beihilfe (b).

(a) Schadenskompensation vs. Vorteil

An der Begünstigungswirkung fehlt es dann, wenn das Unternehmen den zur Entschädigung führenden Nachteil im Zuge des normalen Geschäftsablaufs nicht hinnehmen müsste.¹⁹⁵ Maßgeblich hierfür ist somit, ob die geleistete Entschädigung diesem Nachteil der Höhe nach entspricht oder aber geldwerte Zuwendungen gewährt werden, die das Unternehmen unter Marktbedingungen nicht erwirtschaften könnte.¹⁹⁶ Um diese Frage, ob es sich um eine bloße Schadenskompensation oder einen darüberhinausgehenden Vorteil handelt, zu beantworten, sind die Erfolgsaussichten einer Klage gegen die kompensationslose Stilllegung in den Blick zu nehmen. Zu untersuchen ist demnach insbesondere, inwieweit sich aus Art. 14 GG ein solcher Anspruch auf Entschädigung ergeben würde. Die Erfolgsaussichten einer etwaigen Klage sind allerdings unklar.¹⁹⁷

¹⁹¹ EuGH, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – Rn. 60 – SFEI u. a./KOM; C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210 Rn. 41 – Spanien/KOM.

¹⁹² Die Auffassung, dass ein bloßer Schadensausgleich keine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, geht auf das Urteil des EuGH, verbundene Rs. 106 bis 120/87, ECLI:EU:C:1988:457 Rn. 23 f. – Asteris u. a. zurück.

¹⁹³ EuG, T-64/08, ECLI:EU:T:2010:270 Rn. 60 – Nuova Terni Industrie Chimiche/KOM.

¹⁹⁴ Siehe hierzu auch *J. Senders*, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, *VerfBlog*, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entschaedigung/>.

¹⁹⁵ *J. Senders*, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, *VerfBlog*, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entschaedigung/>.

¹⁹⁶ EuGH, verbundene Rs. 106 bis 120/87, ECLI:EU:C:1988:457 Rn. 23 f. – Asteris u. a. Beschl. (EU) 2015/1470 der KOM v. 30.3.2015 über die von Rumänien durchgeführte staatliche Beihilfe SA.38517 – Schiedsspruch v. 11.12.2013 in der Sache Micula/Rumänien. Zum Schiedsspruch siehe → Fn. 543.

¹⁹⁷ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 84.

Die Regelungen des KVVG sind – mangels Entzugs bzw. Güterbeschaffungsvorgangs – als Inhalts- und Schrankenbestimmung einzuordnen.¹⁹⁸ Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind in einem solchen Fall – anders als im Falle der Enteignung – Entschädigungen nur zu zahlen, wenn ansonsten eine außergewöhnliche Belastung oder eine unzumutbare Härte eintreten würde.¹⁹⁹ Der eigentumsdogmatische Anknüpfungspunkt ist die erteilte immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung.²⁰⁰ Die materielle, verfassungsrechtliche Rechtfertigung bestimmt sich im Zusammenspiel von Bestands- und Institutsgarantie, dem Regierungsauftrag und der Sozialpflichtigkeit des Eigentums.²⁰¹ Klimaschutz, Gesundheitsschutz und langfristige Energieversorgungssicherheit als Gründe für die Kohleverstromungsbeendigung sind legitime Regelungszwecke.²⁰² Hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit obliegt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative.²⁰³ Das deutsche Staatshaftungsrecht sieht für Eigentümer:innen, deren Rechte eingeschränkt werden, unter Umständen einen Ausgleichsanspruch vor (sog. ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung).²⁰⁴ Die Entschädigung ist unter Berücksichtigung der „komplexe[n] Sach- und Rechtslage“²⁰⁵ stets

¹⁹⁸ Siehe hierzu statt vieler allg. *S. Klinski*, NVwZ 2015, 1473 (1475 f.); *M. Ludwigs*, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), EnR, Bd. 3, ⁵2022, Einl. A Rn. 162; *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 90 ff.

¹⁹⁹ Std. Rspr. ab BVerfGE 58, 137 (150 f.).

²⁰⁰ *S. Klinski*, NVwZ 2015, 1473 (1475 f.); *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 92 ff.

²⁰¹ Zum Maßstab der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Kontext des Atomausstiegs siehe *J. Kersten/A. Ingold*, ZG 2011, 350 (355 ff.).

²⁰² So auch *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 101; *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (41). Siehe zum Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) jüngst BVerfGE 157, 30 Rn. 197 ff.

²⁰³ BVerfGE 116, 202 (225); 113, 167 (252 f.). Siehe dazu auch *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (41).

²⁰⁴ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (309). Mangels konkreten Entzugs bzw. Güterbeschaffungsvorgangs liegt keine Enteignung, sondern vielmehr eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor (siehe dazu das Atomausstiegsurteil: BVerfGE 143, 246 Rn. 262 sowie Rn. 243, welches sich in diesem Punkt auch auf die Stilllegung von Kohlekraftwerken übertragen lässt). Inhalts- und Schrankenbestimmungen lösen nur in seltenen Ausnahmefällen eine Entschädigungspflicht aus, da im Grundsatz gilt: „Substanzschutz vor Vermögensschutz“. Dazu ausf. *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 102 ff. Im Kern geht es um eine Abwägung zwischen dem wirtschaftlichen Nutzungsinteresse der Kraftwerksbetreiber und der Klimaschutzintention der beschränkenden Maßnahme. Zu den rechtlichen Kriterien der Bemessung der Entschädigungshöhe instruktiv *B. Kreße*, N&R 2021, 66 ff.

²⁰⁵ BVerfG NVwZ 2021, 390 Rn. 80 in Bezug auf die 16. AtG-Novelle.

unter gerechter Abwägung der Interessen der Beteiligten zu bestimmen.²⁰⁶ Entscheidend hierfür ist, ob eine erhöhte Sozialgebundenheit des Eigentums an Kohlekraftwerken vorliegt.²⁰⁷ Unterliegen Atom- und Kohlestromerzeugung einer vergleichbaren Sozialbindung, dürften die Grundsätze des Atomausstiegsurteils des BVerfG auch für den Kohleausstieg gelten, sodass selbst wenn zunächst eine unverhältnismäßige Eigentumsbelastung vorliegen würde, durch eine finanzielle Kompensation im Ergebnis die Verfassungskonformität hergestellt werden könnte.²⁰⁸ Die Eigentumsbelastung wäre dann im Ergebnis verhältnismäßig. Die Elektrizitätsversorgung ist unstreitig Bestandteil der Daseinsvorsorge.²⁰⁹ Vergleichbar ist auch der geringe personale Bezug des Eigentums bei den Kraftwerken.²¹⁰ Allerdings ist die Kohleverstromung – mangels Gefahr einer radioaktiven Kontaminierung von Umwelt und Mensch – gerade keine Hochrisikotechnologie wie die Kernkraftnutzung,²¹¹ dafür jedoch in Bezug auf die unmittelbaren Emissionen deutlich klimaschädlicher.²¹² Güter der Allgemeinheit werden in beiden Fällen überproportional in Anspruch genommen.²¹³ Es sprechen daher durchaus ge-

²⁰⁶ BVerfGK 17, 68 Rn. 44; BVerfG NVwZ-RR 2020, 1691 Rn. 157 ff.

²⁰⁷ Der Ausgleichsanspruch dient nur der Kompensation eines gleichheitswidrigen Sonderopfers (vgl. BVerfGE 100, 226 [244]) und muss daher grds. auch nur diejenige Belastung ausgleichen, die die von der Sozialgebundenheit gerechtfertigte Belastung des Eigentums übersteigt, siehe BVerfGK 17, 68 Rn. 43.

²⁰⁸ P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 108. Zu den Parallelen des Atomausstiegs auch W. Frenz, DVBl 2020, 849 (850); C. Franzius, NVwZ 2018, 1585 f.; B. Kreße, N&R 2021, 66 (70).

²⁰⁹ Der Energiesektor bot gar den Anlass zur Entwicklung des Daseinsvorsorgebegriffs im Staats- und Verwaltungsrecht durch Ernst Forsthoff, siehe dazu S. Fisch, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021, § 2 Rn. 74 sowie A. Wallrabenstein, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021, § 19 Rn. 1 ff. Siehe auch E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, neu aufgelegt in *ders.*, *Rechtsfragen einer leistenden Verwaltung*, 1959.

²¹⁰ Das Eigentum an Atomanlagen dient nach seiner Eigenart und Funktion nur in geringem Maße der persönlichen Freiheit der Einzelnen. Vielmehr handelt es sich um unternehmerisches Eigentum mit einem besonders ausgeprägten sozialen Bezug, siehe dazu BVerfGE 143, 246 Rn. 297. Aus der Lit. zur Übertragbarkeit auf den Kohleausstieg statt vieler: P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 109; B. Kreße, N&R 2021, 66 (70).

²¹¹ B. Kreße, N&R 2021, 66 (70); U. Biedenbender, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 47 (62 f.).

²¹² Siehe auch C. Franzius, NVwZ 2018, 1585; W. Frenz, UPR 2020, 209 ff. sowie *ders.*, DVBl 2020, 849 (850 f.), der jedoch bei der Kohleverstromung mangels Hochrisikotechnologie zum Erg. kommt, dass eine vorgezogene Beendigung zu Entschädigungen führen muss. Wie hier P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 109 ff.

²¹³ P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 111.

wichtige Gründe dafür, auch bei der Kohlestromerzeugung eine erhöhte Sozialbindung anzuerkennen, sodass kein Substanzschutz besteht.²¹⁴ Bei der Frage, ob auch beim Kohleausstieg eine Kompensation erforderlich ist, muss berücksichtigt werden, dass es hier gerade an einer dem Atomkonsens vergleichbaren Übergangsregelung mit Reststrommengen fehlt, die einen besonderen Vertrauensschutz begründet.²¹⁵ Die Klimaschädlichkeit der Kohleverstromung ist schon seit längerer Zeit bekannt und der deutsche Gesetzgeber plant spätestens seit 1990,²¹⁶ die Kohlekraft zurückzudrängen.²¹⁷ Auch auf europäischer und internationaler Ebene haben zahlreiche Absichtserklärungen i. V. m. der Umsetzung durch verbindliche Rechtsakte die massive Reduktion von Treibhausgasen zum Gegenstand.²¹⁸ Es war somit absehbar, dass es zu einer grundlegenden Rechtsänderung mit dem Ziel der Beendigung der Kohleverstromung kommen könnte.²¹⁹ Das Ende der Kohleverstromung war lediglich zeitlich nicht festgelegt und von den technischen Möglichkeiten, wie der Etablierung alternativer (erneuerbarer) Energien, abhängig.²²⁰ Einen Anhaltspunkt für die entschädigungslose Abschaltung können die Amortisationszeitpunkte der Kraftwerke darstellen, wobei für Kohlekraftwerke Zeiträume zwischen 15 und

²¹⁴ P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 113 f.

²¹⁵ C. Franzius, *NVwZ* 2018, 1585 (1586).

²¹⁶ Siehe dazu z. B. das Stromeinspeisungsgesetz v. 7.12.1990, BGBl I 1990 S. 2633 als Startpunkt der Förderung erneuerbarer Energien. Das Stromeinspeisungsgesetz wurde 2000 – unter Bezugnahme auf die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG – durch das EEG (siehe → Fn. 16) abgelöst.

²¹⁷ So P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 135 f. in seinem Fazit. In diese Richtung auch B. Kreße, *N&R* 2021, 66 (72).

²¹⁸ Dazu ausf. B. Kreße, *N&R* 2021, 66 (72).

²¹⁹ Das Ende der Kohleverstromung war mithin „absehbar“ i. S. d. Rechtsprechung des BVerfG (siehe hierzu z. B. BVerfGE 155, 238 Rn. 149).

²²⁰ Siehe dazu auch B. Kreße, *N&R* 2021, 66 (72 f.), der unter Bezugnahme auf eine Auswertung von Akten des Ministeriums für Wirtschaft und Energie des Landes Brandenburg im Zusammenhang mit der Veräußerung der Braunkohlekraftwerke von *Vattenfall/LEAG* im Jahr 2016 ebenfalls zu dem Schluss kommt, dass der Kohleausstieg auch für die Unternehmen absehbar war. Anders W. Frenz, *DVBl* 2020, 849 (850 f.). Dabei besteht beim Kohleausstieg gerade kein besonderer Vertrauensschutz aufgrund einer gesetzgeberischen Entsch. wie bei der Nutzung der Kernenergie. A. A. auch U. Büdenbender, in: *FS für G. Kühne*, 2021, S. 47 (62 f.).

40 Jahren angeführt werden.²²¹ Bei einem Durchschnittsalter der Steinkohlekraftwerke von rund 30 Jahren²²² dürften die meisten Kraftwerke entschädigungslos abgeschaltet werden können.²²³ Kann eine Abschaltung entschädigungslos erfolgen, liegt keine bloße Schadenskompensation vor.

(b) Ausschreibung als Begünstigung

Das KVVG sieht zunächst einen Ausschreibungsmechanismus vor. An dem Ausschreibungsverfahren können nur Steinkohleanlagen und Braunkohle-Kleinanlagen teilnehmen, während das Verfahren für andere Stromerzeugungsanlagen nicht zugänglich ist.²²⁴ Eine Maßnahme (wie hier die Stilllegung von Kraftwerken) wirkt sich immer dann auf den Wettbewerb und den Handel aus, wenn die Begünstigten auf offenen Märkten mit anderen Unternehmen konkurrieren.²²⁵ Der deutsche Strommarkt ist Teil eines liberalisierten, europäischen Marktes, sodass die Steinkohleanlagen und Braunkohle-Kleinanlagen in direktem Wettbewerb mit anderen Stromerzeugungsanlagen stehen.²²⁶ Erzeugt ein Kraftwerksbetrieb nicht nur aus Steinkohleanlagen sondern auch aus weiteren Primärquellen Strom, ist nicht mehr ausgeschlossen, dass sich ein möglicher Vorteil gegenüber anderen Energieunternehmen und neuen Marktteilnehmern ergibt.²²⁷ Wegfallende Strommengen müssen

²²¹ Siehe dazu m. w. N. P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 129 f. Das UBA geht z. B. von ca. 20 Jahren aus. W. Frenz, UPR 2020, 209 ff. nimmt für Kohlekraftwerke die für Kernkraftwerke herausgearbeiteten 30 Jahre entsprechend an. Im Erg. so auch M. Schmidt-Preuß, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (41 f.).

²²² Siehe dazu UBA, *Daten und Fakten zu Braun- und Steinkohlen: Status quo und Perspektiven*, 2017, S. 18.

²²³ Dazu krit. M. Schmidt-Preuß, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (38), der in der Sache zutreffend anmerkt, dass der Eigentumsschutz nicht *ipso iure* mit der Amortisation endet. Allerdings endet der Investitionsschutz bei absehbaren Rechtsänderungen. Darüber hinaus sieht § 39 KVVG eine Härtefallregelung für Steinkohleunternehmen vor, sodass hier den eigentumsrechtlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit entsprochen wird (so i. Erg. auch M. Schmidt-Preuß, ebd., S. 39 sowie S. 41 f.). A. A. U. Büdenbender, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 47 (48).

²²⁴ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 85.

²²⁵ Std. Rspr., siehe z. B. EuG T-214/95, ECLI:EU:T:1998:77 – Het Vlaamse Gewest/KOM.

²²⁶ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 89.

²²⁷ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 90.

künftig anders erzeugt werden, was sich auf die Großhandelspreise für Strom auswirken dürfte.²²⁸ Der Ausschreibungsmechanismus soll ein marktübliches Verfahren zwischen Leistung und Gegenleistung simulieren.²²⁹ Allerdings ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass man viele Kraftwerke aufgrund ihrer Amortisation entschädigungslos abschalten könnte.²³⁰ Im Fall der Ausschreibung wird solchen Kraftwerksbetrieben „sehr wahrscheinlich ein Vorteil verschafft, der unter normalen Marktbedingungen nicht bestehen würde“.²³¹ Das Ausschreibungsverfahren gilt für alle Kraftwerke gleichermaßen. Zumindest im Falle der bereits amortisierten Kraftwerke liegt keine bloße Schadenskompensation vor. Mangels entsprechender gesetzgeberischer Differenzierung liegt es durchaus nahe, insgesamt von dem Vorliegen einer Begünstigung und dementsprechend einer Beihilfe auszugehen.²³² Eine Beihilfe ist grundsätzlich nach Art. 107 Abs. 1 AEUV als mit dem Binnenmarkt unvereinbar anzusehen. Deutschland hat die geplante Maßnahme vor ihrer Gewährung angemeldet und ist damit der Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV nachgekommen. Die beabsichtigte Maßnahme darf jedoch nicht durchgeführt werden, bevor die Kommission einen abschließenden Bericht gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV erlassen hat. Ausnahmen von dem Beihilfeverbot sind in Art. 107 Abs. 2 lit. a–c und in Abs. 3 lit. a–e AEUV vorgesehen. Eine Legalausnahme nach Art. 107 Abs. 2 AEUV gibt es nicht, sodass nur eine Ermessensausnahme nach Art. 107 Abs. 3 AEUV in Betracht kommt.²³³

²²⁸ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 91.

²²⁹ Auch der Ausschreibungsmechanismus beinhaltet eine ordnungsrechtliche Komponente, da die ausgeschriebene Stilllegungsmenge im Vorfeld bestimmt wird.

²³⁰ Siehe → C. III. 2. a) aa) (1) (a).

²³¹ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 86.

²³² A. A. W. Kahl, EurUP 2020, 305 (309). Diesbezüglich ebenfalls eher krit. M. Ludwigs, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), EnR, Bd. 3, ⁵2022, Einl. A Rn. 63. C. Franzius, ER 2021, 3 (9) sieht hierin eine Bevorzugung alter Kraftwerke ggü. neuen. Alte Kraftwerke benötigen weniger hohe Entschädigungssummen und haben somit größere Chancen auf einen Zuschlag.

²³³ Bei den Fällen des Art. 107 Abs. 3 AEUV steht der KOM ein weites Ermessen zu, siehe J. Kühling, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018 Art. 107 Rn. 121 m. w. N.

(2) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

Mangels des Vorliegens einer Gruppenfreistellung nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)²³⁴ kommt nur eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV (a) sowie Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV in Betracht (b).²³⁵ Die EU-Kommission hat dabei „weitgehende Entscheidungsfreiheit“, wie der EuGH betont.²³⁶

(a) Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV

Nach Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV können Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Hierunter fallen Vorhaben, die nicht hauptsächlich die Wirtschaftsteilnehmer eines Mitgliedstaats begünstigen, sondern vielmehr für die

²³⁴ VO (EU) Nr. 651/2014 der KOM v. 17.6.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV, ABl L 187/1; zgd. Art. 2 VO (EU) 2020/972 v. 2.7.2020, ABl L 215/3. Dazu *J. Kühling*, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018 Art. 107 Rn. 8; zur AGVO i. E. *ders.*, ebd. Art. 109 Rn. 10 ff.

²³⁵ Die KOM geht von der Einschlägigkeit des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV aus, siehe KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 98.

²³⁶ EuGH, C-288/96, ECLI:EU:C:2000:537 Rn. 26 – Deutschland/KOM; C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234 Rn. 83 – Italien/KOM); C-431/14 P, ECLI:EU:C:2014:2418 Rn. 36, 39 – Griechenland/KOM.

gesamte Union vorteilhaft sind.²³⁷ Zwar hat die Kommission diese Ermessensausnahme schon vereinzelt auf Energieeinsparungs-²³⁸ und Umweltschutzmaßnahmen²³⁹ angewandt.²⁴⁰ Auch die Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen von 2008²⁴¹ sahen vor, dass Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse, mit denen vorrangig Umweltschutzziele verfolgt werden, auf die Ausnahmenvorschrift des Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV gestützt werden konnten.²⁴² Jedoch müsste der deutsche Steinkohleausstieg hiernach konkret, vorbildlich und erkennbar zum Unionsinteresse im Bereich des Umweltschutzes beitragen.²⁴³ Über die – mit Art. 12 Abs. 4 ETS-RL im Einklang stehende – Lösungsmöglichkeit nach § 8 Abs. 1 TEHG wird zwar sichergestellt, dass auf europäischer Ebene ein zusätzlicher Klimaschutzeffekt erzielt und die Effizienz des EU-ETS nicht gefährdet werde.²⁴⁴ Die meisten EU-Mitgliedstaaten sind jedoch bereits

²³⁷ EuGH, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768 Rn. 139 f. – Italien/KOM; C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774 Rn. 72 ff. – Unicredito Italiano; EuG, verb. Rs. T-254/00, T-270/00 u. T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537 Rn. 337 – Hotel Cipriani/KOM. Siehe dazu auch C. Nowak, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Art. 107 AEUV Rn. 61.

²³⁸ Entsch. der KOM v. 15.12.1981 über den Erdgasvorzugstarif für die niederländischen Gartenbaubetriebe, ABI 1982 Nr. L 37/29.

²³⁹ Entsch. der KOM v. 3.12.1986, ABI 1987 L 77/47. Die KOM geht davon aus, dass ein Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interesse ist, wenn es Teil eines von den Regierungen verschiedener Mitgliedstaaten unterstützten zwischenstaatlichen europäischen Programms ist oder zu einer zwischen den Mitgliedstaaten abgestimmten Unternehmung gehört, durch die eine gemeinsame Gefahr wie die Umweltverschmutzung bekämpft werden soll. Wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse im Umweltschutz waren früher z. B. die Förderung von Kraftwerken oder anderen Industrieanlagen, die über Abscheide-, Transport- und Speichervorrichtungen für entstehendes CO₂ verfügten. Es reichte jedoch nicht aus, dass die beabsichtigte Investition zur Anwendung neuer Technologien führte, insbes. dann, wenn es sich um einen Markt mit Überkapazitäten handelte. Das konkrete Beihilfevorhaben erfüllte jedoch die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 92 Abs. 3 EWG-Vertrag (heute: Art. 107 Abs. 3 AEUV) nicht. Die Klage auf Aufhebung der Entscheidung der KOM wurde abgewiesen, vgl. dazu insges. EuGH, verbundene Rs. 62 u. 72/87, ECLI:EU:C:1988:132 Rn. 22, 25 – Exécutif régional wallon.

²⁴⁰ W. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022 Art. 107 Rn. 60; G. von Wallenberg/M. Schütte, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), RdEU, 59. EL 2016, Art. 107 AEUV Rn. 161.

²⁴¹ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABI 2008 C 82/1, Rn. 147 ff. (Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen von 2008) ersetzt durch die Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020, ABI 2014 C 200/1 (UEBLL), wiederum ersetzt durch die Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABI C 80/1 (KUEBLL).

²⁴² W. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022 Art. 107 Rn. 60.

²⁴³ Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen von 2008 (→ Fn. 241), Rn. 147.

²⁴⁴ Siehe hierzu m. w. N. M. Ehrmann, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), EnR, Bd. 3, ⁵2022, Teil 2 B. § 8 TEHG Rn. 1 ff.; M. Ludwigs, ebd., Einl. A Rn. 132. Siehe auch bereits → B. III.

kohlekraftfrei oder wollen bis 2030 (nicht erst bis spätestens 2038) aus der Kohleverstromung aussteigen, sodass keine Vorbildwirkung besteht. Überdies werden durch die Ausschreibung nur Kohlekraftwerksbetriebe in Deutschland begünstigt. Auch die Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020 (UEBLL) sowie die Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (KUEBLL) stützen sich ausschließlich auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.²⁴⁵ Eine Prüfung anhand des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV erscheint somit im Ergebnis naheliegender.²⁴⁶

(b) Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV

In den neuen KUEBLL hat die Kommission einige Gruppen von Umweltschutz- und Energiemaßnahmen ermittelt, deren Förderung durch staatliche Beihilfen unter bestimmten Voraussetzungen mit Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV vereinbar sein kann, wozu auch Beihilfen für die Stilllegung von Kohlekraftwerken gehören. Gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV können Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.²⁴⁷ Neben der Erleichterung der Entwicklung einer Wirtschaftstätigkeit werden die Erforderlichkeit und Geeignetheit der staatlichen Maßnahme, ihr Anreizeffekt, die Verhältnismäßigkeit und die Vermeidung übermäßiger Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten geprüft.²⁴⁸ Nimmt man an, dass die Stromnach-

²⁴⁵ Siehe konkret zu Prüfung der Entschädigungszahlungen im Rahmen der Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung KOM, Beschl. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 99. Siehe UEBLL (→ Fn. 241), Rn. 32 ff.; KUEBLL, (→ Fn. 241), Rn. 20 ff.

²⁴⁶ A. A. J. Senders, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, VerfBlog, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entschaedigung/>. Jedoch fehlt es an einer Begründung, warum Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV einschlägig sein soll.

²⁴⁷ Siehe konkret zu Prüfung der Entschädigungszahlungen im Rahmen der Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 99. So auch nun die KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 20 ff.

²⁴⁸ Vgl. W. Cremer, in: C. Callies/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022 Art. 107 Rn. 62.

frage konstant bleibt oder sogar steigt, wird der Kohleausstieg zu einer Erzeugungslücke führen.²⁴⁹ Dies setzt Anreize für andere Energieunternehmen zur Expansion, sodass die Maßnahme eine Erleichterung für die Entwicklung des Wirtschaftszweigs der Stromerzeugung in anderen Anlagen darstellt.²⁵⁰ Hinzu kommt, dass gleichzeitig eine Löschung von Zertifikaten aus dem EU-ETS erfolgt, wodurch die Effizienz des Emissionshandels nicht gefährdet wird.²⁵¹ Die Umstellung der nationalen Energieversorgung verfolgt vor allem das Ziel des Klimaschutzes durch Reduktion von Treibhausgasemissionen. Hierbei handelt es sich um ein Ziel von öffentlichem Interesse (vgl. Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c, Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV sowie Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV, Art. 11, 191 Abs. 1 Spstr. 4 AEUV, Art. 37 GRCh i. V. m. Pariser Klimaabkommen), zu dessen Erreichung die Beihilfen auch geeignet sind.²⁵² Die Erforderlichkeit der Maßnahme entfällt nicht schon deshalb, weil es bereits das EU-ETS gibt, welches auch die Kohleverstromung betrifft. Das EU-ETS kann zwar unionsweite, jedoch keine spezifischen nationale Emissionsminderungsziele erreichen.²⁵³ Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Festsetzung bestimmter nationaler Emissionsminderungsziele, ist dies von seiner Einschätzungsprärogative umfasst.²⁵⁴ Ein Rückgriff auf das EU-ETS setzt gerade keinen Stilllegungspfad fest, wodurch Nachteile für die Versorgungssicherheit und die Beschäftigten in der Branche entstehen können.²⁵⁵ Das EU-ETS ist somit kein milderer und gleich effektives Mittel. Die von Deutschland vorgenommene Bewer-

²⁴⁹ Selbst das konservativste Szenario sieht bis 2050 einen Anstieg der Stromnachfrage: *dena*, Leitstudie Integrierte Energiewende – Impulse für die Gestaltung des Energiesystems bis 2050, 2018, S. 194 ff. abrufbar unter: https://www.dena.de/fileadmin/dena/Dokumente/Pdf/9261_dena-Leitstudie_Integrierte_Energiewende_lang.pdf.

²⁵⁰ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 101.

²⁵¹ Siehe dazu → B. III. Dies geht bereits weit über die Beihilfemaßnahme (Überführung von acht Braunkohleanlagen in die Kaltreserve und ihre anschließende Stilllegung) hinaus, die im Jahr 2016 von der KOM genehmigt wurde, die Möglichkeit zur Löschung von Zertifikaten nach Art. 12 Abs. 4 ETS-RL gab es damals noch nicht, siehe dazu KOM, Entsch. v. 27.5.2016 – SA.42536. Zum Beihilfenverbot und Emissionshandel auch *W. Frenz*, DVBl 2020, 849 (850).

²⁵² So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (310).

²⁵³ Siehe dazu auch *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (41) in Bezug auf die Erforderlichkeit der im Rahmen der Eigentumsprüfung.

²⁵⁴ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (310).

²⁵⁵ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 10.

tung sieht es als unwahrscheinlich an, dass die stillgelegte Erzeugungskapazität unter normalen Marktbedingungen in dem gleichen Zeitraum aus dem Markt ausgeschieden wäre.²⁵⁶ Grundsätzlich dürfen die Entschädigungszahlungen – wie bereits dargestellt – nicht über das hinausgehen, was für eine Kompensation der mit der Stilllegung der Betriebe verbundenen Grundrechtseingriffe notwendig ist, wobei ein Ausschreibungsverfahren generell geeignet sein dürfte, eine Überkompensation zu verhindern.²⁵⁷ Allerdings verhindert ein solcher Mechanismus nur in Fällen, in denen auch tatsächlich eine Entschädigung vorzusehen wäre, eine Überkompensation. Beim deutschen Steinkohleausstieg scheint in vielen Fällen eine kompensationslose Entschädigung denkbar,²⁵⁸ sodass nur für einzelne Anlagen, die trotz der Übergangs- und Sonderregelungen einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung ausgesetzt wären, eine Entschädigungsregelung vorzusehen wäre. Fraglos ist dies mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden. Der Gesetzgeber hat auch diesbezüglich eine Einschätzungsprärogative. Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Ausgleichszahlungen ist sodann eine Abwägung zwischen der mit ihnen verbundenen Anreizwirkung und den Wettbewerbsverzerrungen bzw. Handelsbeeinträchtigungen vorzunehmen.²⁵⁹ Die Ausschreibungen stellen ein marktbasierendes System dar und begrenzen Wettbewerbsverzerrungen.²⁶⁰ Hinzu kommt, dass die Erzeugung von Strom mit anderen Technologien (durch freiwerdende Stromerzeugungskapazitäten) gefördert wird, was sich positiv auf die Umwelt auswirkt²⁶¹ und im Ergebnis trotz der Bedenken bzgl. der Erforderlichkeit im Ergebnis angemessen ist.

²⁵⁶ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 110 ff. Siehe dazu auch BT-Drs. 19/17342, S. 85 f. Siehe dazu auch *W. Frenz*, HEuR, Bd. 3, 2021, § 1 Rn. 7.

²⁵⁷ *O. Däuper*, EnWZ 2019, 153 (158 f.); *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (310). KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 130 m. Verw. auf andere Bereiche der Energiepolitik, in denen Ausschreibungen gängige Praxis sind, um einen Marktpreis zu bestimmen und sicherzustellen, dass die Kompensation auf ein Minimum beschränkt bleibt. Dazu auch überblicksartig *M. Schmidt-Preuß*, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hg.), HVwR I, 2021, § 26 Rn. 39 ff. Siehe nun auch die KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 43 ff.

²⁵⁸ Siehe dazu bereits o. → C. III. 2. a) aa) (1).

²⁵⁹ *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (310).

²⁶⁰ Siehe dazu auch *W. Frenz*, DVBl 2020, 849 f. sowie nun auch die KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 47 ff.

²⁶¹ KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181, Rn. 147 ff.

(c) Ergebnis: Ausschreibungssystem mit dem Binnenmarkt vereinbar

Insgesamt werden übermäßige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten vermieden.²⁶² Hinzu kommt, dass der Ausschreibungsmechanismus grundsätzlich geeignet ist, eine Überkompensation zu verhindern. Das Ausschreibungssystem des Steinkohleausstiegs ist somit mit den beihilferechtlichen Vorgaben und dem europäischen Binnenmarkt vereinbar.²⁶³ Die Europäische Kommission hat die diesbezügliche beihilferechtliche Genehmigung bereits erteilt.²⁶⁴

(3) Keine Änderungen durch das Ersatzkraftwerkebereithaltungsgesetz zur Gasreduktion im Stromsektor

Soweit ein Weiterbetrieb von Anlagen, für die nach § 51 Abs. 1 und 2 Nr. 1 lit. c und d KVBG in den Jahren 2022 und 2023 ein Verbot der Kohleverfeuerung wirksam wird, technisch und rechtlich möglich ist, sind gemäß § 50a Abs. 4 S. 1 EnWG endgültige Stilllegungen bis zum 31. März 2024 verboten. Solche Anlagen werden durch die Betreiber von Übertragungsnetzen ab dem Zeitpunkt, zu dem das Verbot der Kohleverfeuerung wirksam wird, in entsprechender Anwendung von § 13d EnWG zum Zweck der Vorsorge vor einer möglichen Gefährdung der Gasversorgung in der Netzreserve vorgehalten. Da für die endgültige Stilllegung bereits Entschädigungen vereinbart wurden,²⁶⁵ stellt sich nun die Frage, inwiefern dies Auswirkungen auf die beihilferechtliche Beurteilung hat. Die Kommission überprüft nach Art. 108 Abs. 1 AEUV fortlaufend, ob Beihilferegelungen mit dem Binnenmarkt vereinbar sind und nicht missbräuchlich angewendet werden. Sie ordnet ggf. im Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV ihre Umgestaltung oder Aufhebung an.

²⁶² Zur Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel siehe nun auch KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 63 ff.

²⁶³ Im Erg. so auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (309 ff.), der allerdings bereits das Vorliegen einer Beihilfe bezweifelt und nur hilfsweise die Ermessensausnahme des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV prüft.

²⁶⁴ Siehe dazu KOM, Entsch. v. 25.11.2020 – SA.58181.

²⁶⁵ Der Anlagenbetreiber, der einen Zuschlag nach § 21 KVBG erhält, hat gem. § 23 KVBG ab Bestandskraft des Zuschlags einen Anspruch gg. die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die BNetzA, auf Zahlung des Steinkohlezuschlags, wobei dieser fällig wird, wenn das Verbot der Kohleverfeuerung für die jeweilige Steinkohleanlage wirksam wird.

Die in diesem Ausmaß angespannte Lage auf den Energiemärkten war nicht vorhersehbar. Zudem ist der Weiterbetrieb der betroffenen Anlagen bis zum 31. März 2024 befristet. Danach müssen die Anlagen endgültig stillgelegt werden. Erst im Zeitraum von 2027 bis 2038 wird die Stilllegung der Steinkohleanlagen von der BNetzA auf der Grundlage einer Reihung ohne Entschädigung angeordnet, vgl. § 27 Abs. 1 i. V. m. § 35 Abs. 1 KVBG. Eine missbräuchliche Anwendung aufgrund der Änderungen durch das Ersatzkraftwerkebereithaltungsgesetz zur Gasreduktion im Stromsektor ist nicht ersichtlich.

bb) Entschädigungszahlungen für die Stilllegung von Braunkohlekraftwerken

Für die Entschädigungszahlungen des Braunkohleausstiegs (mit Ausnahme der Braunkohle-Kleinanlagen) finden keine Ausschreibungen statt, sodass eine gesonderte beihilferechtliche Betrachtung notwendig ist. Das KVBG legt die Höhe der Entschädigungen im Braunkohlebereich auf insgesamt 4,35 Milliarden Euro fest. Das BMWi hat gemäß § 49 S. 1 KVBG einen öffentlich-rechtlichen Vertrag²⁶⁶ zwischen der Bundesrepublik Deutschland auf der einen Seite sowie den Braunkohle-Großkraftwerksunternehmen – *RWE AG*, *LEAG*, *EnBW AG* und *Saale Energie GmbH* – auf der anderen Seite ausgehandelt,²⁶⁷ um die vorzeitige Stilllegung der Braunkohlekraftwerke zu fördern. Die Entschädigung in Höhe von 4,35 Milliarden Euro soll für entgangene Gewinne, da die Betriebe Strom nicht mehr am Markt verkaufen können sowie für zusätzliche Tagebaufolgekosten, die durch die frühere Stilllegung entstehen, gewährt werden.

²⁶⁶ Zum öffentlich-rechtlichen Vertrag als Handlungsform siehe u. a. *H. Maurer/C. Waldhoff*, AllgVwR, ²⁰2020, § 14 Rn. 1 ff. Zum Kohleausstieg durch Vertrag siehe *U. Di Fabio*, NVwZ 2020, 1324 ff. (eher krit.) und *C. Kreuter-Kirchhof*, Ausschuss-Drs. 19(9)726, S. 1 ff. Die Verhandlungen zwischen dem BMWi und den Anlagenbetreibern wurden bereits vor Inkrafttreten des Kohleausstiegsgesetzes begonnen und weitestgehend abgeschlossen, siehe dazu *U. Büdenbender*, DVBl 2021, 281 (282 m. Fn. 13).

²⁶⁷ Siehe § 49 KVBG.

(1) Vorliegen einer Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV

Zunächst müssen auch die Entschädigungszahlungen für die Stilllegung der Braunkohlekraftwerke eine Beihilfe darstellen. Erneut ist problematisch, ob eine Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt, oder lediglich ein Ausgleich von Schäden erfolgt. Sieht man in der Abschaltung der Kraftwerke und dem Auslaufen der Tagebaue eine entschädigungspflichtige Maßnahme, spricht dies gegen das Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV.²⁶⁸ Als Entschädigungssumme hat die *RWE AG* einen Anspruch auf Zahlung von 2,6 Milliarden Euro für die Braunkohleanlagen im Rheinland und die *LEAG* einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe eines Nominalbetrages von 1,75 Milliarden Euro für die Braunkohleanlagen in der Lausitz. Anders als bei den Steinkohlekraftwerken werden damit beim Braunkohleausstieg Entschädigungen in Form von Pauschalbeträgen gewährt. Eine Abgrenzung zwischen den Tagebaufolge-Mehrkosten und den ohnehin bergrechtlich von den Betreibern zu tragenden Tagebaufolgekosten erfolgt nicht. Während der Ausgleich für echte, infolge der Stilllegung entstehende Mehrkosten bei den Tagebauen keine Beihilfe darstellt, sind Zuschüsse zu den ohnehin bergrechtlich von den Betreibern zu tragenden Tagebaufolgekosten eine Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV.²⁶⁹ Ob dieser Pauschalbetrag über einen Ausgleich für nicht amortisierte Investitionskosten hinausgeht, lässt sich somit nicht abschließend überprüfen, weshalb die Europäische Kommission sowie das Schrifttum zum gegenwärtigen Zeitpunkt von einer Beihilfe ausgehen.²⁷⁰ Eine solche Einordnung würde auch im Einklang mit dem Vorgehen der EU-Kommission bei der atomaren Nachsorge stehen, da sie die diesbezüglichen Hilfen wegen Prognoseun-

²⁶⁸ *W. Frenz*, EnWZ 2021, 51 (52); *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (309).

²⁶⁹ *J. Senders*, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, VerfBlog, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entschaedigung/>.

²⁷⁰ KOM, Bek. v. 2.3.2021, SA.53625, Rn. 114. Aus dem Schrifttum siehe hierzu *O. Däuper*, EnWZ 2019, 153 (158); *C. Franzius*, ER 2021, 3 (6); *W. Frenz*, EnWZ 2021, 51 (52); *ders.*, DVBl 2020, 849 ff.; *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (486 f.), wobei im Schrifttum überwiegend schon aufgrund der vertraglichen Vereinbarung von einer Beihilfe ausgegangen wird.

sicherheiten nicht von der Beihilfekontrolle freigestellt hat, sondern sie nur als legitimierungsfähig ansieht.²⁷¹ Ein Umkehrschluss aus den Grundsätzen der *Altmark Trans*-Entscheidung²⁷² des EuGH sowie die darauf beruhende Entscheidung der Kommission in Sachen *Arfea*²⁷³ sprechen ebenfalls für eine Einordnung als Beihilfe, wobei die Kriterien für den Ausschluss des Begünstigungscharakter für Ausgleichszahlungen an Unternehmen formuliert wurden, denen der Staat gemeinwirtschaftliche Pflichten im Rahmen der Daseinsvorsorge auferlegt hatte. Die Kriterien sind hier allerdings vor dem Hintergrund, dass die Elektrizitätsversorgung wichtiger Bestandteil der Daseinsvorsorge ist, übertragbar.²⁷⁴ Um den Beihilfecharakter auszuschließen, darf der finanzielle Ausgleich insbesondere nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken,²⁷⁵ was bei den vereinbarten Pauschalbeträgen für die *RWE AG* sowie der *LEAG* fraglich ist.

²⁷¹ Siehe dazu *W. Frenz*, EnWZ 2021, 51 (52) sowie KOM, Entsch. v. 16.6.2017 – SA.45296. Indes verlangte das EuG im *Apple*-Urteil gerade, dass die KOM den Nachweis erbringt, dass die Elemente einer Beihilfe vorliegen. Siehe dazu EuG, T-778/16 u. T-892/16, ECLI:EU:T:2020:338 – *Irland, Apple Sales International u. a./KOM*.

²⁷² Nach den *Altmark Trans*-Kriterien müssen vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, um den Begünstigungscharakter auszuschließen. So muss erstens das begünstigte Unternehmen seitens des Mitgliedstaats tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein. Die Parameter zur Berechnung des Ausgleichs müssen zweites zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden. Drittens darf der finanzielle Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken. Viertens ist die Höhe des Ausgleichs auf Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, welches so ausgestattet ist, dass es den an die Dienstleistung gestellten Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung hätte. Vgl. hierzu EuGH, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 Rn. 89 ff. – *Altmark Trans* sowie aus der Lit. m. w. N. *W. Cremer*, in: C. Callies/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 62022, Art. 107 Rn. 20.

²⁷³ KOM, Beschl. (EU) 2016/2084 der KOM v. 10.6.2016 über die Staatliche Beihilfe SA.38132 – Zusätzliche Ausgleichsleistungen für Gemeinwohlverpflichtungen zugunsten von *Arfea*, Rn. 50 ff.

²⁷⁴ Zur Elektrizitätsversorgung als Bestandteil der Daseinsvorsorge siehe bereits o. → C. III. 2. a) aa) (1) (a) m. Fn. 209 m. w. N.; i. Erg. ebenfalls für eine Übertragbarkeit *J. Senders*, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entscheidung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, VerfBlog, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entscheidung/>, der auf den Allgemeinwohlzweck der Stilllegung abstellt.

²⁷⁵ EuGH, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 Rn. 92 – *Altmark Trans*.

(2) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

Geht man von dem Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV aus, gelten die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot. Erneut würde nur eine Ermessensausnahme gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV in Betracht kommen (a).²⁷⁶ Hierbei sind die Besonderheiten der Braunkohleindustrie zu berücksichtigen (b), bevor die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt beurteilt werden kann (c).

(a) Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV

Die Mitgliedstaaten müssen nachweisen, dass eine Entschädigung den voraussichtlich entgangenen Gewinn der Anlage nicht übersteigt.²⁷⁷ Wie der Steinkohleausstieg dient auch der Braunkohleausstieg der Erleichterung der Entwicklung einer Wirtschaftstätigkeit, indem durch die entstehende Erzeugungslücke Anreize für andere Energieunternehmen zur Expansion ihrer Stromerzeugung außerhalb des Kohlesektors gesetzt werden. Die Umstellung der nationalen Energieversorgung verfolgt die Ziele des Klimaschutzes, des Gesundheitsschutzes und der langfristigen Energieversorgungssicherheit. Hierbei handelt es sich um Ziele von öffentlichem Interesse, zu deren Erreichung die Beihilfen auch geeignet sind.²⁷⁸ Im Hinblick auf die Erforderlichkeit obliegt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative, insbesondere lässt die bloße Existenz des EU-ETS nicht die Erforderlichkeit entfallen.²⁷⁹ Maßgeblich ist daher die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) der Entschädigungszahlungen.

²⁷⁶ Auch bei der beihilferechtlichen Prüfung der Entschädigungszahlungen im Rahmen der Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung kam nur eine Ermessensausnahme zur Feststellung der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt in Betracht → C. III. 2. a) aa) (2). A. A. J. Senders, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, *VerfBlog*, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entschaedigung/>, der Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV prüft und dies u. a. damit begründet, dass der ansonsten umfassende Klageverzicht der Betreiber (dazu bereits o. → B. I. 4. a)) rechtlich nicht zu Geltung komme.

²⁷⁷ Siehe dazu KOM, Mitteilung v. 14.1.2020 „Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa – Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal – KOM(2020) 21 endg., Ziff. 4.3.4 sowie *W. Frenz*, EWS 2021, Heft 2, Die erste Seite.

²⁷⁸ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (310) in Bezug auf den Klimaschutz sowie *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 101.

²⁷⁹ Siehe dazu o. → C. III. 2. a) aa) (2) (a).

(b) Besonderheiten der Braunkohleindustrie

Im Unterschied zum Steinkohleausstieg setzt der Braunkohleausstieg nicht auf das Instrument der Ausschreibung, um eine Überkompensation zu verhindern. Die Gewährung der Entschädigungen in Form von Pauschalbeträgen führt somit dazu, dass es an im Vorhinein festgelegten und transparenten Kriterien zur Ermittlung der Ausgleichszahlung und zur Vermeidung einer Überkompensation fehlt.²⁸⁰ Gründe für die ungleiche Instrumentenwahl sind vor allem strukturelle Unterschiede hinsichtlich der verursachten Emissionen, der Zahl der betroffenen Unternehmen, der Verzahnung von Braunkohlekraftwerken mit dem Tagebaubetrieb und der damit verbundenen Anzahl der betroffenen Beschäftigten.²⁸¹ So verursacht die Verstromung von Braunkohle mehr Emissionen als die Steinkohleverstromung.²⁸² Insgesamt gibt es nur vier Braunkohle-Großkraftwerksunternehmen.²⁸³ Während Steinkohle inzwischen importiert wird,²⁸⁴ sind Braunkohleanlagen mit den Tagebauen verbunden. Dennoch dürfen die Entschädigungszahlungen nicht über das hinausgehen, was für eine Kompensation der mit der Stilllegung verbundenen Grundrechtseingriffe notwendig ist.²⁸⁵ Auch die Tagebaufolgekosten sind keine auf dem Kohleausstieg beruhenden Kosten, sondern wurden von den Braunkohleunternehmen selbst verursacht und dürfen daher nicht mit in die Berechnung der Entschädigungshöhe einfließen.²⁸⁶ Unsicherheiten betreffen besonders das für die *LEAG* zugrunde gelegte kontrafaktische Szenario, da die angenommenen Nutzungszeiträume von der Ausweitung der Fördertätigkeit auf Mühlrose und Welzow-Süd Teilabschnitt II

²⁸⁰ Nach den KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 430 müssen die Beihilfen grds. im Rahmen einer transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibung gewährt werden. Diese Anforderung gilt jedoch nicht, sofern der Mitgliedstaat nachweist, dass im Rahmen einer Ausschreibung kein hinreichender Wettbewerb herrschen würde, was z. B. bei einer geringen Teilnehmeranzahl der Fall ist.

²⁸¹ Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 84 und Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 62. Siehe dazu bereits → B. I. 4.

²⁸² Vgl. die Tabelle „Spezifische Kohlendioxidemissionen verschiedener Brennstoffe“ von *Volker Quaschnig*, <https://www.volker-quaschnig.de/datserv/CO2-spez/index.php>.

²⁸³ Siehe dazu schon → Fn. 48.

²⁸⁴ Die Steinkohleförderung in Deutschland ist im Jahr 2018 ausgelaufen.

²⁸⁵ *O. Däuper*, EnWZ 2019, 153 (158); *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (310). Nun auch KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 445.

²⁸⁶ *W. Frenz*, EWS 2021, Heft 2, Die erste Seite. Ebenfalls nun ausdrücklich KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 441, wonach staatliche Beihilfen für außergewöhnliche Kosten ausschließlich zur Deckung der Kosten verwendet werden dürfen, die aus der Einstellung nicht wettbewerbsfähiger Kohletätigkeiten resultieren.

abhängen.²⁸⁷ Bei Erlass des KAG hatte die *LEAG* noch keine bergbaurechtliche Genehmigung für diese beiden Felder erhalten und die endgültige Investitionsentscheidung zur Ausweitung der Fördertätigkeit auf Welzow-Süd Teilabschnitt II noch nicht getroffen.²⁸⁸ So war es denkbar, dass es zur Deckung des Kohlebedarfs ohne das KAG für die *LEAG* nicht erforderlich ist, den Tagebau auf Mühlrose und Welzow-Süd Teilabschnitt II auszuweiten.²⁸⁹ Gleichzeitig würden bei Ausweitung des Tagebaus auf diese beiden Felder – einem Szenario zufolge – zusätzliche Tagebaufolgekosten geltend gemacht werden.²⁹⁰ Während der geplante Teilabschnitt II des Tagebaus Welzow-Süd nicht mehr in Anspruch genommen wird,²⁹¹ ist die Mühlroser Braunkohle laut der *LEAG* für den bedarfsgerechten Weiterbetrieb der Kraftwerke Boxberg und Schwarze Pumpe nötig, da diese teilweise noch bis 2038 in Betrieb bleiben sollen.²⁹² Entstehende zusätzliche Tagebaufolgekosten dürfen nicht in die Berechnung der Entschädigungssumme einfließen.

Da das Durchschnittsalter der Braunkohlekraftwerke allerdings bei ca. 35 Jahren liegt,²⁹³ können viele Kraftwerke – auch bei der Annahme eines Amortisationszeitraums von 40 Jahren²⁹⁴ – ohne größere Rechtsunsicherheit entschädigungslos abgeschaltet werden.²⁹⁵ Es ist daher fraglich, ob die Entschädigung von insgesamt 4,35 Milliarden Euro als das erforderliche Mindestmaß zu betrachten ist. Die Kommission hat insbesondere aufgrund der angesetzten Brennstoff- und CO₂-

²⁸⁷ KOM, Bek. v. 2.3.2021, SA.53625, Rn. 128.

²⁸⁸ KOM, Bek. v. 2.3.2021, SA.53625, Rn. 128.

²⁸⁹ KOM, Bek. v. 2.3.2021, SA.53625, Rn. 139.

²⁹⁰ KOM, Bek. v. 2.3.2021, SA.53625, Rn. 139.

²⁹¹ Siehe *LEAG*, Tagebau: Welzow-Süd, <https://www.leag.de/de/geschaeftsfelder/bergbau/tagebau-welzow-sued/>.

²⁹² Siehe *LEAG*, Umsiedlung von Mühlrose ist rechtskräftig, <https://www.leag.de/de/news/details/umsiedlung-von-muehlrose-ist-rechtskraeftig/>.

²⁹³ Siehe dazu *UBA*, Daten und Fakten zu Braun- und Steinkohlen: Status quo und Perspektiven, 2017, S. 18.

²⁹⁴ Für Kohlekraftwerke werden Amortisationszeiträume zw. 15 und 40 Jahren angeführt: siehe dazu m. w. N. *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 129 f. So geht das UBA beispielsweise von ungefähr 20 Jahren aus. *W. Frenz*, UPR 2020, 209 ff. nimmt für Kohlekraftwerke die für Kernkraftwerke herausgearbeiteten 30 Jahre entsprechend an.

²⁹⁵ Dazu krit. *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (38); *J. Senders*, Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?: Zum Verhältnis von Braunkohleausstieg und Europarecht, VerfBlog, v. 14.6.2021, <https://verfassungsblog.de/kippt-die-kommission-die-braunkohle-entschaedigung/>. Siehe dazu bereits → Fn. 223

Preise sowie hinsichtlich der Berechnungsmethode Zweifel.²⁹⁶ In Deutschland gibt es jedoch nur vier Braunkohleunternehmen, weshalb infrage gestellt werden kann, ob ein wettbewerbliches Verfahren zu einem kosteneffizienteren Ergebnis geführt hätte. Eine Ausschreibung setzt sinnvollerweise eine gewisse Mindestzahl an Teilnehmern voraus.²⁹⁷ Die *Saale Energie GmbH* und die *EnBW AG* erhalten keine Entschädigung, da hier die Stilllegung der Kraftwerke erst nach dem 31. Dezember 2029 erfolgt.²⁹⁸ Trotz Pauschalbetrages lässt sich hieraus zumindest ableiten, dass nur für die Abschaltungen bis einschließlich 2029 Entschädigungszahlungen angedacht sind.²⁹⁹ Im Fall der beihilferechtlichen Genehmigung des öffentlich-rechtlichen Fonds zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung konnten die Kosten trotz anerkannter, sorgfältiger und gründlicher Berechnung der Vorsorgekosten nicht genau prognostiziert werden.³⁰⁰ Die Kommission kann somit zwar Informationen nachfordern, die Höhe der Entschädigungen ist jedoch – wie u. a. auch die jahrelangen Streitigkeiten im Kontext des Atomausstiegs zeigen – sehr schwer zu bestimmen.³⁰¹ Die Höhe des entgangenen Gewinns lässt sich nur durch eine Prognose, unter Einbeziehung der Strompreisentwicklung und der rückläufigen Verstromungsmöglichkeiten fossiler Energieträger, ermitteln.³⁰² Hinzu kommt die geringere Zahl an Braunkohleunternehmen, bei der eine Überkompensation in einem Ausschreibungsverfahren nicht hätte verhindert werden können.

(c) Ergebnis: Beihilfekonformität offen

In Bezug auf den Ausgleich für entgangene Gewinne ist daher davon auszugehen, dass diese als erforderliches Mindestmaß betrachtet werden können. Da der Ausstieg stufenweise mit Übergangsfristen bis 2038 erfolgt und Kohle nach und nach

²⁹⁶ Siehe dazu KOM, Bek. v. 2.3.2021, SA.53625, Rn. 84, 129 ff.

²⁹⁷ Siehe dazu *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (39).

²⁹⁸ Für das von der *RWE AG* betriebene Kraftwerk Niederaußem G bzw. H besteht ein Wahlrecht hinsichtlich der Abschaltung bis zum 31.12.2029. Das andere Kraftwerk wird in die „zeitlich gestreckte Stilllegung“ überführt.

²⁹⁹ Dies entspricht i. Ü. auch dem Vorgehen beim Steinkohleausstieg, auch hier sind nur bis 2026 Ausschreibungen und mithin Entschädigungen vorgesehen. Siehe dazu o. → B. I. 4. b).

³⁰⁰ KOM, Entsch. v. 16.6.2017 – SA.45296.

³⁰¹ Dazu ausf. *B. Kreße*, N&R 2021, 66 ff.

³⁰² Siehe dazu *B. Kreße*, N&R 2021, 66 (68 ff.), der eine Berücksichtigung hypothetischer Entwicklungen jedoch ausschließt.

durch andere Energieträger ersetzt wird, ist nur mit geringen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu rechnen, sodass die verfolgten Ziele des Klimaschutzes, des Gesundheitsschutzes und der langfristigen Energieversorgungssicherheit überwiegen.³⁰³ So sah die Kommission aus Gründen des Klimaschutzes auch die im Jahr 2015 beschlossene Überführung von acht deutschen Braunkohlekraftwerksblöcken in eine Sicherheitsreserve mit anschließender endgültiger Stilllegung gegen die Zahlung einer Vergütung als mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar an.³⁰⁴ Mit ein Grund für die Genehmigung war allerdings, dass die Stilllegung nur 2,5 % der deutschen Stromerzeugungskapazität betraf. Der 2020 beschlossene Braunkohleausstieg umfasst zwar insgesamt deutlich mehr Stromerzeugungskapazitäten, erfolgt aber stufenweise, damit sukzessiv freiwerdende Kapazitäten durch andere (vorzugsweise erneuerbare) Energieträger ersetzt werden können.³⁰⁵ Zudem überarbeitete die Europäische Kommission als Teil des *Green Deals* ihre für die Beihilfeentscheidung maßgeblichen Leitlinien³⁰⁶ so, dass sie „den Ausstieg aus fossilen Brennstoffen, allen voran den umweltschädlichsten, erleichtern“.³⁰⁷ Die überarbeiteten KUEBLL sehen einen Abschnitt zu Stilllegungsbeihilfen vor.³⁰⁸ Im Einklang mit der bisherigen Entscheidungspraxis und dem *Green Deal* hat die Kommission auch die Entschädigung in Höhe von 52,5 Millionen Euro für die Stilllegung des Steinkohlekraftwerks *Hemweg 8* in den Niederlanden im Jahr 2020 beihilferechtlich genehmigt.³⁰⁹ Laut der Europäischen Kommission wird die Maßnahme zur

³⁰³ In diese Richtung auch *C. Kreuter-Kirchhof*, Ausschuss-Drs. 19(9)726, S. 13.

³⁰⁴ KOM, Entsch. v. 27.5.2016 – SA.42536. Siehe dazu auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (486).

³⁰⁵ Wie hier *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (486), wenngleich auf die Beschlüsse der Kohlekommission bezugnehmend.

³⁰⁶ Zur Bedeutung der UEBLL (→ Fn. 241) siehe *M. Ludwigs*, REE 2018, 1 (8 ff.).

³⁰⁷ Vgl. dazu bereits die entsprechende Ankündigung der KOM, Mitteilung v. 11.12.2019 „Der europäische Grüne Deal“ – KOM(2019) 640 endg., S. 22. Eine diesbezügliche (inzwischen erfolgte) Anpassung befürwortete auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (311) unter dem Aspekt der Rechtssicherheit.

³⁰⁸ KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 420 ff.

³⁰⁹ KOM, Entsch. v. 12.5.2020 – SA.54537. Gg. diesen (die Beihilfe genehmigenden) Beschl. haben die Niederlande am 21.7.2020 Nichtigkeitsklage zum EuG erhoben (T-469/20). Sie halten die Maßnahme nicht für eine staatliche Beihilfe, sodass die KOM nicht befugt gewesen wäre, sie nach Art. 107 f. AEUV zu beurteilen. Üblicherweise werden bei neuen Fallkonstellationen Maßnahmen aus Gründen der Rechtssicherheit immer notifiziert.

Verringerung der CO₂-Emissionen beitragen, ohne den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt übermäßig zu verfälschen.³¹⁰ Damit die Kommission von der Konformität der Beihilfe aus Gründen des Klimaschutzes ausgehen kann, muss Deutschland die Unklarheiten hinsichtlich der Berechnungsmethode und den übermittelten Informationen für den Ausgleich für zusätzliche Tagebaufolgekosten beseitigen.³¹¹ Nach den neuen KUEBLL ist die Einstellung der Kohletätigkeiten mehr als drei Jahre nach der Gewährung des Ausgleichs zudem nur dann angemessen und mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn der Mitgliedstaat einen Mechanismus einführt, anhand dessen die Berechnung des Ausgleichs auf der Grundlage der jüngsten Annahmen aktualisiert werden kann.³¹² Im vorliegenden Fall sind für Abschaltungen bis einschließlich 2029 Entschädigungszahlungen angedacht.³¹³ Eine Ausnahme könnte es nach den neuen Leitlinien nur dann geben, wenn ein Korrekturmechanismus zur Aktualisierung der Ausgleichsberechnung geschaffen wird.³¹⁴ Für die Beendigung der Braunkohleverstromung erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass die EU-Kommission zumindest einen solchen Korrekturmechanismus fordern wird.

b) Zuschüsse für stromkostenintensive Unternehmen

Die Strompreise in Deutschland sollen auch nach der Abschaltung der ersten Kohlekraftwerke bezahlbar bleiben.³¹⁵ Die Kohlekommission geht davon aus, dass die Börsenstrompreise zukünftig aufgrund des sinkenden *Caps* des EU-ETS weiter ansteigen werden.³¹⁶ Eine Abschaltung von Kraftwerkskapazitäten und die damit verbundene Löschung von Zertifikaten werden die Preise zusätzlich erhöhen. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, sieht der Gesetzgeber einen Zuschuss zu den Übertragungsnetzentgelten sowie einen angemessenen Ausgleich für zusätzliche Stromkosten vor (aa). Im Kontext des Beihilferechts stellt sich hier insbesondere

³¹⁰ KOM, Entsch. v. 12.5.2020 – SA.54537.

³¹¹ So im Erg. auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (311); *C. Kreuter-Kirchhof*, Ausschuss-Drs. 19(9)726, S. 13.

³¹² KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 433.

³¹³ Dies entspricht i. Ü. auch dem Vorgehen beim Steinkohleausstieg, auch hier sind nur bis 2026 Ausschreibungen und mithin Entschädigungen vorgesehen. Siehe dazu o. → B. I. 4. b).

³¹⁴ KUEBLL (→ Fn. 241), Rn. 433.

³¹⁵ Zu den Strompreisen vgl. Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 27 ff.

³¹⁶ Siehe dazu auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (487).

die Frage, ob es sich bei den Zuschüssen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zum EEG 2012³¹⁷ überhaupt um eine Beihilfe handelt (bb).³¹⁸

aa) Minderung der Übertragungsnetzentgelte und angemessener Ausgleich für zusätzliche Stromkosten

Die Ausgleichsleistungen für steigende Stromkosten richten sich nach § 24a Abs. 2 EnWG (Minderung der Übertragungsnetzentgelte) und nach § 55 Abs. 5 KVBG (angemessener Ausgleich für zusätzliche Stromkosten).³¹⁹ Nach § 55 Abs. 5 KVBG sollen stromkostenintensive Unternehmen, die in einer internationalen Wettbewerbssituation stehen, ab dem Jahr 2023 einen jährlichen, angemessenen Ausgleich für zusätzliche Stromkosten erhalten, um ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit zu schützen. Dazu hat das BMWi im Einvernehmen mit dem BMF und dem BMU eine Förderrichtlinie erlassen,³²⁰ die greift, wenn den stromkostenintensiven Unternehmen durch die im KVBG geregelte Reduzierung und Beendigung der Kohleverstromung höhere Stromkosten angesichts eines Anstiegs des Börsenstrompreises entstehen und diese höheren Stromkosten nicht infolge der Minderung der Übertragungsnetzentgelte nach § 24a Abs. 2 EnWG ausgeglichen werden. In einer Förderrichtlinie des BMWi wird geregelt, dass der Ausgleich nach § 55 Abs. 5 S. 1 KVBG der Höhe nach vom BMWi (nun: BMWK) ermittelt wird, wobei die Kriterien für die Ermittlung im Einzelnen festzulegen sind und der Anspruch nur in der Höhe entsteht, in der den stromkostenintensiven Unternehmen unter Zugrundelegung des Anstiegs des Börsenstrompreises zusätzliche Stromkosten nachgewiesen werden. Dabei sind auch die Auswirkungen steigender Anteile von Strom aus erneuerbaren Energien zu berücksichtigen. In der Förderrichtlinie sind darüber hinaus insbesondere die Antragsvoraussetzungen, das Verfahren zur

³¹⁷ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – KOM/Deutschland.

³¹⁸ Siehe zur Breitenwirkung der Entsch. zum EEG 2012 auch *M. Ludwigs*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 85 (94 f.).

³¹⁹ Siehe hierzu auch im Überblick auch *M. Ludwigs*, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), EnR, Bd. 3, 52022, Einl. A Rn. 63.

³²⁰ Nun BMWK und BMUV, siehe hierzu *Bundesrepublik Deutschland – Der Bundeskanzler, Organisationserlas* gem. § 9 GOBReg v. 8.12.2021, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990040/df69951d83f08c0b7b04cb40210e1221/2021-12-08-organisationserlass-data.pdf>.

Ermittlung der Höhe des Ausgleichsbetrags je Megawattstunde verbrauchten Stroms, der Zeitpunkt der Auszahlung und die zuständige Bewilligungsbehörde geregelt.

bb) Vorliegen einer Beihilfe

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob die Ausgleichszahlungen für steigende Stromkosten eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen. Zunächst muss es sich um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung an ein Unternehmen handeln. In seiner Rechtsprechung zum EEG 2012 hat der EuGH das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit eingegrenzt und hinsichtlich der EEG-Umlage verneint,³²¹ worin durchaus eine Weichenstellung für die Zuschüsse zu den Übertragungsnetzentgelten zu sehen ist.³²² Die bloße Zurechenbarkeit der Mittel zum Staat, die von staatlich errichteten oder benannten Einrichtungen vergeben werden, genüge nicht. Die Begünstigung müsse vielmehr unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden, damit von einer Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV auszugehen ist. Es muss damit ein Zusammenhang zwischen dem in Rede stehenden Vorteil und einer – zumindest potenziellen – Verringerung eines Postens des Staatshaushalts bestehen.³²³ Die EEG-Umlage des EEG 2012 war allerdings von den Versorgungsunternehmen an die ÜNB zu zahlen (und wurde in der Praxis auf die Endverbraucher:innen abgewälzt),³²⁴ sodass der Staat

³²¹ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 Rn. 72 ff. – KOM/Deutschland. Für eine krit. Würdigung des Urteils siehe z. B. *M. Ludwigs*, NVwZ 2019, 909 (910 f.).

³²² Siehe dazu *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (488); hierzu eingehend auch *M. Ludwigs*, REE 2018, 1 (3 ff.).

³²³ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 Rn. 84 – KOM/Deutschland.

³²⁴ Zum Hintergrund des Urteils zum EEG 2012 u. a.: *A. Böhringer*, EurUP 2020, 360 (361 f.); *C. Johann/S. Lünenbürger/L. Manthey*, EuZW 2019, 647 ff.; *M. Ludwigs*, NVwZ 2019, 909 ff., *ders.*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 85 (86 ff.); *C. Maiworm*, IR 2019, 155 f.; *U. Soltész*, EuZW 2020, 5 (6); *S. Stöbener de Mora*, NVwZ 2019, 626 (633). Die KOM stellte im November 2014 fest, dass das EEG 2012 eine staatliche Beihilfe darstellt und genehmigte diese aus Gründen des Klimaschutzes. Auch die Reduzierung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen sah sie als staatliche Beihilfe an. Diese überstieg 2013 und 2014 die Grenzen der – rückwirkend angewendeten – UEBLL (→ Fn. 241), weshalb sie eine teilweise Rückforderung anordnete (Beschl. (EU) 2015/1585 der KOM v. 25.11.2014 über die Beihilferegulierung SA.33995). Daraufhin wurden durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle „Teilrückzahlungsbescheide“ i. H. v. ca. 30 Millionen Euro erlassen. Deutschland klagte zunächst erfolglos gg. die Entsch. der KOM (EuG, T-47/15, ECLI:EU:T:2016:281 – Deutschland/KOM). Dem Rechtsmittel wurde dann allerdings durch

weder eine Verfügungsgewalt über die mit der Umlage erwirtschafteten Gelder hatte noch eine Kontrolle über die mit der Verwaltung dieser Gelder betrauten ÜNB ausübte.³²⁵ Staatliche Stellen kontrollieren nur den ordnungsgemäßen Vollzug.³²⁶ Eine Notifizierungspflicht besteht in diesen Fällen nicht.³²⁷ Auch die Netzentgelte werden von den ÜNB und nicht vom Staat erhoben, weshalb für diese selbst keine Notifizierung notwendig ist.³²⁸ Anders liegt der Fall jedoch bei der Minderung der Übertragungsnetzentgelte nach § 24a Abs. 2 EnWG und dem – in § 55 Abs. 5 KVBG normierten – zusätzlichen Ausgleich für Stromkosten an hiervon nicht (ausreichend) profitierende stromintensive Industriebetriebe, die im internationalen Wettbewerb stehen. Diese Maßnahmen werden jeweils aus dem Bundeshaushalt finanziert. Folglich ist die Staatlichkeit hier zu bejahen.³²⁹ Allerdings kommen der Zuschuss zu den Übertragungsnetzentgelten und der angemessene Ausgleich für zusätzliche Stromkosten allen (gewerblichen) Stromverbraucher:innen unter den gleichen Voraussetzungen zugute. Es fehlt somit an dem Tatbestandsmerkmal der Selektivität. Eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt nicht vor.³³⁰

c) Fördermittel für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit

Ein weiterer Aspekt betrifft die Sicherstellung der Versorgungssicherheit.³³¹ Wenngleich derzeit in Deutschland und unionsweit noch Überkapazitäten bei der Strom-

die 3. Kammer des EuGH ohne mündliche Verhandlung und ohne vorherige Einholung von Schlussanträgen nach Art. 20 Abs. 5 EuGH-Satzung stattgegeben (EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – KOM/Deutschland).

³²⁵ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 Rn. 72 ff. – KOM/Deutschland; *W. Frenz*, EuR 2019, 400 (402 ff.); *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (311); *W. Kahl/K. F. Gärditz*, UmwR, ¹¹2019, § 6 Rn. 49; *F. Montag/A. von Bonin*, NJW 2019, 3758 (3761). Der Gesetzgeber hat sich nun jedoch im Zuge einer grdl. Novellierung des EEG dazu entschlossen, die EEG-Umlage ab 2021 (auch) aus Haushaltsmitteln zu finanzieren.

³²⁶ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 Rn. 80 – KOM/Deutschland; *M. Ludwigs*, NVwZ 2019, 909 (910); *F. Montag/A. von Bonin*, NJW 2019, 3758 (3761).

³²⁷ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (311 f.). In diese Richtung auch *M. Ludwigs*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 85 (95).

³²⁸ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (488).

³²⁹ *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (312).

³³⁰ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (488); *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (312).

³³¹ Vgl. bereits o. → B. IV. 1.

versorgung bestehen, könnten diese national nach Auffassung der Kohlekommission mit dem Abschalten der letzten Kernkraftwerke weitgehend abgebaut sein.³³² Hinzu kommt, dass vermehrt mit Schwankungen bei der Einspeisung von Strom zu rechnen ist, sofern gleichzeitig Wind- und Sonnenenergie zunehmen. Zudem bestehen Schwierigkeiten aufgrund teilweise großer Entfernung zwischen den Standorten von Erzeugungsanlagen und den Verbraucher:innen sowie bzgl. des verzögerten Netzausbaus.³³³ Zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit sollen insbesondere Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen weiterentwickelt (aa), die Übertragungs- und Verteilnetze ausgebaut und modernisiert (bb), der Bau neuer Gasturbinen und Speicher zum Ausbau der Kapazitätsreserve vorangetrieben (cc) und Investitionen in neue Kraftwerkskapazitäten getätigt werden (dd).

aa) Kraft-Wärme-Kopplung

Für hocheffiziente KWK-Anlagen gibt es eine Freistellung in Art. 40 AGVO, die für Neuinstallationen und Modernisierung verwendet werden kann.³³⁴ In der Vergangenheit hatte die Bundesregierung für das KWKG zudem eine Genehmigung für ein Fördervolumen von max. 1,5 Milliarden Euro jährlich eingeholt,³³⁵ obwohl sie mangels Staatlichkeit der Mittel gar nicht von dem Vorliegen einer Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ausging.³³⁶ Die erteilte Genehmigung ist bis 2022 befristet. Genehmigt wurden auch Ermäßigungen der EEG-Umlage für die Versorgung mit hocheffizienten KWK-Anlagen³³⁷ sowie die Ermäßigungen von der KWK-Umlage für energieintensive Unternehmen. Ursprünglich war geplant, die Förderung über das KWKG bis Ende 2025 zu verlängern.³³⁸ Zudem war eine Noti-

³³² Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 38. Siehe dazu auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (488).

³³³ Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 38. Positiver: BReg, BT-Drs. 19/10184, S. 3.

³³⁴ Siehe dazu genauer *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (489).

³³⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a AGVO.

³³⁶ KOM, Entsch. v. 24.10.2016 – SA.42393, Rn. 6.

³³⁷ KOM, Entsch. v. 1.8.2018 – SA.49522.

³³⁸ Vgl. BT-Drs. 19/6155, S. 104 f.

fizierung der Verlängerung bis spätestens 2020 beabsichtigt. Da eine Übertragbarkeit des EuGH-Urteils zum EEG 2012³³⁹ angenommen wird,³⁴⁰ hätte auf eine erneute Notifizierung verzichtet werden können.³⁴¹ Mit der zum 14. August 2020 in Kraft getretenen KWKG-Novellierung sind jedoch wesentliche beihilferechtlich konnotierte Genehmigungsvorbehalte und Regelungen zu Einzelfallbeihilfegenehmigungen erneut aufgenommen worden.³⁴² Eine Notifizierung erfolgte am 23. September 2020. Die Europäische Kommission genehmigte die Förderung für Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung am 3. Juni 2021.³⁴³

bb) Ausbau und Modernisierung der Stromnetze

Ein weiterer wichtiger Baustein zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit betrifft den Stromnetzausbau. Die Hochspannungsnetze haben die Aufgabe, die Energieversorgung sicherzustellen und dabei dem technischen Wandel gerecht zu werden. So müssen Atom- und Kohleausstieg bewältigt werden und gleichzeitig eine weiter wachsende Menge erneuerbarer Energien transportiert werden. Für den Ausbau von Energieinfrastrukturen gibt es eine Freistellung in Art. 48 Abs. 1 AGVO. Dies bedeutet, dass Investitionsbeihilfen für den Bau oder Ausbau von Energieinfrastrukturen i. S. d. Art. 107 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von

³³⁹ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – KOM/Deutschland.

³⁴⁰ Für eine Übertragbarkeit *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (488); *C. Johann/S. Lünenbürger/L. Manthey*, EuZW 2019, 647; *M. Kachel/R. Büchner*, ZUR 2020, 643 (647); *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (311 f.); *M. Ludwigs*, NVwZ 2019, 909 (912 f.); *U. Soltész*, EuZW 2020, 5 (6); etwas zurückhaltender hingegen *P. G. Overkamp/J. Brinkschmidt*, DÖV 2019, 868 (874); *C. Maiworm*, IR 2019, 155 (156).

³⁴¹ Ebenfalls *M. Kachel/U. Jacobshagen*, in: C. Theobald/J. Kühling (Hg.), EnR, § 1 KWKG, 111. EL 2021, Rn. 6 ff.

³⁴² Siehe zu der KWKG-Novelle allg. *M. Kachel/R. Büchner*, ZUR 2020, 643 ff. sowie → B. II.

³⁴³ KOM, Entsch. v. 3.6.2021 – SA.56826. Die Bundesrepublik Deutschland beantragte am 9.7.2021 den Beschl. der KOM für nichtig zu erklären, soweit hierin festgestellt wird, dass die Förderung der Erzeugung von KWK-Strom in neuen, modernisierten und nachgerüsteten hocheffizienten KWK-Anlagen, die Förderung von energieeffizienten Wärme- und Kältenetzen, die Förderung von Wärme- und Kältespeichern, die Förderung der Erzeugung von KWK-Strom in hocheffizienten gasbefeuelten KWK-Bestandsanlagen im Fernwärmesektor und die reduzierte KWKG-Umlage für die Hersteller von Wasserstoff nach dem KWKG 2020 staatliche Beihilfen darstellen (T-409/21).

der Notifizierungspflicht freigestellt sind, sofern die in Art. 48 AGVO und in Kapitel I der AGVO festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.³⁴⁴ Die Beihilfen müssen demnach für Energieinfrastrukturen in Fördergebieten gewährt werden, vgl. Art. 48 Abs. 2 AGVO. Nach Art. 48 Abs. 3 AGVO unterliegt die Energieinfrastruktur uneingeschränkt einer Tarif- und Zugangsregulierung im Einklang mit den Energiebinnenmarktvorschriften. Die Investitionskosten gelten als beihilfefähige Kosten,³⁴⁵ wobei der Beihilfebetrug nicht höher sein darf als die Differenz zwischen den beihilfefähigen Kosten und dem Betriebsgewinn der Investition, der vorab oder über einen Rückforderungsmechanismus von den beihilfefähigen Kosten abgezogen wird.³⁴⁶ Die Anmeldeschwelle liegt gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. x AGVO bei 50 Millionen Euro pro Unternehmen und Investitionsvorhaben. Wird diese Schwelle überschritten, muss eine Notifizierung bei der Kommission erfolgen. Die Genehmigungsfähigkeit richtet sich dann nach Nr. 3.8 der UEBLL. Da der Ausbau und die Modernisierung der Übertragungs- und Verteilnetze ohne staatliche Beihilfen aufgrund von Marktversagen zu einer suboptimalen Versorgung führen würden und so ein Beitrag zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit geleistet wird, wird auch die EU-Kommission eine etwaige diesbezügliche Beihilfe als erforderlich ansehen.³⁴⁷ Der Ausbau intelligenter Stromnetze und Infrastrukturinvestitionen in Fördergebieten sind bei alleiniger Finanzierung durch die Nutzer:innen zu teuer, sodass die Kommission sogar eine Beihilfeintensität von bis zu 100 % erlaubt.³⁴⁸

cc) Ausbau der Kapazitätsreserve

Da der Ausbau der Kapazitätsreserve³⁴⁹ als Vorhaben zur Strom- oder Gasspeicherung gemäß Art. 48 Abs. 6 AGVO nicht von der Freistellung für Investitionsbeihilfen für Energieinfrastrukturen umfasst ist, bedarf eine staatliche Förderung grund-

³⁴⁴ Zu den Voraussetzungen *C. Nowak*, in: U. Immega/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 5, 62022, Art. 48 AGVO Rn. 1 ff.

³⁴⁵ Siehe Art. 48 Abs. 4 VO (EU) Nr. 651/2014.

³⁴⁶ Vgl. Art. 48 Abs. 4 VO (EU) Nr. 651/2014.

³⁴⁷ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (489).

³⁴⁸ Siehe dazu auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (489).

³⁴⁹ Zur Funktion der Kapazitätsreserve siehe § 13e Abs. 1 S. 1 EnWG sowie → Fn. 88.

sätzlich einer Notifizierung bei der EU-Kommission. Mit Blick auf das EuGH-Urteil zum EEG 2012³⁵⁰ ist allerdings auch hier fraglich, ob es sich um den Einsatz staatlicher Mittel handelt. Bei der EEG-Umlage übt der Staat keine Kontrolle über die ÜNB und die von diesen verwalteten Gelder aus und könne nicht über die Verwendung entscheiden,³⁵¹ sodass keine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt. Auch die Finanzierung der Kapazitätsreserven erfolgt zunächst über die ÜNB, die ihnen dadurch entstandene Kosten nach § 13e Abs. 3 und Abs. 4 EnWG über die von den Endverbraucher:innen zu zahlenden Netzentgelte ausgleichen. Mangels Belastung des Staatshaushalts handelt es sich nicht um staatliche Mittel. Eine Notifizierung ist somit entbehrlich.³⁵²

dd) Investitionen in neue Kraftwerkskapazitäten

Die Förderung der Schaffung neuer Kraftwerkskapazitäten ist auf Grundlage der KUEBLL nur dann genehmigungsfähig, wenn sie für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, die KWK, die Aufrechterhaltung einer Kapazitäts- oder Netzreserve oder die CO₂-Abscheidung und Speicherung erforderlich sind.³⁵³ Lässt sich eine Investition nicht unter die genannten Optionen subsumieren, kommt nur – wie bei den Entschädigungszahlungen für die Stilllegung von Kraftwerken – eine Ermessensausnahme nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV³⁵⁴ in Betracht, was allerdings mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden ist. Letztlich wird hier eine Abwägung zwischen den Auswirkungen auf den Binnenmarkt³⁵⁵ und den verfolgten

³⁵⁰ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – KOM/Deutschland.

³⁵¹ EuGH C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 Rn. 75 ff. – KOM/Deutschland.

³⁵² So auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (489).

³⁵³ So bestand bereits das allg. Ziel gem. Nr. 3.2.1.1. der UEbLL (→ Fn. 241) darin, den Umweltschutz in einem Maße zu verbessern, wie es ohne Beihilfen nicht möglich wäre; siehe für einen Überblick die Liste der typischen staatlichen Maßnahmen in Anhang 2 der UEbLL sowie nun auch die KUEbLL (→ Fn. 241), Rn. 12 und vgl. dazu insgesamt die Ausführungen bei *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (490).

³⁵⁴ Dazu bereits o. → C. III. 2. a).

³⁵⁵ Besonderen Wert hat die KOM beispielsweise bei der Beihilfe zugunsten des Kernkraftwerks Hinkley Point C (KOM, Beschl. (EU) 2015/658 v. 8.10.2014 über die vom Vereinigten Königreich geplante staatliche Beihilfe SA.34947) auf den Nachweis gelegt, dass mit der Förderung ein echtes Marktversagen behoben wird, etwa weil die Projektträger aufgrund der beispiellosen Art und Tragweite des Projekts nicht die erforderlichen Finanzmittel beschaffen können, siehe dazu *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (490).

Zielen des Klimaschutzes, des Gesundheitsschutzes und der langfristigen Energieversorgungssicherheit entscheidend sein. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Europäische Kommission schon im Rahmen des *Green Deals* angekündigt hat, in Bezug auf die beihilferechtlichen Genehmigungen insbesondere solche Maßnahmen zu genehmigen, die den Ausstieg aus fossilen Brennstoffen erleichtern. Eine finanzielle Förderung von Kraftwerken die mit fossilen Brennstoffen Strom erzeugen erscheint daher ausgeschlossen.

d) Soziale Abfederung der Auswirkungen des Kohleausstiegs für die Beschäftigten und Auszubildenden

Durch die Abschaltung der Kohlekraftwerke entstehen Nachteile für die Beschäftigten und Auszubildenden in der Branche. Zur Abfederung dieser negativen Auswirkungen sollen u. a. Angebote der (beruflichen) Aus- und Weiterbildung bereitgestellt (aa) und ein finanzieller Ausgleich von Einbußen durch einen früheren Eintritt in den Ruhestand für ältere Beschäftigte gezahlt werden (bb).

aa) Bereitstellung von Angeboten der (beruflichen) Aus- und Weiterbildung

Für die beihilferechtliche Relevanz ist laut der Rechtsprechung des EuGH die Zugehörigkeit der jeweiligen Bildungseinrichtung zum staatlichen Bildungssystem entscheidend.³⁵⁶ Werden die Angebote der Aus- und Weiterbildung im beruflichen Kontext innerhalb des staatlichen Bildungssystems als öffentliche Bildung angeboten, die zudem überwiegend staatlich finanziert wird, ist von einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen.³⁵⁷ Eine Beihilfe liegt dann nicht vor. Anders liegt der Fall bei Einrichtungen, die entweder gar nicht innerhalb des staatlich geregelten Bildungswesens tätig sind oder die überwiegend durch Entgelte der Auszubildenden oder andere nicht-staatliche Mittel finanziert werden. Diese sind als Unternehmen und somit potenziell als Beihilfeempfänger einzuordnen.³⁵⁸ Steht eine mit Beziehung zum Beruf geförderte Person in einem Beschäftigungsverhältnis, ist es

³⁵⁶ EuGH, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495 Rn. 68 – KOM/Deutschland.

³⁵⁷ EuGH, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495 Rn. 68 – KOM/Deutschland; EuG, T-220/13, ECLI:EU:T:2016:484 Rn. 141 ff. – Scuola Elementare Maria Montessori.

³⁵⁸ Siehe dazu auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (493).

denkbar, dass die Europäische Kommission auch von einer mittelbaren Begünstigung für die Arbeitgebenden ausgeht. Eine solche Förderung ist nicht anzunehmen, sofern für die Fachkräftefortbildung ein marktübliches Entgelt gezahlt wird. Eine mittelbare Begünstigung soll dann nicht vorliegen, wenn die Fortzubildenden nicht über ein Beschäftigungsverhältnis an bestimmte Unternehmen gebunden sind, da hier keine bestimmbare Gruppe von Unternehmen ersichtlich ist, denen die Förderung der Fortbildungseinrichtung oder -maßnahme zugutekommt.³⁵⁹

bb) Ausgleich finanzieller Einbußen durch einen früheren Eintritt in den Ruhestand

Arbeitnehmer:innen in den Braunkohleanlagen und -tagebauen sowie den Steinkohleanlagen, die mindestens 58 Jahre alt sind und aus Anlass des Kohleausstiegs bis zum 31. Dezember 2043 ihren Arbeitsplatz verlieren werden, kann nach § 57 Abs. 1 S. 1 KVVG vom Tag nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für längstens fünf Jahre Anpassungsgeld gewährt werden. Dies dient als Überbrückungshilfe bis zum Rentenbeginn. Rentenminderungen, die durch die vorzeitige Inanspruchnahme einer sich an das Anpassungsgeld anschließenden Rente wegen Alters entstehen, können durch die Zahlung entsprechender Beiträge direkt an die gesetzliche Rentenversicherung ausgeglichen werden.³⁶⁰ Die Zahlung des Anpassungsgeldes wird zwar aus dem Bundeshaushalt finanziert, eine beihilferechtliche Relevanz hätte die Maßnahme jedoch nur, sofern dies zu einer Entlastung der bisherigen arbeitgebenden Unternehmen führt.³⁶¹ Eine (bis zum 31. Dezember 2027 befristete) Rechtsgrundlage für eine staatliche Beteiligung an besonderen Sozialleistungen durch Unternehmen, die Steinkohleproduktionseinheiten stilllegen, beinhaltet Art. 4 i. V. m. dem Anhang des Kohlebeschlusses des Rates.³⁶² Entsprechende Beihilfen sind somit mit Unionsrecht vereinbar. Eine vergleichbare Ver-

³⁵⁹ C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (493).

³⁶⁰ Siehe dazu bereits o. → B. I. 6.

³⁶¹ C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (493).

³⁶² Beschl. des Rates v. 10.12.2010 über staatliche Beihilfen zur Erleichterung der Stilllegung nicht wettbewerbsfähiger Steinkohlebergwerke (2010/787/EU), Abl L 336/24. Siehe hierzu auch die Ausführungen von C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (493).

einbarkeitsvorschrift für den Braunkohletagebau existiert allerdings nicht. Die Europäische Kommission könnte die für Steinkohlebergwerke getroffene Regelung analog auf Braunkohlebetriebe anwenden, was angesichts der vergleichbaren strukturellen Herausforderungen naheliegen würde.³⁶³ Es müsste dann insoweit auf das EU-Primärrecht zurückgegriffen werden.³⁶⁴ Hier könnte erneut eine Ermessensausnahme nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV in Betracht kommen. Daneben können nach Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV auch sonstige Arten von Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, die der Rat durch einen Beschluss auf Vorschlag der Kommission bestimmt. Ein entsprechender Beschluss müsste jedoch zunächst gefasst werden.

e) Gelder zur Strukturstärkung der Kohleregionen

Die Auswirkungen des Kohleausstiegs werden vor allem in den betroffenen Regionen spürbar sein, daher sollen diese mit Fördergeldern unterstützt werden. Hierbei geht es um die Errichtung von Straßen- und Schienenverbindungen (aa), die Errichtung einer hochmodernen, gigabitfähigen Breitbandinfrastruktur (bb), die Ansiedlung von Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen (cc) sowie von Behörden. Geplant sind weiterhin die Entwicklung von Gewerbegebieten und die Ansiedlung von Produktionsstätten (dd) sowie die Sicherstellung einer gesundheitlichen Versorgung auf hohem Niveau (ee).³⁶⁵ Die geplante Förderung kann nur ausgezahlt werden, sofern kein Verstoß gegen EU-Beihilferecht vorliegt. Bei den staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Fördergeldern kann eine nähere beihilferechtliche Prüfung unterbleiben, soweit die Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung³⁶⁶ für staatliche Beihilfen erfüllt sind, was insbesondere Fördervolumina von bis zu 200.000 Euro in einem Zeitraum von drei Steuerjahren betrifft. Zudem müssen Begünstigte als Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne anzusehen sein,

³⁶³ C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (493 f.).

³⁶⁴ So auch C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (493 f.).

³⁶⁵ Dazu auch W. Frenz, in: ders. (Hg.), KlimaschutzR-K, ²2022, Einl. J. Rn. 18 ff.

³⁶⁶ VO (EU) Nr. 1407/2013 der KOM v. 18.12.2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen, Abl L 352/1; zgd. VO (EU) 2020/972 der KOM v. 2.7.2020, Abl L 215/3.

zumindest eine Wettbewerbsverfälschung drohen und eine Handelsbeeinträchtigung vorliegen.³⁶⁷ Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne sind natürliche und juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbieten.³⁶⁸ Entscheidend ist die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit.³⁶⁹ Aus dem angesprochenen Maßnahmenkatalog dürfte daher die Ansiedlung von Behörden regelmäßig dem nicht-wirtschaftlichen Bereich zuzuordnen sein, soweit diese keine Aufgaben wahrnehmen, die auch von (privaten) Wettbewerbern mit Gewinnerzielungsabsicht am Markt erbracht werden.³⁷⁰ Auch die staatliche Förderung von Erschließungsmaßnahmen der Gemeinden bzw. ihrer kommunalen Unternehmen, d. h. Entwicklung von Gewerbegebieten, betrifft keine wirtschaftliche Tätigkeit, da es sich vielmehr um eine innerstaatliche Mitelumschichtung handelt.³⁷¹

aa) Errichtung von Straßen- und Schienenverbindungen

Bei der Errichtung von Straßen- und Schienenverbindungen handelt es sich dann um eine wirtschaftliche Tätigkeit, wenn die Infrastruktur auch später für diese Zwecke genutzt wird.³⁷² Hier ist zwischen der Straßen- und Schieneninfrastruktur zu differenzieren: Während Straßen in Deutschland für die Öffentlichkeit grundsätzlich ohne Zahlung einer Maut benutzbar sind,³⁷³ ist dies bei Schienenverbindungen

³⁶⁷ Vgl. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

³⁶⁸ Siehe zu dieser Def. m. w. N. *W. Cremer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 107 Rn. 30. Siehe ferner *C. Nowak*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 3, Art. 107 AEUV Rn. 35.

³⁶⁹ EuGH, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 Rn. 21 – Höfner und Elser; C-159/91 und C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 Rn. 17 – Poucet und Pistre; C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 Rn. 18 – SAT Fluggesellschaft; C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 Rn. 14 – Fédération française des sociétés d'assurance u. a.

³⁷⁰ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492). Dazu auch *W. Frenz*, in: ders. (Hg.), KlimaschutzR-K, ²2022, Einl. J. Rn. 23.

³⁷¹ Dazu KOM, Entsch. v. 27.3.2014 – SA.36346, Rn. 34 f. Etwas anderes würde sich nur ergeben, sofern die Beauftragung von Unternehmen mit der Durchführung der Erschließungsmaßnahmen und die anschließende Vermarktung der erschlossenen Flächen an gewerbliche Nutzer nicht zu marktüblichen Konditionen erfolgen, siehe dazu auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492).

³⁷² EuGH, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821 Rn. 43 f. – Flughafen Leipzig-Halle.

³⁷³ Mautpflichtig sind gem. der Def. in § 1 Abs. 1 S. 2 BFStrMG (Bundesfernstraßenmautgesetz v. 12.7.2011, BGBl I S. 1378; zgd. Art. 2 Zweites G z. Änd. mautrechtlicher Vorschriften hinsichtlich der Einführung des europäischen elektronischen Mautdienstes v. 8.6.2021, BGBl I S. 1603) nur

und Maut-Straßen anders, da hier Entgelte für die Nutzung verlangt werden.³⁷⁴ Neue Infrastruktur, die keinem kommerziellen Betrieb zugeführt werden soll, ist grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Beihilferechts ausgenommen. Bei der mit Nutzungsentgelten belegten Straßen- und Schieneninfrastruktur lehnt die EU-Kommission eine Beihilfequalität mangels schädlicher Auswirkungen auf den Wettbewerb ab, sofern die geförderten Infrastrukturprojekte – wie die Schienennetze – ein natürliches Monopol sind.³⁷⁵ Vorbehaltlich einer Einzelfallprüfung stellt die Förderung von Straßen- und Schienenverbindungen keine unüberwindbare beihilferechtliche Hürde dar.

bb) Hochmoderne, gigabitfähige Breitbandinfrastruktur

Anknüpfend an die Ausführungen zur Errichtung von Infrastruktur mit Bezug auf den Bau von Straßen- und Schienenverbindungen, stuft die Kommission die Errichtung einer hochmodernen, gigabitfähigen Breitbandinfrastruktur grundsätzlich als wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ein.³⁷⁶ Keine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nur dann vor, wenn Websites – wie z. B. bei der Errichtung eines behördeninternen Netzes³⁷⁷ – nicht kommerziell genutzt werden.³⁷⁸ Gebiete, die

Kraftfahrzeuge oder Fahrzeugkombinationen, die für den Güterkraftverkehr bestimmt sind (1. Alt.) oder für den Güterkraftverkehr verwendet werden (2. Alt.) und deren zulässiges Gesamtgewicht – einschl. Anhänger – mindestens 7,5 t beträgt. Ausnahmen von der Mautpflicht gibt es u. a. für Einsätze im Straßenunterhaltungsdienst, im Straßenbetriebsdienst, in der Straßenreinigung und im Winterdienst, beauftragt von der öffentlichen Hand, vgl. § 1 Abs. 2 BFStrMG. Die Mautpflicht gilt in Deutschland auf allen Bundesstraßen und Bundesautobahnen. Zu den Ausnahmen siehe § 1 Abs. 3 BFStrMG.

³⁷⁴ C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (491).

³⁷⁵ Bek. der KOM zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. d. Art. 107 AEUV, ABl 2016 C 262/01, Rn. 211; siehe dazu auch C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (491).

³⁷⁶ Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl 2013 C 25/11 (Breitbandleitlinien); C. Holtmann, in: F. J. Säcker u. a. (Hg.), MüKoBeihilfenR, Bd. 5, 42022, Sektoren: Breitband, Rn. 14. Siehe zur Einordnung in Bezug auf den Kohleausstieg auch C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (491).

³⁷⁷ Vgl. KOM, Entsch. v. 30.5.2007 – SA.22416 sowie SA.21168, Rn. 28 ff.

³⁷⁸ C. Holtmann/S. Stöbener de Mora, EuZW 2019, 485 (491); siehe zur Freistellung nach Art. 52 AGVO auch G. von Wallenberg/M. Schütte, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), RdEU, 59. EL 2016, Art. 107 AEUV Rn. 385 f.

noch nicht über moderne Breitbandinfrastrukturen (sog. NGA-Netze mit Downloadgeschwindigkeiten von mindestens 30 Mbit/s)³⁷⁹ verfügen, sind unter den Voraussetzungen von Art. 52 AGVO ohne Notifizierungspflicht beihilferechtskonform.³⁸⁰ Fördermaßnahmen in Gebieten mit einer bereits bestehenden NGA-Versorgung bedürfen hingegen einer Notifizierung bei der Europäischen Kommission, hier sind die strengen Anforderungen der Breitbandbeihilfeleitlinien für die Bereitstellung „ultraschneller Breitbandnetze“ zu beachten.³⁸¹ Voraussetzung für eine beihilferechtliche Genehmigung sind nach den Leitlinien u. a. eine Verdopplung der Übertragungsgeschwindigkeiten gegenüber dem Bestandsnetz, der Nachweis einer Nachfrage nach entsprechend hohen Übertragungsgeschwindigkeiten in der Region sowie ein Marktversagen hinsichtlich der dafür benötigten Investitionen.³⁸²

cc) Ansiedlung von Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen

Bei der Ansiedlung von Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen kann ebenfalls auf die Rechtsprechung des EuGH zum untrennbaren Zusammenhang zwischen Errichtung und Nutzung der Einrichtung zurückgegriffen werden,³⁸³ sodass die wirtschaftliche bzw. nicht-wirtschaftliche Nutzung der Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen maßgeblich ist.³⁸⁴ Bei einer Nutzung von mindestens 80 % für nicht-wirtschaftliche Projekte, kann die Finanzierung gemäß dem Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation³⁸⁵ vollständig vom Anwendungsbereich des Beihilferechts ausgenommen

³⁷⁹ Zum Begriff siehe Art. 2 Nr. 138 AGVO. Vgl. zum Begriffsverständnis der KOM von Netzen der nächsten Generation (Next Generation Access [NGA] Network). Dazu auch *C. Holtmann*, in: F. J. Säcker u. a. (Hg.), *MüKoBeihilfenR*, Bd. 5, ⁴2022, Sektoren: Breitband Rn. 50 ff.; *G. von Wallenberg/M. Schütte*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), *RdEU*, 59. EL 2016, Art. 107 AEUV Rn. 385.

³⁸⁰ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, *EuZW* 2019, 485 (491).

³⁸¹ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, *EuZW* 2019, 485 (491). Siehe dazu Breitbandleitlinien (→ Fn. 376), Abschn. 3.6; *C. Holtmann*, in: F. J. Säcker u. a. (Hg.), *MüKoBeihilfenR*, Bd. 5, ⁴2022, Sektoren: Breitband Rn. 55 ff.

³⁸² *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, *EuZW* 2019, 485 (491).

³⁸³ Dazu in Bezug auf die Nutzung von Infrastruktur EuGH, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821 Rn. 43 f. – Flughafen Leipzig-Halle.

³⁸⁴ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, *EuZW* 2019, 485 (492). Dazu auch *W. Frenz*, in: ders. (Hg.), *KlimaschutzR-K*, ²2022, Einl. J. Rn. 23: Leistungen an Universitäten sind somit keine Beihilfen.

³⁸⁵ KOM, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl 2014 C 198/1. Siehe dazu auch *W. Frenz*, *EWS* 2019, 265 (266).

sein.³⁸⁶ Nicht-wirtschaftliche Projekte sind insbesondere die unabhängige (d. h. nicht im Auftrag von Unternehmen durchgeführte) Forschung und Entwicklung und die Verbreitung von Forschungsergebnissen durch Lehre, frei zugängliche Datenbanken, allgemein zugängliche Veröffentlichungen oder offene Software.³⁸⁷ Hier bedarf es daher einer Einzelfallprüfung, ob die gewährte Förderung – aufgrund der Einordnung als wirtschaftlicher Forschungsauftrag – den Beihilfetatbestand erfüllt. Beträgt die Förderung nicht mehr als 20 Millionen Euro, kommt eine Freistellung nach Art. 26 AGVO für „Investitionsbeihilfen für Forschungsinfrastrukturen“ in Betracht. Sind dessen Voraussetzungen nicht erfüllt, bedarf es einer Notifizierung der Förderung auf der Grundlage des Unionsrahmens für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation.³⁸⁸

dd) Ansiedlung von Produktionsstätten

Eindeutig dem wirtschaftlichen Bereich zuzuordnen sind hingegen Fördergelder, die für die Ansiedlung von Produktionsstätten gewährt werden, da die Produkte auf dem Markt angeboten werden sollen.³⁸⁹ In der Regel (d. h. soweit keine anderweitigen spezielleren Vereinbarkeitstatbestände einschlägig sind)³⁹⁰ unterliegen Fördergelder zur Ansiedlung von Produktionsstätten den strengen Anforderungen der

³⁸⁶ KOM, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl 2014 C 198/1 Rn. 20; *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492).

³⁸⁷ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492). Einer näheren Abgrenzung bedarf es dann, wenn etwa Unternehmen mit Universitäten zusammenarbeiten, siehe auch *W. Frenz*, in: ders. (Hg.), KlimaschutzR-K, 2022, Einl. J. Rn. 23.

³⁸⁸ *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492).

³⁸⁹ Das Europäische Wettbewerbsrecht stellt auf einen funktionalen Unternehmensbegriff ab, wonach jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung ein Unternehmen darstellt, vgl. *C. Nowak*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 3, Art. 107 AEUV Rn. 35 m. w. N. aus der Rspr.; dazu auch *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492).

³⁹⁰ Hierzu zählen z. B. KOM, Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, ABl 2014 C 188/4.

Regionalbeihilfeleitlinien der Kommission.³⁹¹ Durch diese Leitlinien sollen vor allem in benachteiligten Gebieten Europas³⁹² Investitionen in neue Produktionskapazitäten oder der Ausbau bzw. die Modernisierung bestehender Kapazitäten gefördert werden. Nur wenige Gebiete in den Kohleregionen sind von der Fördergebietskulisse der Regionalbeihilfeleitlinien erfasst, sodass sich hier eine Anpassung anböte.³⁹³ Leitlinien entfalten im Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 3 AEUV ermessenssteuernde Wirkung,³⁹⁴ sofern sie primärrechtskonforme Regeln enthalten, die auf den Inhalt der Ermessensentscheidung hinweisen und denen sich die von der Kommission zu verfolgende Politik entnehmen lässt.³⁹⁵ In jedem Fall gelten die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot. Für etwaige Beihilfen wäre dann eine Ermessensausnahme gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV möglich.

ff) Gesundheitliche Versorgung auf hohem Niveau

Schließlich soll in den Kohleregionen auch eine gesundheitliche Versorgung auf hohem Niveau sichergestellt werden. Krankenhäuser und Gesundheitsdienste, die ihre Arbeit gegen Entgelt anbieten, sind nach der bisherigen Entscheidungspraxis

³⁹¹ Die Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014–2020, ABl 2013 C 209/1. Seit dem 1.1.2022 gelten die Leitlinien für Regionalbeihilfen, ABl 2021 C 153/1. Siehe zum Ganzen *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492) sowie zu den Regionalbeihilfen u. a. *A. Thiele*, in: M. A. Dausen/M. Ludwigs (Hg.), HEUWiR, 44. EL 2018, H. III. Staatliche Beihilfen Rn. 285 ff.

³⁹² Zu den benachteiligten Gebieten gehören Gebiete, in denen der Lebensstandard außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht. Dies sind „Gebiete mit einem BIP von weniger als 75 % des EU-Durchschnitts sowie Gebiete in äußerster Randlage. Darüber hinaus enthalten die Leitlinien Übergangsvorschriften für Gebiete, in denen das Pro-Kopf-BIP inzw. zwar über dem Schwellenwert von 75 % des EU-Durchschnitts liegt, in jüngerer Vergangenheit aber noch darunter lag.“ Vgl. dazu *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492).

³⁹³ Genauer dazu *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (492). Vgl. dazu auch Abschlussbericht KWSB v. Januar 2019, S. 58 f.

³⁹⁴ Zum diesbezüglichen sekundärrechtlichen Kontext exemplarisch *M. Knauff*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR II, 2021, § 41 Rn. 47 ff. Zur grds. Zulässigkeit solcher Leitlinien vgl. etwa EuGH, C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 Rn. 39 – Kotnik u. a.; C-654/17 P, ECLI:EU:C:2019:634 Rn. 81 – BMW/KOM, wonach die KOM bei der Ausübung des ihr durch Art. 107 Abs. 3 AEUV eingeräumten Ermessens Leitlinien erlassen kann, um die Kriterien festzulegen, auf deren Grundlage sie die Vereinbarkeit der von den Mitgliedstaaten geplanten Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt zu beurteilen beabsichtigt.

³⁹⁵ Hierzu auch insges. *C. Nowak*, in: U. Immega/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 5, 62022, XII. Abschn. Regionalbeihilfen Rn. 23.

der Kommission wirtschaftlich tätig.³⁹⁶ Hier sind die Auswirkungen auf den Warenaustausch und den Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten maßgeblich,³⁹⁷ die nur marginal zu sein scheinen, wovon jedenfalls die EU-Kommission ausgeht, wenn die betreffenden Dienste nur die üblichen medizinischen Standardleistungen (vorwiegend) für die örtliche Bevölkerung erbringen und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten durch die staatliche Fördermaßnahme beeinträchtigt oder behindert werden.³⁹⁸ Letzteres bedarf einer Prüfung im Einzelfall. Falls nicht – wie bei allen deutschen Krankenhäusern, die im Krankenhausplan aufgenommen und zur Versorgung der Bevölkerung verpflichtet sind – bereits erfolgt,³⁹⁹ kann sich eine Betrauung der betreffenden medizinischen Einrichtungen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem, wirtschaftlichem Interesse anbieten. So können etwaige Rechtsunsicherheiten vollständig beseitigt werden, da dann staatliche Ausgleichsleistungen bei Einhaltung der übrigen Voraussetzungen des sog. DAWI-Freistellungsbeschlusses⁴⁰⁰ mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt sind.⁴⁰¹

D. Unions- und völkerrechtlicher Investitionsschutz

Die beihilferechtliche Komponente des Kohleausstiegs unterstreicht die Bedeutung des rechtlichen Schutzes privater Investitionen.⁴⁰² Dies betrifft einerseits die bereits getätigten Investitionen im Zusammenhang mit der Kohlekraft und andererseits

³⁹⁶ KOM, Bek. zur staatlichen Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl 2016 C 262/1, Rn. 26 u. Verw. auf EuGH, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 Rn. 53 ff. – Geraets-Smits u. a.

³⁹⁷ Zum Begriff des Handels i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV siehe → Fn. 179.

³⁹⁸ Genauer dazu *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (493).

³⁹⁹ Vgl. *W. Mederer*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hg.), EuUR, ⁷2015, Nach Art. 107 AEUV Rn. 646 f. m. Fn. 775.

⁴⁰⁰ Beschl. der KOM v. 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl 2012 L 7/3. Siehe dazu auch *W. Mederer*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hg.), EuUR, ⁷2015, Nach Art. 107 AEUV Rn. 615–684.

⁴⁰¹ Siehe *C. Holtmann/S. Stöbener de Mora*, EuZW 2019, 485 (493).

⁴⁰² *C. F. Germelmann*, EuR 2020, 375 (380). Zum faktischen Zusammenhang zw. Beihilfeverbot und Grundfreiheiten siehe *W. Frenz*, HEuR, Bd. 3, ²2021, § 1 Rn. 29 ff.

neue Investitionen auf dem Weg hin zur Klimaneutralität. Private Investitionen unterliegen unterschiedlichen Garantien. Sie sind zum einen durch das Binnenrecht der Union (I.) sowie zum anderen völkerrechtlich auf Basis der EMRK sowie von Investitionsschutzverträgen (II.) geschützt.

I. Investitionsschutz im Unionsrecht

Investitionsschutz im Unionsrecht besteht vornehmlich im allgemeinen Binnenmarktrecht, d. h. den Grundfreiheiten (1.). Weiterhin besteht dieser auf grundrechtlicher Ebene durch die Berufs- und Unternehmerfreiheit sowie das Eigentumsrecht der Grundrechtecharta der Union (2.).

1. Grundfreiheiten

Der Binnenmarkt der EU wird in erster Linie durch die Grundfreiheiten getragen, welche auch im Energiebereich dazu dienen, einen freien Wettbewerb zu ermöglichen.⁴⁰³ Diese umfassen den freien Warenverkehr, die Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und den freien Kapital- und Zahlungsverkehr. Sie garantieren die grenzüberschreitende Funktionsfähigkeit der wirtschaftlichen Privatinitiative und Privatautonomie gegen mitgliedstaatliche, aber auch unionale oder private (jedenfalls privatkollektive) Beschränkungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs.⁴⁰⁴ Indem ein Mitgliedstaat der EU beschließt, die Kohleverstromung zu beenden, sind damit gleichzeitig Beeinträchtigungen der EU-ausländischen Kohleunternehmen in Bezug auf die Wahl ihrer Niederlassung sowie Veränderungen für Import und Export von Kohle sowie Strom verbunden. So können Kraftwerksbetreiber, die sich (auch) auf dem deutschen Markt betätigen wollen, dies fortan nicht mehr tun,⁴⁰⁵ sodass die Vereinbarkeit mit

⁴⁰³ Insbes. ist der Energiesektor nicht von der Anwendung der Grundfreiheiten ausgenommen, siehe dazu *D. Winkler/M. Baumgart/T. Ackermann*, *EuEnR*, 2021, Teil I Kap. 3 Rn. 114.

⁴⁰⁴ Grdl. hierzu die Beiträge von *D. Ehlers, A. Epiney, U. Becker, C. Tietje, E. Pache, P. von Wilimowsky* sowie *T. Kingreen*, in: *D. Ehlers* (Hg.), *EuGRGF*, 42014, §§ 7 ff.

⁴⁰⁵ Zum Vorliegen eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit siehe auch *W. Kahl*, *EurUP* 2020, 305 (313).

der Niederlassungsfreiheit in Frage steht (a). Auch eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit scheint nicht ausgeschlossen, da Deutschland Strom- und Braunkohleexporteur und Importeur von Steinkohle ist (b).

a) Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV

Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV schützt die Freiheit sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen. Zielsetzung ist, dass Unternehmen dort in Produktionsfaktoren investieren, wo sie den größtmöglichen Nutzen bringen. Diese Verteilung von Produktion und Handel soll wirtschaftliche Vorteile (sog. komparative Kostenvorteile) erzielen.⁴⁰⁶ Im Folgenden gilt es daher zu prüfen, ob die Beendigung der Kohleverstromung in Deutschland eine auf unbestimmte Zeit gerichtete Tätigkeit im Zielstaat in nicht gerechtfertigter Weise behindert. Hierzu muss zunächst der Schutzbereich eröffnet sein (aa) und ein Eingriff in diesen vorliegen (bb). Sodann schließt sich die Frage der Rechtfertigung an (cc).

aa) Schutzbereich

Hinsichtlich ihres sachlichen Schutzbereichs umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung einer wirtschaftlichen, selbständigen Tätigkeit im Rahmen einer dauerhaften Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, die auf die Teilnahme an dessen Wirtschaftsleben gerichtet ist, somit auch den Betrieb eines Kohlekraftwerks oder Tagebaus.⁴⁰⁷ Für eine Gesellschaft i. S. d. Art. 54 Abs. 2 AEUV bedarf es gerade keines „personalen Substrats“ bzw. „Durchgriffs“ auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen. Die Grundfreiheiten verfolgen keine individualistische Zwecksetzung, sondern erschöpfen sich darin, allen Marktteilnehmenden unabhängig von ihrer Trägerschaft einen ungehinderten Marktzugang zu gewährleisten.⁴⁰⁸ Auch sind gem. Art. 54 Abs. 2 AEUV juristische Personen des

⁴⁰⁶ Siehe dazu *S. Korte*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 49 AEUV Rn. 1; *F. Kainer*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 49 AEUV Rn. 1; *P.-C. Müller Graff*, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 49 AEUV Rn. 1 ff.; *C. Stumpf*, in: M. A. Dausen/M. Ludwigs (Hg.), HEUWiR, 40. EL 2016, E. II. Freie Berufe und Handwerk Rn. 35 f.

⁴⁰⁷ Siehe dazu auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (312).

⁴⁰⁸ Zum Normzweck siehe *F. Kainer*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 49 AEUV Rn. 4 ff.

öffentlichen Rechts eingeschlossen.⁴⁰⁹ Der stets erforderliche grenzüberschreitende Bezug liegt dann vor, wenn ein Kohleunternehmen aus dem EU-Ausland in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung anstrebt. Eine Ausnahme nach Art. 51 AEUV, d. h. eine Tätigkeit, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, liegt hier nicht vor.

bb) Eingriff

Zu klären ist dann, ob der beschriebene Schutzbereich beeinträchtigt ist. Zu differenzieren ist zwischen Diskriminierungen und Beschränkungen.⁴¹⁰ Der EuGH hat den Begriff der Beschränkung in ständiger Rechtsprechung weit definiert und versteht hierunter jede Maßnahme, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unterbindet, behindert oder weniger attraktiv macht.⁴¹¹ Maßgebliches Kriterium für das Vorliegen einer Beschränkung ist, ob die Maßnahme in die Wettbewerbsgleichheit eingreift oder den Marktzugang behindert.⁴¹² Während Eingriffe in die Wettbewerbsgleichheit unter das Diskriminierungsverbot fallen, wirkt die Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot, soweit Maßnahmen lediglich die Freiheit des Marktzugangs betreffen.⁴¹³ Deutsche Kohleunternehmen sind von der Beendigung der Kohleverstromung gleichermaßen betroffen. Eine Diskriminierung EU-ausländischer Unternehmen liegt – mangels Bezugs zur Staatsangehörigkeit – demzufolge nicht vor.⁴¹⁴ Es könnte jedoch eine Beschränkung i. S. d. Art. 49 Abs. 1 AEUV vorliegen, wofür der Marktzugang das entscheidende Kriterium darstellt.⁴¹⁵

⁴⁰⁹ *S. Forsthoff*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), RdEU, 66. EL 2019, Art. 54 AEUV Rn. 5; *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (312); *F. Kainer*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 54 AEUV Rn. 3.

⁴¹⁰ Dazu u. a. *C. Stumpf*, in: M. A. Dausen/M. Ludwigs (Hg.), HEUWiR, 40. EL 2016, E. II. Freie Berufe und Handwerk Rn. 44 ff.

⁴¹¹ Vgl. i. d. S. nur Urteile des EuGH, C-299/02, ECLI:EU:C:2004:620 Rn. 15 – KOM/Niederlande; C-140/03, ECLI:EU:C:2005:242 Rn. 27 – KOM/Griechenland; C-570/07 u. C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 Rn. 53 – Pérez und Gómez.

⁴¹² EuGH, C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 Rn. 68 – KOM/Portugal. Siehe dazu auch *F. Kainer*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 49 AEUV Rn. 45; *P-C. Müller-Graff*, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 49 AEUV Rn. 39.

⁴¹³ *F. Kainer*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 49 AEUV Rn. 45.

⁴¹⁴ *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (313).

⁴¹⁵ *F. Kainer*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 49 AEUV Rn. 45; *S. Korte*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 49 AEUV Rn. 60 ff.

Zukünftig ist es untersagt, dass sich EU-ausländische Kohleunternehmen dem deutschen Markt anschließen, sodass diesbezüglich eine Beschränkung vorliegt.⁴¹⁶ Eine Beschränkung ist nur dann zweifelhaft, sofern sich die EU-ausländischen Unternehmen bereits auf dem deutschen Markt befinden. Das KVBG zwingt diese Unternehmen zum Abschalten ihres Kraftwerks und macht die weitere Ausübung der Niederlassungsfreiheit unmöglich, der Marktzugang ist jedoch nicht betroffen.⁴¹⁷ Legt man Art. 49 i. V. m. Art. 54 AEUV weiter aus, wird man auch eine Beschränkung nach bereits erfolgtem Marktzugang bejahen. Zum gleichen Ergebnis kommt man bei analoger Anwendung der *Keck*-Formel, da es nicht um bloße Verkaufsmodalitäten geht.⁴¹⁸

cc) Rechtfertigung

Der Eingriff dürfte jedenfalls gerechtfertigt sein. Art. 52 Abs. 1 AEUV lässt eine Rechtfertigung einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit in Form von Sonderregeln für Ausländer:innen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit zu. Für den Kohleausstieg kommen eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und der Gesundheit in Betracht. Der EuGH verlangt, dass ein Grundinteresse der Gesellschaft betroffen ist, und fordert eine qualifizierte Gefährdung.⁴¹⁹ Die Bedrohung durch den Klimawandel ist tatsächlich, zeitlich nah und intensiv.⁴²⁰ Es scheint daher durchaus vertretbar, den Klimaschutz als Grundinteresse der Gesellschaft einzuordnen.⁴²¹ Bislang hat der EuGH den Begriff zwar

⁴¹⁶ *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (313).

⁴¹⁷ Zu dieser Ansicht *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (313). I. d. S. auch die neuere EuGH-Judikatur: EuGH C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 Rn. 28 f. – Kornhaas.

⁴¹⁸ EuGH, C-267/91 u. C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 Rn. 16 – Keck und Mithouard.

⁴¹⁹ Vgl. insbes. EuGH, C-355/98, ECLI:EU:C:2000:113 Rn. 28 – KOM/Belgien; C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124 Rn. 17 – Église de scientologie; C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 Rn. 70 – KOM/Italien; siehe dazu aus der Lit. *S. Korte*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 62022, Art. 52 AEUV Rn. 9.

⁴²⁰ Laut dem IPCC gehören zu den projizierten Klimaänderungen die Zunahme der Mitteltemperatur in den meisten Land- und Ozeangebieten, Hitzeextreme, Starkniederschläge, Dürre und Niederschlagsdefizite. Mögliche Folgen sind der Anstieg des Meeresspiegels sowie massenhaftes Artensterben. Siehe dazu *IPCC*, 1,5 °C globale Erwärmung, 2018, S. 11 f. sowie *S. Rahmstorf/H.-J. Schellnhuber*, Der Klimawandel, 92019, S. 53 ff.

⁴²¹ So auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (313), wenngleich er selbst mit der h. M. den Begriff der öffentlichen Ordnung enger auslegt.

eng ausgelegt,⁴²² die projizierten Klimaänderungen bedrohen allerdings mehr und mehr das geordnete menschliche Zusammenleben und müssten konsequenterweise (inzwischen) unter den Schutz der öffentlichen Ordnung fallen. Auch können diese die öffentliche Gesundheit bedrohen. Der Begriff der öffentlichen Gesundheit i. S. d. Art. 52 Abs. 1 AEUV verlangt einen generellen Anknüpfungspunkt, sodass es um die angestrebte Gesundheitslage in Deutschland geht.⁴²³ Neben CO₂ entsteht bei der Verbrennung von Kohle auch Feinstaub, der die Atemwege schädigen, Herz-Kreislauf-Erkrankungen begünstigen sowie Schlaganfälle auslösen kann.⁴²⁴ Jedenfalls dürfte der Umwelt- und Klimaschutz als ungeschriebener, zwingender Grund des Allgemeinwohls, ggf. ergänzend zum Gesundheitsschutz, zählen. Der Umwelt- und Klimaschutz stellt ein hochrangiges Gemeinwohlziel dar. Der Ausstieg aus der Kohleverstromung leistet einen Beitrag zur Senkung der Treibhausgasemissionen und ist somit geeignet, das (vorgenannte) Ziel zu erreichen. Es dürfen zudem keine anderen Alternativen existieren, die weniger einschneidend sind. Für das Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2050 scheint eine Umstellung der Energieversorgung unumgänglich. Künftig ist es lediglich untersagt, dass sich EU-ausländische *Kohle*unternehmen dem deutschen Markt anschließen, für klimafreundliche Energieerzeugungsmethoden erfolgt hingegen keine Beschränkung. Von der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist folglich auszugehen.

⁴²² Nach seiner bisherigen Rspr. stellt der EuGH vielmehr auf den Umweltschutz als zwingender Grund des Allgemeinwohls ab. Vgl. beispielsweise EuGH, C-389/96, ECLI:EU:C:1998:357 Rn. 19 – Aher-Waggon.

⁴²³ S. Korte, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 52 AEUV Rn. 15.

⁴²⁴ Exemplarisch am Bsp. Braunkohle: *Bund für Umwelt und Naturschutz*, Braunkohle und Gesundheit, https://www.bund-nrw.de/fileadmin/nrw/dokumente/braunkohle/2019_08_15_BUND_Hintergrund_Braunkohle_und_Gesundheit.pdf. Eine Studie aus dem Jahr 2020 geht im Weiteren davon aus, dass ein weltweiter Kohleausstieg ca. 1,4 Milliarden Todesfälle verhindern würde: S. Rauner/N. Bauer/A. Dirnaichner/R. Van Dingenen/C. Mutel/G. Luderer, *Nature Climate Change* 2020, 308 ff. Daneben wurde z. B. im Braunkohlekraftwerk Weisweiler eine Belastung des Kühlwassers mit Legionellen (Keime, die sich im Wasser entwickeln und sich aufgrund der Temperaturbedingungen in Kühltürmen von Kraftwerken ideal vermehren können), festgestellt. Wenn das Wasser aus den Türmen versprüht wird, können Legionellen in die Luft gelangen und Menschen infizieren. Es kann zu Ausbrüchen von Lungenentzündungen kommen, siehe dazu das Bsp. Jülich: Land NRW, Neue Erkenntnisse bei der Quellensuche zum Legionellen-Ausbruch in der Stadt Jülich, <https://www.land.nrw/pressemitteilung/neue-erkenntnisse-bei-der-quellensuche-zum-legionellen-ausbruch-der-stadt-juelich>. Siehe hierzu auch F. M. Klein, Der verdattelte Kohleausstieg, *umweltrecht* v. 25.8.2021, <https://www.umweltrecht.blog/der-verdattelte-kohleausstieg/>.

b) Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 ff. AEUV

Eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit scheint ebenfalls nicht ausgeschlossen, da Deutschland Strom- und Braunkohleexporteur und Importeur von Steinkohle ist.⁴²⁵ Bei Prüfung einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit ist zwischen Export- (aa) und Importregelungen (bb) zu differenzieren.

aa) Exportregelungen

Die Eröffnung des Schutzbereichs der Warenverkehrsfreiheit setzt das Vorliegen einer im freien Verkehr befindlichen Ware i. S. d. Art. 28 Abs. 2 AEUV voraus. So ist Braunkohle unstreitig ein (abgrenzbarer) körperlicher Gegenstand, der einen Geldwert hat und Gegenstand von Handelsgeschäften sein kann.⁴²⁶ Die Beendigung der Kohleverstromung ist von der Einstellung der Tagebaubetriebe unabhängig. Das Kohleausstiegsgesetz beschränkt sich auf die Beendigung der Kohleverstromung, während Abbau und Export von Braunkohle weiterhin möglich bleiben. Allerdings ist auch der Strom selbst dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit unterworfen, da der EuGH hier auf das physische Element verzichtet.⁴²⁷ Juristische Personen sind ebenfalls vom Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit umfasst.⁴²⁸ Nach dem Stopp der Kohleverstromung kann kein Strom mehr aus Kohle hergestellt werden. Ein Export von Kohlestrom ist dementsprechend nicht länger möglich. Art. 35 AEUV verbietet mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Unter mengenmäßigen Beschränkungen sind alle nach Menge, Wert oder Zeitraum quantitativ

⁴²⁵ Die Steinkohleförderung ist in Deutschland 2018 ausgelaufen, sodass hier ohnehin kein Export mehr stattfindet. Deutschland war im Jahr 2021 mit insges. 17,4 TWh Netto-Stromexporteur (vgl. *BNetzA*, Der Strommarkt im Jahr 2021, <https://www.smard.de/page/home/topic-article/204968/206664>). Wie viel davon Kohlestrom ist, lässt sich nicht sagen, da Vorprodukte nicht in der Handelsstatistik geführt werden.

⁴²⁶ So die Def. des EuGH, 7/68, Slg. 1968, 642; das Körperlichkeitskriterium ist in EuGH, 1/77, ECLI:EU:C:1977:130 Rn. 4 – Bosch GmbH/Hauptzollamt Hildesheim hinzugekommen.

⁴²⁷ EuGH, C-393/92; ECLI:EU:C:1994:171 Rn. 28 – Almelo; C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 Rn. 68 ff. – PreussenElektra; C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 Rn. 56 ff. – Ålands Vindkraft. *M. Schmidt-Preuß*, in: F. J. Säcker (Hg.), EnR, Bd. 1, 42019, Einl. B Rn. 58.

⁴²⁸ Für die Warenverkehrsfreiheit fehlt zwar eine Art. 54 AEUV entsprechende Regelung, dennoch besteht ein Konvergenzbedürfnis insoweit, dass wirtschaftlich einheitliche Vorgänge nicht künstlich aufgespalten werden sollen. *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 62022, Art. 36 AEUV Rn. 34.

begrenzten Kontingente, bis hin zu einem vollständigen Ausfuhrverbot zu verstehen.⁴²⁹ Während Maßnahmen gleicher Wirkung die Ausfuhr von Waren grundsätzlich zulassen, diese aber erschweren oder verteuern, führen mengenmäßige Beschränkungen zu einer unüberwindbaren Ausfuhrbehinderung. Ein generelles Ausfuhrverbot bzw. eine Kontingentierung des Exports von Strom liegt nicht vor. Der aus Kohle hergestellte Strom befindet sich nach dem Kohleausstieg nicht mehr im freien Verkehr, sodass es sich bei dem Kohleverstromungsverbot selbst um eine Maßnahme gleicher Wirkung nach Art. 35 AEUV handelt. Mangels Legaldefinition obliegt die Deutung, wann eine solche Maßnahme vorliegt, dem EuGH.⁴³⁰ In Anlehnung an die zu Art. 34 AEUV entwickelte *Dassonville*-Formel⁴³¹ galt zunächst auch im Rahmen des Art. 35 AEUV ein weites Beschränkungsverbot.⁴³² In der betreffenden Rechtssache ging es jedoch nicht um eine unterschiedslos anwendbare, sondern um eine diskriminierende Maßnahme. In seiner ersten Entscheidung zu unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen wurde vom EuGH für Art. 35 AEUV ein reines Diskriminierungsverbot etabliert.⁴³³ Nach der dadurch entwickelten *Groenveld*-Formel muss eine nationale Maßnahme, (1) spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und (2) damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, sodass (3) die nationale Produktion oder der interne Markt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt.⁴³⁴ An dieser Rechtsprechung hält der EuGH im Wesentlichen fest und stellt mittlerweile darauf ab, ob die Regelung die Ausfuhr von Waren „stärker betrifft als den Absatz der Waren auf dem inländischen

⁴²⁹ Siehe dazu *U. Haltern/N. J. Janson*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 35 AEUV Rn. 7.

⁴³⁰ *U. Haltern/N. J. Janson*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, 2017, Bd. 2, Art. 35 AEUV Rn. 9.

⁴³¹ EuGH, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 Rn. 5 – *Dassonville*. Unter der *Dassonville*-Formel ist „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten“ zu verstehen, „die geeignet ist den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“. Die *Dassonville*-Formel bezieht sich nur auf *Einfuhr*beschränkungen, siehe dazu auch *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 2022, Art. 36 AEUV Rn. 37.

⁴³² EuGH, 53/76, ECLI:EU:C:1977:17 Rn. 16/17 – *Bouhelier*.

⁴³³ Siehe EuGH, 15/79, ECLI:EU:C:1979:253 – *Groenveld*.

⁴³⁴ EuGH, 15/79, ECLI:EU:C:1979:253 Rn. 7 – *Groenveld*.

Markt“.⁴³⁵ Die entfallende Möglichkeit zum Export von aus Kohle gewonnenem Strom betrifft den Absatz auf dem deutschen Markt gleichermaßen wie die Ausfuhr in andere EU-Mitgliedstaaten. Eine Maßnahme gleicher Wirkung i. S. d. Art. 35 AEUV liegt dementsprechend nicht vor.

bb) Importregelungen

Die Steinkohleförderung in Deutschland ist im Jahr 2018 ausgelaufen, weswegen die Bundesrepublik zurzeit Steinkohle aus dem EU-Ausland importiert. Durch die Ausschreibungen von Stilllegungsprämien für Steinkohlekraftwerke wird auch der Steinkohleimport in Deutschland spätestens 2038 beendet sein.

(1) Schutzbereich

Beim Steinkohleimport aus dem EU-Ausland handelt es sich um die Einfuhr von Waren⁴³⁶ i. S. d. Art. 34 AEUV. Der sachliche Schutzbereich ist somit eröffnet. Ein Steinkohleimportunternehmen aus dem EU-Ausland als juristische Person nimmt auch am persönlichen Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit teil.

(2) Eingriff

Ein Eingriff ist der staatliche Akt, der die Grundfreiheit beseitigt oder beschränkt, dieser liegt also hier in den Regelungen des KVBG zur Stilllegung von Steinkohlekraftwerken durch Ausschreibung.⁴³⁷ Da der Import von Steinkohle nicht untersagt wird, sondern die Einstellung bloße Folge der Abschaltung der Kraftwerke in Deutschland ist, liegt keine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung vor. In Betracht kommt jedoch eine Maßnahme gleicher Wirkung. Hierunter ist „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten“ zu verstehen, „die geeignet ist den innergemeinschaftli-

⁴³⁵ EuGH, C-205/07, ECLI:EU:C:2008:730 Rn. 43 – Gysbrechts. Siehe dazu auch *W. Schroeder*, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 35 AEUV Rn. 4.

⁴³⁶ Steinkohle ist – wie Braunkohle – ein (abgrenzbarer) körperlicher Gegenstand, der einen Geldwert hat und Gegenstand von Handelsgeschäften sein kann. Siehe die Def. des EuGH, 7/68, Slg. 1968, 642; das Körperlichkeitskriterium ist hinzugekommen in EuGH, 1/77, ECLI:EU:C:1977:130 Rn. 4 – Bosch GmbH/Hauptzollamt Hildesheim.

⁴³⁷ Siehe dazu o. → B. I. 4. b).

chen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.⁴³⁸ Die weitreichende Definition ist hier erfüllt. Mit Abschaltung der Kraftwerke wird der Import voraussichtlich auf ein Minimum beschränkt werden. Die Beendigung der Steinkohleverstromung ist daher zumindest geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel mittelbar und potenziell zu behindern und stellt somit eine Maßnahme gleicher Wirkung nach der *Dassonville*-Formel dar. Zu untersuchen ist aber noch, ob nicht die *Keck*-Formel anwendbar ist. Nach dieser vom EuGH entwickelten Formel besteht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV für bloße nicht-diskriminierende Verkaufsmodalitäten.⁴³⁹ Mit der Abschaltung der Kraftwerke wird auch der Marktzugang für ausländische Steinkohleimporteure unmittelbar gesteuert, sodass es sich um eine produktbezogene Regelung handelt. Von einer bloßen Verkaufsmodalität lässt sich hier folglich nicht sprechen. Die Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV ist daher nicht ausgeschlossen.

(3) Rechtfertigung

Sodann ist zu untersuchen, ob der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch geschriebene Rechtfertigungsgründe gemäß Art. 36 S. 1 AEUV legitimiert werden kann. Hiernach steht die Bestimmung des Art. 34 AEUV Einfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, „die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen [...] gerechtfertigt sind“. In Betracht kommen der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung sowie der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen.⁴⁴⁰ Bislang hat der EuGH den Begriff der öffentlichen Ordnung eng ausgelegt, da es sich bei Art. 36 AEUV um eine Ausnahmevorschrift handelt.⁴⁴¹ Eine Berufung darauf komme dann in Betracht, wenn

⁴³⁸ EuGH, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 Rn. 5 – *Dassonville*.

⁴³⁹ EuGH, C-267/91 u. C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 Rn. 15 – *Keck und Mithouard*.

⁴⁴⁰ Das Schutzgut öffentliche Sicherheit kommt hingegen zum Tragen, wenn es um die für die Existenz eines Staates wesentlichen Fragen der inneren oder äußeren Sicherheit geht, insbes. das „Funktionieren seiner Wirtschaft, [...] das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und [...] das Überleben seiner Bevölkerung.“ Dazu z. B. EuGH, 72/83, ECLI:EU:C:1984:256 Rn. 34 – *Campus Oil*.

⁴⁴¹ EuGH, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 Rn. 30 – *Omega*.

„eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.⁴⁴² Die projizierten Klimaänderungen bedrohen mehr und mehr das geordnete menschliche Zusammenleben, sodass es nur als eine Frage der Zeit erscheint, bis diese unter den Schutz der öffentlichen Ordnung zu subsumieren sind. Auch liegt eine Gefährdung der Gesundheit von Menschen vor, da durch die Verbrennung von Kohle gesundheitsschädlicher Feinstaub entsteht.⁴⁴³ In jedem Fall ist Umweltschutz als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund i. S. d. *Cassis de Dijon*-Entscheidung etabliert. Dies gilt selbst bei (materiellen/versteckten) Diskriminierungen.⁴⁴⁴ Wie bereits im Zuge der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit dargestellt, handelt es sich beim Umwelt- und Klimaschutz um ein hochrangiges Gemeinwohlziel. Der Kohleausstieg leistet einen Beitrag zur Senkung der Emissionen und ist somit geeignet, das (vorgenannte) Ziel zu erreichen. Mildere, gleich wirksame Maßnahmen zur Erreichung des Ziels der Treibhausgasneutralität sind nicht ersichtlich. Von der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist folglich auszugehen.

2. Anwendbarkeit der Grundrechtecharta?

Abgerundet wird der unionsrechtliche Investitionsschutz durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh).⁴⁴⁵ Zu den wirtschaftlichen Grundrechten der GRCh gehören die Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) sowie das Eigentumsrecht (Art. 17 GRCh).⁴⁴⁶ Die

⁴⁴² EuGH, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 Rn. 30 – Omega. vgl. dazu *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), *EUV/AEUV*, 2022, Art. 36 EUV Rn. 201.

⁴⁴³ Siehe auch die Argumentation des EuGH, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 Rn. 72 ff. – PreussenElektra.

⁴⁴⁴ EuGH, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 Rn. 72 ff. – PreussenElektra; C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 Rn. 54 u. 76 f. – Ålands Vindkraft. Wobei Einzelheiten – wie z. B. die Geltung auch für formelle/offene Diskriminierungen – hier strittig sind, vgl. m. w. N. *W. Kahl*, *EurUP* 2020, 305 (315). Vgl. zur Rs. *Ålands Vindkraft* auch *M. Schmidt-Preuß*, in: ders./M. Ludwigs (Hg.), *Klausurenkurs Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2016, Fall 10, S. 241 ff.

⁴⁴⁵ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI C 83/389.

⁴⁴⁶ *J. Schwarze/P. Voet van Vormizeele*, in: J. Schwarze/U. Becker/A. Hatje/S. Johann (Hg.), *EU-K*, 2019, Art. 15 GRCh Rn. 1. Zum Konkurrenzverhältnis von Eigentums- und Unternehmerfreiheit *H. D. Jarass*, GRCh, 2021, Art. 17 Rn. 4 (hier i. d. R. Parallelanwendung). Nach der Entsch. *Recht auf Vergessen II* (BVerfGE 152, 216 Rn. 50 ff.) sind die Unionsgrundrechte bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Anwendung von zwingendem Recht der Europäischen Union und der

Grundrechtecharta der Union gilt gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRCh für die Mitgliedstaaten allerdings *ausschließlich* bei Vollzug des Unionsrechts.⁴⁴⁷ Der EuGH hat in der *Åkerberg Fransson*-Judikatur aus dem Jahr 2013 für einen sehr weiten Anwendungsbereich des Unionsrechts plädiert.⁴⁴⁸ Diesen weiten Anwendungsraum hat der EuGH inzwischen etwas zurückgenommen. In der Rs. *Siragusa* fordert er nun einen „hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad [...], der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann.“⁴⁴⁹ Möglicherweise wäre ein ausreichend spezifischer Bezug zwischen Kohleausstieg und EU-Beihilferecht denkbar (a).⁴⁵⁰ Im Anschluss ist ein Blick auf den *STEAG*-Beschluss des BVerfG⁴⁵¹ zu werfen (b), bevor zur Frage der Anwendbarkeit der GRCh Stellung genommen werden kann (c).

a) *Direct link* zwischen Kohleausstieg und EU-Beihilferecht?

Nach Art. 10 KAG stehen wesentliche Teile des Gesetzes unter beihilferechtlichem Vorbehalt, sodass gesetzlich begründete Zahlungsansprüche der Kohleunternehmen erst entstehen, wenn eine beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission vorliegt.⁴⁵² Wenngleich die erfasste Materie durch das Beihilferecht auch unionsrechtlich geprägt wird,⁴⁵³ knüpft die Beihilfekontrolle *ausschließlich* an nationale Bestimmungen an. Das Beihilferecht normiert somit lediglich Bedingungen hinsichtlich der Ausgestaltung. Es stellt allein keinen Rahmen dar, der erkennbar auch unter Beachtung der Unionsgrundrechte konkretisiert werden

Anwendung innerstaatlicher Vorschriften, die zwingendes Unionsrecht umsetzen, grds. unmittelbarer Prüfungsmaßstab des BVerfG (BVerfGE 152, 216 Rn. 32 ff.). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

⁴⁴⁷ EuGH, C-617/10, ECLI:EU:2013:105 Rn. 19 f. – *Åkerberg Fransson*. Siehe auch *A. Hatje*, in: J. Schwarze/U. Becker/A. Hatje/S. Johann (Hg.), EU-K, ⁴2019, Art. 51 GRCh Rn. 15 ff.

⁴⁴⁸ EuGH, C-617/10, ECLI:EU:2013:105 – *Åkerberg Fransson*. Hierzu krit. statt vieler: *T. Kingreen*, EuR 2013, 446 (451 f.); *A. Voßkuhle*, NVwZ-Beilage 2013, 27 (29).

⁴⁴⁹ EuGH, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 24 f. – *Siragusa*. Restriktiver auch EuGH, C-198/13, ECLI:EU:2014:2005 Rn. 32 ff. – *Hernández* und vor kurzer Zeit EuGH, C-609/17 und C-610/17, ECLI:EU:2019:981 Rn. 45 ff. – TSN.

⁴⁵⁰ In diese Richtung *W. Frenz*, in: ders. (Hg.), KlimaschutzR-K, ²2022, Einl. J. Rn. 7 u. 14.

⁴⁵¹ BVerfGK, NVwZ 2020, 1500 ff.

⁴⁵² Zum Kohleausstieg und EU-Beihilferecht bereits o. → C. III.

⁴⁵³ Siehe dazu *W. Frenz*, in: ders. (Hg.), KlimaschutzR-K, ²2022, Einl. J. Rn. 7.

soll.⁴⁵⁴ Dem Kohleausstiegsgesetz liegen zudem keine vereinheitlichenden Regelungen des Unionsrechts zugrunde.⁴⁵⁵ Bei der Beendigung der Kohleverstromung handeln die Mitgliedstaaten – mangels primär- oder sekundärrechtlicher Regelung⁴⁵⁶ – gerade nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁴⁵⁷ Die bloße Existenz einer theoretischen Rechtsetzungskompetenz (hier: Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV)⁴⁵⁸ genügt für die Anwendung der Charta nicht.⁴⁵⁹ Auch zwischen der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten und der Kohleverstromungsbeendigung besteht – wie beim Beihilferecht – kein ausreichend spezifischer Bezug.⁴⁶⁰

b) *STEAG*-Beschluss des BVerfG

Dementsprechend lehnte auch das BVerfG in seiner ersten (Kammer-)Entscheidung zum Kohleausstiegsgesetz die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta ab.⁴⁶¹ Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung der *STEAG GmbH*, die acht Steinkohlekraftwerke in Deutschland betreibt, betraf das Ausschreibungsvolumen und die Höhe des Steinkohlezuschlags nach dem KAG. Der Anwendungsbereich

⁴⁵⁴ Dazu BVerfGE 152, 152 Rn. 44. Siehe dazu statt vieler nur *S. Muckel*, JA 2020, 233 ff.; *M. Sachs*, JuS 2020, 282 ff.; *G. Mäsch*, JuS 2020, 885 ff.

⁴⁵⁵ Siehe dazu auch BVerfGK, NVwZ 2020, 1500 Rn. 17. Verlangt wird eine „unionsrechtliche Fallgestaltung“, dazu BVerfGE 133, 277 (316). Zum Ganzen auch *M. Ludwigs/P. Sikora*, EWS 2016, 121 (125 ff.).

⁴⁵⁶ Siehe dazu o. → C. II.

⁴⁵⁷ Noch im Hinblick auf die Prüfung der EMRK: EuGH, 60 u. 61/84, ECLI:EU:C:1985:329 Rn. 26 – *Cinéthèque*; 12/86, ECLI:EU:C:1987:400 Rn. 28 – *Demirel*; C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 Rn. 42 – *ERT*. Inzw. spricht der EuGH vom „Anwendungsbereich des Unionsrechts“: EuGH, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 Rn. 23 – *Küçükdeveci*. Zur Anwendbarkeit der GRCh siehe auch *M. Honer*, JA 2021, 219 (220 f.). Aus der Lit. *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (315) in Bezug zum deutschen Kohleausstieg sowie *K. F. Gärditz*, RdE 2018, 457 (460), *M. Ludwigs*, NVwZ 2016, 1 (4) und *C. Moench*, in: *M. Ludwigs* (Hg.), *Der Atomausstieg und seine Folgen*, 2016, S. 13 (28 f.) in Bezug zum Atomausstieg. Anders die These von *M. Nettesheim*, der im Kern auf Art. 194 AEUV im Zusammenspiel mit der allg. Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten aus Art. 4 Abs. 3 EUV abstellt (siehe dazu *M. Nettesheim*, *Gesetzgebungsverfahren im europäischen Staatenverbund*, 2014, S. 63 ff.), was jedoch i. Erg. nicht überzeugt. Einer inhaltlichen Aufladung des energiepolitischen Kompetenztitels steht der energiepolitische Souveränitätsvorbehalt entgegen (siehe dazu bereits o. → C. II. 1. b)) sowie *M. Ludwigs*, NVwZ 2016, 1 [4].

⁴⁵⁸ Siehe dazu o. → C. II.

⁴⁵⁹ So ebenfalls *M. Honer*, JA 2021, 219 (221).

⁴⁶⁰ Siehe dazu auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (315).

⁴⁶¹ BVerfGK, NVwZ 2020, 1500 ff.

der GRCh dürfe nach Ansicht der Kammer nicht übermäßig weit gezogen werden.⁴⁶² Ein bloß abstrakter Berührungspunkt zum Unionsrecht ist dabei nicht ausreichend. Die Antragstellerin verweist insbesondere auf Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Anhang 1 der EU-Klimaschutzverordnung 2018/842. Hier ist geregelt, dass Deutschland seine Treibhausgasemissionen in den *Non-ETS-Sektoren* (worunter Kohle gar nicht fällt) bis 2030 um 38 % gegenüber 2005 senken muss.⁴⁶³ Dass diese Regelung „keine näheren Bestimmungen zum Ob und Wie eines Kohleausstiegs“ beinhaltet, ist bereits systemimmanent.⁴⁶⁴ Die unionsrechtliche allgemeine Verpflichtung zur Reduktion der Treibhausgase hat nur einen sehr losen Bezug zu einem nationalen Kohleausstieg. Die GRCh findet in diesem Fall keine Anwendung.

Allenfalls tangieren die Regelungen des EU-ETS die Kohleverstromung, jedoch handelt es sich hier um keinen „gehaltvollen Rahmen“, der einen konkreten Ausstiegspfad der Kohleverstromung festlegt und somit zur Anwendbarkeit der GRCh führen würde.⁴⁶⁵ Ungeachtet der geteilten Zuständigkeit der EU für Energiepolitik bzw. Umwelt(energie)politik haben die Mitgliedstaaten weiterhin die Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs. Beim Erlass eines Unionsrechtsaktes, der einen Kohleausstieg regelt, handelt es sich um eine energierelevante Entscheidung i. S. d. Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit c AEUV, wonach ein besonderes Gesetzgebungsverfahren mit Einstimmigkeitserfordernis durchgeführt werden muss. Die ETS-RL ist daher so auszulegen, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt bleibt, eigene Rechtsinstrumente mit dem Ziel zu erlassen, Kohle dauerhaft aus dem Stromversorgungssystem zu verdrängen, vgl. Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV.⁴⁶⁶

⁴⁶² BVerfGK, NVwZ 2020, 1500 Rn. 21. Siehe dazu auch bereits BVerfGE 152, 216 Rn. 51.

⁴⁶³ Zur Lastenteilungsvereinbarung siehe bereits o. → C. I. 2.

⁴⁶⁴ Im Erg. so auch BVerfGK, NVwZ 2020, 1500 Rn. 22. Übersehen wird allerdings, dass die Union eine Drei-Säulen-Strategie verfolgt und die EU-Klimaschutzverordnung den Kohlektor gar nicht betrifft.

⁴⁶⁵ Dazu BVerfGE 152, 152 Rn. 44.

⁴⁶⁶ Siehe dazu bereits o. → C. II.

c) Ergebnis: Grundrechte des GG alleiniger Prüfungsmaßstab

Im Ergebnis überzeugt es – mit dem BVerfG – festzustellen, dass das KAG zwar der Erreichung der Klimaziele der EU dient, jedoch die Mitgliedstaaten für Regelungen betreffend den Energiebereich über einen weiten Spielraum verfügen. Dieser ist primärrechtlich sogar durch den energiepolitischen Souveränitätsvorbehalt des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV abgesichert. Ein loser Bezug zum Unionsrecht (wie etwa die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten oder des Beihilferechts) reicht für die Anwendbarkeit der GRCh nicht aus.⁴⁶⁷ In einem unionsrechtlich nicht vollständig determinierten Fall – wie vorliegend – sind die Grundrechte des Grundgesetzes zu prüfen, weil die Vermutung gilt, dass dort ein grundrechtliches Schutzniveau des Unionsrechts durch die Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes mitgewährleistet ist.⁴⁶⁸ Für eine Widerlegung sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Die EU-Grundrechte stellen daher keinen eigenen Prüfungsmaßstab dar.

II. Völkerrechtlicher Investitionsschutz

Private Investitionen sind auch außerhalb des Unionsrechts völkerrechtlich zum einen auf Basis der EMRK (1.) sowie zum anderen durch Investitionsschutzverträge – wie den Energiecharta-Vertrag – (2.) geschützt.

1. Vereinbarkeit mit der EMRK

Der deutsche Kohleausstieg müsste somit auch mit der EMRK im Einklang stehen. Hier gilt es zunächst, die Pflicht zur Verabschiedung einer Klimagesetzgebung in den Blick zu nehmen (a), und in einem weiteren Schritt die Vereinbarkeit mit Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK zu prüfen (b).

⁴⁶⁷ Sollte z. B. bei Regelungen mit Bezug zum EU-Beihilferecht die *Recht auf Vergessen I*-Dogmatik dennoch einschlägig sein, wären die Grundrechte des Grundgesetzes und der Grundrechtecharta grundsätzlich parallel anwendbar. Vgl. BVerfGE 152, 152 Rn. 42 ff.

⁴⁶⁸ Dazu BVerfGE 152, 152 Rn. 49 ff. Siehe dazu auch die Anmerkung von J. Gundel, NVwZ 2020, 1504 (1505).

a) Vereinbarkeit mit der Pflicht zur Verabschiedung einer Umweltschutzgesetzgebung

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR müssen Staaten Umweltgesetze erlassen,⁴⁶⁹ um gefährliche Tätigkeiten angemessen zu reglementieren und um Entscheidungsprozesse auf Grundlage von Studien und Untersuchungen zu gewährleisten, die die Bewertung von möglicherweise bestehenden Umwelt- und Gesundheitsrisiken erlauben.⁴⁷⁰ Eine unmittelbare, staatliche Klimaschutzpflicht lässt sich daraus allerdings nicht ableiten.⁴⁷¹ Zwar kann das in Art. 2 EMRK garantierte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als Schutzpflicht grundsätzlich gegen Umweltgefahren in Stellung gebracht werden, jedoch beschränkt sich seine Anwendbarkeit auf unmittelbar drohende Gefahren für das menschliche Leben oder die Gesundheit Einzelner.⁴⁷² Gleiches gilt für den Schutz der Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung, der als Ergänzung zur physischen Schutzkonzeption des Art. 2 aus Art. 8 Abs. 1 EMRK abgeleitet wird.⁴⁷³ Solche geforderten konkreten Auswirkungen der Klimaveränderung auf Einzelne werden zwar vielfach angenommen,⁴⁷⁴ sind vermutlich jedoch kaum dem Beweis zugänglich.⁴⁷⁵ Es erscheint dennoch durchaus denkbar, dass der EGMR (nach einem Rechtsprechungswandel) zu dem Schluss kommt, die positive Verpflichtung zur Verabschiedung von Umwelt-

⁴⁶⁹ Vgl. hierzu den Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK „Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt.“ Neben die Abwehrdimension des Rechts auf Leben tritt somit auch seine Schutzfunktion. Siehe hierzu m. w. N. auch *J. Meyer-Ladewig/B. Huber*, in: *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer* (Hg.), EMRK, ⁴2017, Art. 2 Rn. 7, 14; *I. Schübel-Pfister*, in: *U. Karpenstein/F. C. Mayer*, EMRK, ³2022, Art. 2 Rn. 30 ff.

⁴⁷⁰ Siehe dazu u. a. EGMR, Urt. v. 27.1.2009 – 67021/01 – Tatar gg. Rumänien.

⁴⁷¹ *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 34.

⁴⁷² Aus der Rspr. hierzu z. B. EGMR, Urt. v. 30.11.2004 – 48939/99 Rn. 89 f., 109 f. – Öneriyıldız sowie Urt. v. 28.2.2012 – 17423/05 u. a. – Kolyadenko. Aus der Lit. *C. Brouers*, ZUR 2012, 81 (86); *I. Schübel-Pfister*, in: *U. Karpenstein/F. C. Mayer*, EMRK, ³2022, Art. 2 Rn. 39a; *J. Meyer-Ladewig/B. Huber*, in: *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer* (Hg.), EMRK, ⁴2017, Art. 2 Rn. 14; *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 34; *J. Stubenrauch*, ZUR 2010, 521 ff.

⁴⁷³ *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 34 mit Verw. auf EGMR, Urt. v. 29.6.1999 – 29197/95 – Bernard u. a.; Urt. v. 22.5.2003 – 41666/98 – Kyrtatos; *J. Pätzold*, in: *U. Karpenstein/F. C. Mayer*, EMRK, ³2022, Art. 8 Rn. 80 f.

⁴⁷⁴ Siehe dazu bereits o. → D. I. 1. a) cc). Sowie die Studie von *S. Rauner/N. Bauer/A. Dirnacher/R. Van Dingenen/C. Mutel/G. Luderer*, *Nature Climate Change* 2020, 308 ff.

⁴⁷⁵ *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 34.

schutzgesetzen für die Staaten gleichzeitig mit einer Verpflichtung zu einer angemessenen Klimagesetzgebung zu verknüpfen.⁴⁷⁶ Allerdings wird man mit Blick auf das KAG – selbst wenn man das Bestehen einer Verpflichtung zur Verabschiedung einer wirksamen Klimagesetzgebung annimmt – wohl von der Angemessenheit ausgehen müssen, da die staatlichen Schutzmaßnahmen schrittweise bis 2038 in einem absehbaren Zeitraum wirksam werden.⁴⁷⁷

b) Vereinbarkeit mit Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK

Wenngleich bereits bei der Ausarbeitung des Textes der EMRK Einigkeit darüber bestand, eine Eigentumsgarantie aufzunehmen, war der Inhalt dieser Garantie streitig, weshalb ein eigenes Zusatzprotokoll ausgearbeitet wurde.⁴⁷⁸ Das 1. Zusatzprotokoll (1. ZP) wurde von Deutschland 1957 ratifiziert.⁴⁷⁹ Art. 1 1. ZP umfasst eine allgemeine Eigentumsgarantie (Art. 1 Abs. 1 S. 1 1. ZP), den Schutz vor Eigentumsentziehungen (Art. 1 Abs. 1 S. 2 1. ZP) sowie die grundrechtliche Garantie mit Bezug zur Regelung der Benutzung des Eigentums (Art. 1 Abs. 2 1. ZP). Die verschiedenen Teile stehen in einer wechselseitigen Beziehung zueinander. Der Schutz vor Eigentumsentziehungen gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 1 1. ZP sowie die grundrechtliche Garantie mit Bezug zur Regelung der Benutzung des Eigentums nach Art 1 Abs. 2 1. ZP stellen besondere Fälle von Eingriffen in das Recht auf Eigentum dar und sind deshalb im Lichte der allgemeinen Eigentumsgarantie nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 1. ZP auszulegen.⁴⁸⁰ Im Unterschied zu Art. 14 GG hat Art. 1 1. ZP nicht den Charakter einer Institutsgarantie.⁴⁸¹ Während bei Art. 14 GG die Entschädigungspflicht bei Enteignungen und in Ausnahmefällen auch bei (ausgleichspflichtigen) Inhalts- und Schrankenbestimmungen angeordnet wird, geht die Frage des „Ob“

⁴⁷⁶ K. F. Braig/A. Ehlers-Hofherr, NuR 2020, 589 (592).

⁴⁷⁷ Zu diesem Erfordernis EGMR, Urt. v. 20.5.2010 – 61260/08 – Oluic gg. Kroatien.

⁴⁷⁸ C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, ⁷2021, § 25 Rn. 1; W. Peukert, EuGRZ 1981, 97.

⁴⁷⁹ Gesetz über das Zusatzprotokoll v. 20.3.1952 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 20.12.1956, BGBl II, S. 1880.

⁴⁸⁰ C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, ⁷2021, § 25 Rn. 1.

⁴⁸¹ C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, ⁷2021, § 25 Rn. 22; K. Kaiser, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer, EMRK, ³2022, Art. 1 ZP I Rn. 4.

und der Höhe einer Entschädigung nach der EMRK in der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf.⁴⁸²

aa) Schutzbereich

Vom Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art.1 1.ZP sind alle vermögenswerten Rechte, insbesondere das zivilrechtliche Eigentum einschließlich sämtlicher Nutzungsmöglichkeiten an Sachen, umfasst.⁴⁸³ Nicht vom Schutzbereich umfasst sind hingegen bloße Gewinnaussichten und Erwerbchancen.⁴⁸⁴ Die Anlagenehmigung dürfte zumindest insoweit Eigentumsschutz genießen, als diese jedenfalls eine Investitionsgrundlage darstellt.⁴⁸⁵ Der sachliche Schutzbereich ist damit eröffnet.

bb) Eingriff (Beeinträchtigung)

Ferner ist zu prüfen, ob ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt. Der Kohleausstieg beschränkt zwar nicht das Sacheigentum an den Kohlekraftwerken, begrenzt allerdings deren Nutzung. Es ist daher ein Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie des 1. ZP anzunehmen. Fraglich ist jedoch, welche Art von Eingriff gegeben ist. Hier differenziert die Eigentumsgarantie der EMRK zwischen einer Eigentumsentziehung nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 1. ZP einerseits und bloßen Nutzungsregelungen nach Art. 1 Abs. 2 1. ZP andererseits.⁴⁸⁶

⁴⁸² C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, 72021, § 25 Rn. 2.

⁴⁸³ EuGH, 44/79, ECLI:EU:C:1979:290 Rn. 17 ff. – Hauer/Land Rheinland-Pfalz; K. Kaiser, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer, EMRK, 32022, Art. 1 ZP I Rn. 11 ff.; R. Streinz, in: ders. (Hg.), EUV/AEUV, 32018, Art. 17 GRCh Rn. 15 ff. Siehe dazu auch M. Ludwigs, in: M. Schmidt-Preuß/M. Ludwigs (Hg.), Klausurenkurs Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2016, Fall 4, S. 105 (114 f.).

⁴⁸⁴ K. F. Gärditz, Verankerung des Atomausstiegs im Grundgesetz? Gutachten für die Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe, 2016, S. 81.

C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, 72021, § 25 Rn. 3.

⁴⁸⁵ In Bezug auf den Atomausstieg siehe K. F. Gärditz, Verankerung des Atomausstiegs im Grundgesetz? Gutachten für die Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe, 2016, S. 82; Siehe dazu auch EGMR, NVwZ 2017, 1273 (LS 1) in Bezug auf die Entschädigungszahlung für die Stilllegung eines Steinbruchs wegen Autobahnbau: „Das wirtschaftliche Interesse an der Nutzung des Kalksteinbruchs ist „Eigentum“ iSv Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK (Schutz des Eigentums).“

⁴⁸⁶ C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, 72021, § 25 Rn. 9 ff.

Zwar setzt der Enteignungsbegriff nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 1. ZP ausdrücklich keinen Güterbeschaffungsvorgang voraus, im Rahmen der Eigentumsentziehungen wird allerdings zwischen formellen Enteignungen und *de facto*-Enteignungen unterschieden. Während bei einer formellen Enteignung eine Eigentumsentziehung (und damit ein Güterbeschaffungsvorgang) vorliegt, trifft eine *de facto*-Enteignung Eigentümer:innen faktisch so wie eine formelle Enteignung.⁴⁸⁷ In allen übrigen Fällen, in denen weder das Eigentum entzogen noch in einer Weise regulativ ausgestaltet wird, die im Ergebnis einer Entziehung gleichkommt, handelt es sich um eine bloße Nutzungsregelung.⁴⁸⁸ Die Entziehung des Eigentums ist im Übrigen nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich geregelt ist, im öffentlichen Interesse liegt und vor allem mit einer rechtzeitigen und angemessenen Entschädigung verbunden ist.⁴⁸⁹ Bei der Beendigung der Kohleverstromung liegt keine formelle Enteignung vor, da keine von der Eigentumsgarantie erfasste Position entzogen wird.⁴⁹⁰ Es ist aber möglicherweise eine *de facto*-Enteignung gegeben. Anders als beim Atomausstieg wurden nicht lediglich Vorteile entzogen, die kurz zuvor durch eine gesetzliche Laufzeitverlängerung bewilligt wurden. Die Rechtsprechung stellt bei der Ermittlung der Schwere des Eingriffes darauf ab, ob die verbleibende Rechtsposition noch eine sinnvolle Nutzung der betroffenen Kraftwerke zulässt.⁴⁹¹ Würde die Kohleverstromung sofort beendet werden, läge eine *de facto*-Enteignung vor. Vorliegend wird der Kohleausstieg jedoch bis 2038 gestaffelt.⁴⁹² Ein Anhaltspunkt für die Schwere des Eingriffes könnten die Amortisationszeitpunkte der Kraftwerke sein.⁴⁹³

⁴⁸⁷ C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, ⁷2021, § 25 Rn. 10 ff.; K. Kaiser, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer, EMRK, ³2022, Art. 1 ZP I Rn. 30 ff.; J. Meyer-Ladewig/S. von Raumer, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hg.), EMRK, ⁴2017, Art. 1 ZP I Rn. 25 ff.

⁴⁸⁸ K. Kaiser, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer, EMRK, ³2022, Art. 1 ZP I Rn. 30 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2 1. ZP zur EMRK.

⁴⁹⁰ So auch in Bezug auf den Atomausstieg K. F. Gärditz, Verankerung des Atomausstiegs im Grundgesetz? Gutachten für die Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe, 2016, S. 83.

⁴⁹¹ Dazu EGMR, Urt. v. 18.2.1991 – 12033/86 – Rn. 44 f. – Fredin/Schweden.

⁴⁹² Siehe dazu o. → B. I. 1. u. 2.

⁴⁹³ Für Kohlekraftwerke werden Amortisationszeiträume zw. 15 und 40 Jahren angeführt. Siehe dazu m. w. N. P. G. Overkamp, Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht, 2020, S. 129 f. Das Umweltbundesamt (UBA) geht beispielsweise von ca. 20 Jahren aus, während W. Frenz, UPR 2020, 209 ff. für Kohlekraftwerke die für Kernkraftwerke herausgearbeiteten 30 Jahre entsprechend annimmt.

Wie oben bereits skizziert, plante der Gesetzgeber spätestens seit den 1990er Jahren Kohlekraft zurückzudrängen.⁴⁹⁴ Insofern bestehen Parallelen zur *Fredin*-Entscheidung des EGMR.⁴⁹⁵ Hier hatte der EGMR darauf abgestellt, dass der Betrieb eines Steinbruchs jahrelang seitens des schwedischen Staats immer stärker reguliert und faktisch eingeschränkt worden war, wodurch die Fortführung ohnehin mit erheblichen Unsicherheiten behaftet war.⁴⁹⁶ Mit Blick auf das Durchschnittsalter der Kohlekraftwerke von rund 30–35 Jahren⁴⁹⁷ dürften die meisten Investitionen bereits amortisiert sein. In den meisten Fällen liegen daher nur Nutzungsregelungen i. S. d. Art. 1 Abs. 2 1. ZP vor.

cc) Rechtfertigung

Diese Beschränkung ist, gemessen an den Anforderungen der EMRK, auch verhältnismäßig und damit gerechtfertigt, weil die Amortisation getätigter Investitionen in die Anlagen durch die gestaffelte Laufzeitbeendigung sichergestellt ist. Zwar ist die Kohleverstromung – im Gegensatz zur Kernkraftnutzung – gerade keine Hochrisikotechnologie, dafür jedoch in Bezug auf die unmittelbar ausgestoßenen Emissionen deutlich klimaschädlicher.⁴⁹⁸ Das Klima als Gut der Allgemeinheit wird überproportional in Anspruch genommen.⁴⁹⁹ Die Klimaschädlichkeit der Kohleverstromung ist schon seit längerer Zeit bekannt.⁵⁰⁰ Weitergehende Bestandsinteressen beruhen auf bloßen Gewinnerwartungen, die Art. 1 1. ZP von vornherein nicht schützt und die daher auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht gegen den

⁴⁹⁴ Dazu bereits → C. III. 2. a) aa) (1) (a).

⁴⁹⁵ EGMR, Urt. v. 18.2.1991 – 12033/86 – *Fredin/Schweden*. Siehe zu dieser Parallele auch *B. Kreße*, N&R 2021, 66 (73 f.).

⁴⁹⁶ EGMR, Urt. v. 18.2.1991 – 12033/86 – Rn. 46 – *Fredin/Schweden*.

⁴⁹⁷ Siehe dazu *UBA*, Daten und Fakten zu Braun- und Steinkohlen: Status quo und Perspektiven, 2017, S. 18.

⁴⁹⁸ Siehe auch *C. Franzius*, NVwZ 2018, 1585; *W. Frenz*, UPR 2020, 209 ff. sowie *ders.*, DVBl 2020, 849 (850 f.), der jedoch bei der Kohleverstromung mangels Hochrisikotechnologie zum Erg. kommt, dass eine vorgezogene Beendigung zu Entschädigungen führen muss. Wie hier *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 109 ff.

⁴⁹⁹ *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 111.

⁵⁰⁰ So *P. G. Overkamp*, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 135 f. in seinem Fazit. Ebenfalls *B. Kreße*, N&R 2021, 66 (73 f.).

Kohleausstieg angeführt werden können.⁵⁰¹ Bei Bemessung der Entschädigungshöhe kommt dem eingreifenden Staat nach der Rechtsprechung des EGMR ein sehr weiter Einschätzungsspielraum zu.⁵⁰²

dd) Ergebnis

Nach alledem ist der Kohleausstieg im Einklang mit der EMRK. Es besteht weder ein Widerspruch zu der potenziellen Pflicht zur Verabschiedung einer Klimagesetzgebung, noch verstößt der Kohleausstieg gegen die Eigentumsgarantie des Art. 1 des 1. ZP zur EMRK.

2. Energiecharta-Vertrag

Völkerrechtlicher Investitionsschutz im europäischen Energierecht wird zudem und in erster Linie durch den Energiecharta-Vertrag (Energy Charter Treaty, ECT)⁵⁰³ von 1994 geleistet, der als gemischtes Abkommen der damaligen EG und ihrer Mitgliedstaaten mit mehreren osteuropäischen Drittstaaten geschlossen wurde. Ziel war die Schaffung einer rechtssicheren Grundlage für energiebezogene Investitionen westlicher Konzerne in den ehemaligen Ostblockstaaten. Auch die Versorgungssicherheit in den Industrienationen sollte durch Abschluss des Vertrages erhöht werden.⁵⁰⁴ Art. 10 Abs. 1 ECT garantiert ein „*fair and equitable treatment*“ ausländischer Investitionen. Investoren können im Konfliktfall nach Art. 26 ECT ein Schiedsverfahren gegen eine Vertragspartei einleiten. Viel Aufmerksamkeit erlangte der ECT durch die Klage des schwedischen Staatsunternehmens *Vattenfall*

⁵⁰¹ So auch *K. F. Gärditz*, Verankerung des Atomausstiegs im Grundgesetz? Gutachten für die Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe, 2016, S. 83 in Bezug auf den Atomausstieg.

⁵⁰² Zur Entschädigungshöhe ausf. *B. Kreße*, N&R 2021, 66 (74). Zum Einschätzungsspielraum der Staaten bei Bemessung der Entschädigung EGMR, Urt. v. 8.7.1986 – 9006/80 u. a. – Rn. 122 – *Lithgow u. a./Vereinigtes Königreich*; EGMR, NVwZ 2017, 1273 (Rn. 54).

⁵⁰³ Beschl. des Rates und der KOM v. 23.9.1997 über den Abschluss des Vertrags über die Energiecharta und des Energiechartaprotokolls über Energieeffizienz und damit verbundene Umweltaspekte durch die Europäischen Gemeinschaften, ABl 1998 L 69/1.

⁵⁰⁴ Zu den Zielsetzungen des ECT ausf. *C. Germelmann*, in: C. Theobald/J. Kühling (Hg.), EnR, 88. EL 2016, ECT Rn. 6 ff.; *J. Gundel*, in: F. J. Säcker (Hg.), EnR, Bd. 1, 42019, Einl. D Rn. 1 ff. Zu den Entschädigungsstandards in investitionsrechtlichen Schiedsverfahren instruktiv *B. Kreße*, N&R 2021, 66 (74 ff.).

AB,⁵⁰⁵ welches Deutschland im Kontext des Atomausstiegs vor dem International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) verklagt hatte.⁵⁰⁶ Auch die *Nord Stream 2 AG* mit Gründungssitz⁵⁰⁷ in Zug (Schweiz) hat im Jahr 2019 ein Schiedsverfahren aufgrund des Baus der gleichnamigen Ostseepipeline gegen die EU gemäß dem ECT vor dem Permanent Court of Arbitration (PCA) eingeleitet.⁵⁰⁸ Im Kontext des Kohleausstiegs spielt der ECT ebenfalls eine wichtige Rolle. Geschützt ist das Eigentum in Art. 13 ECT, wobei auch *de facto*-Enteignungen umfasst sind.⁵⁰⁹ Wenngleich man zwar in der Bundesrepublik Deutschland mit den Ausschreibungsverfahren für den Steinkohleausstieg und dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit den Braunkohleunternehmen Klagen verhindern wollte bzw. im Braunkohlebereich per Vertrag ausgeschlossen hat,⁵¹⁰ verklagten jüngst die deutsche *RWE AG* sowie die *Uniper SE* die Niederlande wegen des dortigen Kohleausstiegs auf Basis des ECT vor dem ICSID.⁵¹¹ Sowohl das *Vattenfall*-Verfahren als auch das *RWE*-Verfahren sowie das *Uniper*-Verfahren sind Streitigkeiten zwischen privaten Investoren und Staaten im Intra-EU-Verhältnis. Die zentrale Problematik solcher Verfahren ist, dass Schiedsgerichte – wie z. B. das ICSID – gegen die Autonomie und Einheit des Unionsrechts nach Art. 267 und 344 AEUV verstoßen, sofern sie dieses als zwischen den Mitgliedstaaten geltendes internationales Recht i. S. d. Art. 26 ECT anwenden, ohne mittels Vorabentscheidungsver-

⁵⁰⁵ Auch Staatsunternehmen – wie die *Vattenfall AB* – können sich auf den ECT berufen, siehe dazu m. w. N. C. Germelmann, in: C. Theobald/J. Kühling (Hg.), EnR, 88. EL 2016, ECT Rn. 56; C. Moench/J. Lennartz, RdE 2015, 153 (158).

⁵⁰⁶ *Vattenfall AB and others vs. Federal Republic of Germany*, ICSID Case Nr. ARB/12/12.

⁵⁰⁷ Nach Art. 1 Nr. 7 lit. a (ii) ECT kommt es auf das Rechtsregime der Gründung an, siehe dazu auch C. Germelmann, in: C. Theobald/J. Kühling (Hg.), EnR, 88. EL 2016, ECT Rn. 55; C. Moench/J. Lennartz, RdE 2015, 153 (158).

⁵⁰⁸ *Nord Stream 2 AG vs. The European Union*, PCA Case Nr. 2020-07.

⁵⁰⁹ Der weit versandene Enteignungsbegriff entspricht dem internationalen Investitionsrecht, siehe dazu m. w. N. M. Schmidt-Preuß, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (43) in Bezug auf die Erforderlichkeit im Rahmen der Eigentumsprüfung. Siehe exemplarisch zum Eigentumsbegriff des Art. 1 des 1. ZP zur EMRK → D. II. 1. b).

⁵¹⁰ Im Steinkohlebereich sind Klagen der *Uniper SE*, die inzw. mehrheitlich zum finnischen Energiekonzern *Fortum* gehört, zumindest theoretisch denkbar.

⁵¹¹ *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV vs. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case Nr. ARB 21/4. In Deutschland kann sich die *RWE AG* als nationales Unternehmen nicht auf den ECT berufen, dazu C. Moench/J. Lennartz, RdE 2015, 153 (157). *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. vs. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case Nr. ARB 21/22.

fahren nach Art. 267 AEUV die Letztentscheidungsbefugnis des EuGH sicherstellen zu können.⁵¹² Nach Art. 344 AEUV sind die EU-Mitgliedstaaten überdies verpflichtet, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln. Der EuGH hat in der Rechtssache *Achmea* Schiedsklauseln im Sonderfall sog. Intra-EU-BITs, d. h. im Falle von bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten, für unionsrechtswidrig erklärt.⁵¹³ Jüngst hatte der EuGH überdies in mehreren Vorabentscheidungsverfahren die Möglichkeit, sich zu der Vereinbarkeit des ECT-Streitbeilegungsmechanismus mit Unionsrecht zu äußern (a).⁵¹⁴ Vor dem Hintergrund dieser Problematik soll im Folgenden das Zukunftspotenzial des ECT aus Sicht des Unionsrechts näher ausgelotet werden (b).

a) ECT und Unionsrecht

Um das Zukunftspotenzial des ECT aus Sicht des Unionsrechts darzustellen, bedarf es zunächst einer Klärung des Unterschieds zwischen Intra-EU-BITs und dem

⁵¹² C. F. Germelmann, RdE 2018, 229 (223); *ders.*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (109 f.). Siehe dazu jüngst auch GA M. Szpunar, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 75 ff. – Komstroy, der aus den angesprochenen Gründen eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts durch Art. 26 ECT bejaht, soweit dieser den Rückgriff auf ein Schiedsverfahren erlaubt, sodass der Streitbeilegungsmechanismus des ECT mit dem Unionsrecht unvereinbar ist. Dazu H. Lenk, CJEU jurisdiction over the Energy Charter Treaty and its compatibility with the Treaties: Opinion of AG Szpunar in Case C-741/19, EU Law Analysis v. 4.3.2021, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/cjeu-jurisdiction-over-energy-charter.html>. Siehe auch die Schlussanträge von GA J. Kokott, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321 Rn. 26 – PL Holdings Sàrl: Art. 267 AEUV sei ein „Schlüsselement“ des Gerichtssystems.

⁵¹³ EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*. Dazu exemplarisch aus der Lit. C. D. Classen, EuR 2018, 361 ff.; C. F. Germelmann, RdE 2018, 229 ff.; R. D. Miller, EuZW 2018, 357 ff.; S. Stöbener de Mora, EuZW 2018, 363 ff.

⁵¹⁴ EuGH C-798/18 und C-799/18, ECLI:EU:C:2021:280 – Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) u. a.; C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 – Komstroy; C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875 – PL Holdings Sàrl. Während der EuGH eine Erörterung dieser Frage in den Rs. C-798/18 und C-799/18 als nicht notwendig erachtete (so auch bereits im Vorfeld GA H. Saugmandsgaard Øe, C-798/18 und C-799/18, ECLI:EU:C:2020:876 – Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) u. a. sowie S. Stöbener de Mora, EuZW 2021, 363), äußerte er sich in den Vorabentscheidungsersuchen C-741/19 und C-109/20. Die ursprünglich ebenfalls eingegangene Vorlage des Svea hovrätt wurde infolgedessen nicht aufrechterhalten, siehe: Beschl. des Präsidenten des EuGH, C-155/21, ECLI:EU:C:2021:1032 – Athena Investments u. a.

ECT (aa). Sodann ist ein Blick auf die Entscheidungen in den Rechtssachen *Achmea*⁵¹⁵ sowie *Komstroy*⁵¹⁶ und *PL Holdings Sàrl*⁵¹⁷ zu werfen (bb). Abschließend sollen die Auswirkungen des *CETA*-Gutachtens⁵¹⁸ auf die in Rede stehende Problematik geklärt werden (cc) und die Frage nach einem strukturellen Konflikt des völkerrechtlichen Investitionsschutzes mit dem EU-Beihilferecht (dd) beleuchtet werden.

aa) Intra-EU-BITs und ECT

Während die EU – neben ihren Mitgliedstaaten (mit Italien als Sonderfall)⁵¹⁹ – selbst Partei des ECT ist, handelt es sich bei Intra-EU-BITs – wie beispielsweise einem solchen in dem *Achmea*-Urteil – um bilaterale unionsinterne Investitionsschutzabkommen.⁵²⁰ Eine völlige Gleichsetzung im Sinne einer generellen Unionsrechtswidrigkeit ist daher abzulehnen.⁵²¹ Der Streitbeilegungsmechanismus wird

⁵¹⁵ EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*.

⁵¹⁶ EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 – *Komstroy*. Dazu u. a. *N. Kuplewatzky*, *EuZW* 2021, 950 ff.; *S. Schwalb/M. Weiler*, *SchiedsVZ* 2022, 38 ff.; *S. Wilske/B. P. Ebert*, *IWRZ* 2021, 281 f.

⁵¹⁷ EuGH C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875 – *PL Holdings Sàrl*. Dazu u. a. auch *C. Langenfeld*, *EuR* 2022, 399 ff.; *J. Scheu/P. Nikolov*, *EuZW* 2021, 1102 ff.

⁵¹⁸ GA *Y. Bot*, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:72 – *CETA*. Dazu statt vieler *B. Scholtka*, *NVwZ* 2019, 868 ff.

⁵¹⁹ Italien ist als einziger EU-Mitgliedstaat seit 2016 nicht mehr Vertragspartei, siehe <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy>. Die Bindung durch den Investitionsschutz wirkt allerdings nach der Nachwirkungsklausel in Art. 47 Abs. 3 ECT noch 20 Jahre fort.

⁵²⁰ Deutschland hatte den „*Achmea*-Einwand“ im Vattenfall-Verfahren erhoben, dazu *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (44) mit Nachweis. Dieser wurde allerdings zurückgewiesen, da die EU selbst Partei des ECT ist.

⁵²¹ *C. F. Germelmann*, *EuR* 2020, 375 (395) sowie *ders.*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (124). Siehe dazu auch GA *M. Szpunar*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 48, 81–83 – *Komstroy* sowie *S. Stöbener de Mora*, *EuZW* 2021, 363 m. Verw. auf die Vorlage des Svea hovrätt. Der EuGH versucht dieses Argument zu entkräften, indem er feststellt, dass Art. 26 ECT in Wirklichkeit die bilateralen Beziehungen zw. zwei Vertragsparteien in vergleichbarer Weise wie ein BIT regle, dazu EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 64 – *Komstroy*. Siehe hierzu auch *S. Schwalb/M. Weiler*, *SchiedsVZ* 2022, 38 (39). Diesbezüglich krit. *S. Wilske/B. P. Ebert*, *IWRZ* 2021, 281.

bei einem BIT „nicht von der Union, sondern von den Mitgliedstaaten“ geschlossen.⁵²² Beim ECT wurde die Schiedsklausel hingegen selbst durch die EU ratifiziert⁵²³ und ist gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung.⁵²⁴ Die Zuständigkeit der EU im Bereich der Außenbeziehungen gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV und ihre Fähigkeit zum Abschluss internationaler Übereinkünfte umfassen notwendigerweise auch die Möglichkeit, sich den Entscheidungen eines durch solche Übereinkünfte geschaffenen oder auserwählten Gerichts – in Bezug auf die Auslegung und Anwendung ihrer Bestimmungen – zu unterwerfen.⁵²⁵ Diese Möglichkeit greift allerdings nur, soweit die Autonomie und Einheit des Unionsrechts nicht gefährdet wird.⁵²⁶

bb) EuGH-Rechtsprechung

Die Autonomie und Einheit des Unionsrechts kann nur dann gewährleistet werden, wenn die Letztentscheidungsbefugnis des EuGH garantiert und verfahrensmäßig abgesichert ist. Allerdings sind Schiedsgerichte keine Gerichte eines Mitgliedstaats und daher gemäß Art. 267 AEUV nicht vorlageberechtigt.⁵²⁷ Im Urteil *Achmea* hat der EuGH eine Streitbeilegungsklausel in einem BIT zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten als mit dem Unionsrecht unvereinbar angesehen.⁵²⁸ Da es sich beim ECT jedoch um ein multilaterales Abkommen handelt, was auch die EU selbst ratifiziert hat, ist die automatische Übertragung auf den ECT eingeschränkt.⁵²⁹ Der EuGH

⁵²² EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 58 – *Achmea*.

⁵²³ C. F. *Germelmann*, EuR 2020, 375 (395).

⁵²⁴ EuGH, C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32 Rn. 13, 14 – AETR; vgl. dazu M. *Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 62022, Art. 47 EUV Rn. 9 f.

⁵²⁵ GA M. *Szpunar*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 82 – *Komstroy*.

⁵²⁶ EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 58 – *Achmea*.

⁵²⁷ EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 45 f., 49 – *Achmea*. Dazu mit Bezug zum ECT nun auch ausdrücklich auch EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 52 – *Komstroy*. Siehe bereits zuvor GA J. *Kokott*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321 Rn. 30 – PL Holdings Sàrl. Siehe auch den Überblick von C. F. *Germelmann*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105. Für eine Übertragung S. *Hindelang*, The Limited Immediate Effects of CJEU’s *Achmea* Judgement, Verfassungsblog v. 9.3.2018, <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement/>.

⁵²⁸ EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 60 – *Achmea*.

⁵²⁹ GA M. *Szpunar*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 70 – *Komstroy*. Die Frage der Übertragbarkeit des *Achmea*-Urteils auf den ECT ist sehr umstritten, siehe dazu auch S. *Stöbener de Mora*, EuZW 2018, 363 (367) m. w. N.

stellte in der Rechtssache *Achmea* fest, dass eine Unionsrechtswidrigkeit dann vorliegt, wenn spezifisches, autonomes Unionsrecht zum anwendbaren Recht im Schiedsverfahren gehört.⁵³⁰ Er bestätigte dies nun auch in den Rechtssachen *Komstroy* sowie *PL Holdings Sàrl* mit Bezug auf den ECT.⁵³¹ Auch der Streitbeilegungsmechanismus des Art. 26 ECT sieht vor, dass das Schiedsgericht über die strittigen Fragen im Einklang mit dem ECT und den „geltenden Regeln und Grundsätzen des Völkerrechts“ entscheidet. Unionsrecht ist zum einen Teil des in jedem Mitgliedstaat geltenden Rechts und zum anderen einem internationalen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten entsprungen, sodass ein gemäß Art. 26 (Abs. 2 lit. c) ECT eingesetztes Schiedsgericht ggf. Unionsrecht auslegen und anwenden muss.⁵³² Ein eingesetztes Schiedsgericht gehört jedoch nicht zum Gerichtssystem der Mitgliedstaaten.⁵³³ Ob ein Fall dem Gerichtssystem entzogen wird, hängt dabei von dem konkreten Rechtsstreit ab. Nicht entscheidend ist, ob der Rechtsstreit aufgrund eines allgemeinen Investitionsabkommens zwischen Mitgliedstaaten oder aufgrund einer individuellen Schiedsvereinbarung zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat vor einem Schiedsgericht verhandelt wird.⁵³⁴ Ein Konflikt mit der Autonomie und Einheit des Unionsrechts besteht folglich nur

⁵³⁰ EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 60 – *Achmea*.

⁵³¹ EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 39 ff. – *Komstroy*; C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875 Rn. 44, 47 – *PL Holdings Sàrl*. Vereinbarungen – entsprechend jener in der Rs. *PL Holdings Sàrl* – seien mit Unionsrecht unvereinbar, da sie „in Wirklichkeit eine Umgehung“ der *Achmea*-Rspr. darstellen. Zu der diesbezüglichen Eingrenzung siehe auch die Beiträge von *C. Langenfeld*, *EuR* 2022, 399 ff.; *J. Scheu/P. Nikolov*, *EuZW* 2021, 1102 ff. Krit. zur *Komstroy*-Entscheidung *S. Wilske/B. P. Ebert*, *IWRZ* 2021, 281 f.

⁵³² EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 39 ff. – *Komstroy*. Zuvor bereits *GA M. Szpunar*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 75 – *Komstroy*. Im *Achmea*-Fall war dem Schiedsgericht durch das BIT allerdings ausdrücklich die Kompetenz eingeräumt, EU-Recht zu berücksichtigen. Dazu auch *S. Stöbener de Mora*, *EuZW* 2018, 363 (367) m. w. N.

⁵³³ EuGH C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 45 f., 49 – *Achmea*; C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 53 – *Komstroy*. Siehe bereits zuvor auch schon *GA J. Kokott*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321 Rn. 30 – *PL Holdings Sàrl*.

⁵³⁴ *GA J. Kokott*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321 Rn. 31 – *PL Holdings Sàrl*.

dann nicht, wenn man die Anwendung von Unionsrecht in Schiedsverfahren generell ausschließen würde.⁵³⁵ Hierzu bedürfte es allerdings einer ausdrücklichen *disconnection clause*.⁵³⁶

cc) Auswirkungen des *CETA*-Gutachtens des EuGH?

Im Lichte des *CETA*-Gutachtens des EuGH ergibt sich ebenfalls nichts anderes. Das *CETA*-Abkommen enthält in Art. 26 ECT gerade keinen ausdrücklichen Vorbehalt für die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht.⁵³⁷ Zudem unterscheidet sich die Frage, ob die Einrichtung oder Beibehaltung eines Investitionsschutzgerichts durch ein die Mitgliedstaaten untereinander bindendes Abkommen mit dem Unionsrecht vereinbar ist von der Frage, ob die Einrichtung eines Schiedsgerichts durch ein Abkommen der Union mit Drittstaaten mit dem Unionsrecht vereinbar ist.⁵³⁸ Während innerhalb der EU der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gilt,⁵³⁹ besteht ein äquivalenter Grundsatz bei Beziehungen der EU mit Drittstaaten nicht, weshalb sich hier eine Verständigung über einen neutralen Streitbelegungsmechanismus anbietet.⁵⁴⁰

⁵³⁵ C. F. Germelmann, EuR 2020, 375 (398), der wegen der „Kollisionsgefahr“ dafür plädiert „das Unionsrecht auch zw. den Mitgliedstaaten nicht als anwendbares Völkerrecht im Sinne eines Prüfungsmaßstabs“ zu betrachten. Zitat aus C. F. Germelmann, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (127). Gegen eine solche differenzierte Lösung Vattenfall AB and others vs. Federal Republic of Germany, Decision on the Achmea Issue v. 31.8.2018, ICSID Case Nr. ARB/12/12, Rn. 140 ff.

⁵³⁶ C. F. Germelmann, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (128). Der EuGH stellt in diesem Sinne auch fest, dass Art. 26 ECT auf Streitigkeiten zw. einem EU-Mitgliedstaat und einem Investor aus einem anderen Mitgliedstaat der EU über eine dortige Investition nicht anwendbar ist: EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 66 – Komstroy.

⁵³⁷ EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 43 ff. – Komstroy. Zuvor schon GA M. Szpunar, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 85 – Komstroy.

⁵³⁸ GA M. Szpunar, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 86 – Komstroy. Dazu auch C. F. Germelmann, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (110 ff.).

⁵³⁹ Zum Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens A.-K. Kaufhold, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR II, 2021, § 48 Rn. 46 ff.

⁵⁴⁰ Siehe dazu auch GA Y. Bot, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:72 Rn. 84 – CETA. GA M. Szpunar, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164 Rn. 87 – Komstroy.

dd) Entschädigungszahlungen aus Schiedssprüchen als Beihilfe?

Die Europäische Kommission sieht überdies einen strukturellen Konflikt des völkerrechtlichen Investitionsschutzes mit dem EU-Beihilferecht.⁵⁴¹ Sie ordnet Entschädigungszahlungen aus Schiedssprüchen grundsätzlich als Beihilfe ein, sodass es zu einem Konflikt dann kommt, wenn Intra-EU-BITs so ausgelegt werden, dass sie als Grundlage für die Gewährung rechtswidriger staatlicher Beihilfen dienen und damit gegen gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt verstoßen.⁵⁴² In der *Micula*-Konstellation hatte das ICSID EU-Beihilferecht ausdrücklich nicht angewandt, da Rumänien zum Streitzeitpunkt noch nicht Mitglied der EU war.⁵⁴³ Das EuG hatte die Beihilfeentscheidung der Kommission⁵⁴⁴ für nichtig erklärt, da es ebenfalls der Ansicht war, dass die Beihilfe vor dem Beitritt Rumäniens zur EU gewährt wurde und die Kommission dementsprechend nicht zuständig war.⁵⁴⁵ Der EuGH bekräftigte hingegen die Zuständigkeit der Kommission für die Überprüfung der Beihilfe.⁵⁴⁶ Er bestätigte auch die Relevanz des *Achmea*-Urteils, indem er zu dem Schluss kommt, dass die Zustimmung eines EU-Mitgliedstaats zur Teilnahme an internationalen Investitionsschiedsverfahren, die vor seinem Beitritt zur EU erteilt wurde, nach dem Beitritt keine rechtliche Wirkung mehr hat.⁵⁴⁷ Der EuGH hat das Urteil des EuG aufgehoben und den Fall zur Entscheidung in der Sache an das Gericht zurückverwiesen.⁵⁴⁸ Um die Beihilfequalität zu prüfen, muss immer eine Einzelfallbetrachtung stattfinden.⁵⁴⁹ Eine Beihilfe liegt insbesondere dann nicht vor, wenn es sich um nicht überkompensierte Ausgleichszahlungen handelt, die

⁵⁴¹ Siehe dazu KOM(2018) 547 endg. v. 19.7.2018, S. 2 f.

⁵⁴² KOM(2018) 547 endg. v. 19.7.2018, S. 2.

⁵⁴³ *Micula e. a. vs. Romania*, ICSID Case Nr. ARB/05/20, Rn. 319 ff. Dazu *C. F. Germelmann*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (116 ff.).

⁵⁴⁴ Beschl. (EU) 2015/1470 der KOM v. 30.3.2015 über die von Rumänien durchgeführte staatliche Beihilfe SA.38517 – Schiedsspruch v. 11.12.2013 in der Sache *Micula/Rumänien*. Zum Schiedsspruch siehe → Fn. 543.

⁵⁴⁵ EuG, T-624/15, T-694/15 u. T-704/15, ECLI:EU:T:2019:423 Rn. 70 ff – *European Food u. a./KOM*.

⁵⁴⁶ EuGH, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50 Rn. 86 – *KOM/European Food u. a.* Vgl. hierzu auch *S. Wilske/L. Markert/B. P. Ebert*, *SchiedsVZ* 2022, 111 (128).

⁵⁴⁷ EuGH, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50 Rn. 137 ff. – *KOM/European Food u. a.*

⁵⁴⁸ EuGH, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50 Rn. 156 – *KOM/European Food u. a.*

⁵⁴⁹ *C. F. Germelmann*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (118).

keinen Wettbewerbsvorteil darstellen.⁵⁵⁰ Ein struktureller Konflikt des völkerrechtlichen Investitionsschutzes mit dem EU-Beihilferecht besteht jedoch nicht.

b) Zukunftspotenzial des ECT

Der völkerrechtliche Investitionsschutz des ECT unterliegt unionsrechtlichen Grenzen. In jedem Fall möglich bleibt eine Schiedsgerichtsbarkeit in Abkommen mit Drittstaaten. Der EuGH definierte die im *Achmea*-Urteil und im *CETA*-Gutachten angedeuteten Grenzen nun auch mit Blick auf den ECT und äußerte sich zu der Vereinbarkeit des ECT-Streitbeilegungsmechanismus mit Unionsrecht. Ein Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten im Intra-EU-Verhältnis, jenseits des zur Union gehörenden Gerichtssystems, beeinträchtigt die Autonomie und Einheit des Unionsrechts.⁵⁵¹ Art. 26 ECT findet auf Streitigkeiten zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor aus einem anderen EU-Mitgliedstaat über eine dortige Investition keine Anwendung.⁵⁵² Ein Fortbestand der Schiedsgerichtsbarkeit ist somit nur möglich, soweit sichergestellt wird, dass die Schiedsgerichte keine Möglichkeit zur Auslegung und Anwendung von Unionsrecht haben.⁵⁵³ Auch wenn die Öffnung des Eisernen Vorhangs nun mehr als 30 Jahre zurückliegt, ist das Erfordernis von Investitionssicherheit nach wie vor gegeben. An die Zielsetzung der Umstrukturierung der energiebezogenen Industrien der ehemaligen Ostblockstaaten, um eine Grundlage für die Kooperation mit westlichen Staaten zu schaffen, soll nun – im

⁵⁵⁰ Siehe dazu bereits die Darstellungen o. → C. III. Zur Ausnahme im Fall *Eiser vs. Spain* (mit Folge der Durchbrechung der Bindungswirkung des Unionsrechts) vgl. die Ausführungen von *C. F. Germelmann*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 105 (116 f.). Ein solcher Fall ist im Kontext des Kohleausstiegs derzeit jedoch nicht ersichtlich.

⁵⁵¹ EuGH, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 60 – *Achmea*.

⁵⁵² EuGH C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 Rn. 66 – *Komstroy*; C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875 Rn. 44 – *PL Holdings Sàrl*.

⁵⁵³ *M. Schmidt-Preuß*, in: FS für G. Kühne, 2021, S. 25 (44 f.) sieht einen Verstoß gegen die Autonomie des Unionsrechts nur bei „echten“ Intra-EU-BITs.

Zuge der derzeitigen Reform⁵⁵⁴ – das Ziel der Förderung klimafreundlicher Investitionen treten.⁵⁵⁵ Die Reform will zugleich die Möglichkeit nutzen, der Unvereinbarkeit des Streitbeilegungsmechanismus des ECT mit Unionsrecht in Intra-EU-Streitigkeiten mit einer *disconnection clause* zu begegnen.⁵⁵⁶

E. Zusammenfassung

Die Bundesrepublik Deutschland plant – wie alle anderen nicht kohlefreien EU-Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Polens) – aus Gründen des Umwelt-, Klima- und Gesundheitsschutzes einen nationalen Kohleausstieg. Ein solcher nationaler Kohleausstieg wirft nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch eine Vielzahl an europarechtlichen Fragestellungen auf.

Mangels unionsrechtlich vorgegebenen Kohleausstiegs haben die EU-Mitgliedstaaten ungeachtet der geteilten Zuständigkeit der Union für Energiepolitik bzw. Umwelt(energie)politik weiterhin die Kompetenz zur Regelung eines nationalen Kohleausstiegs. Beim Erlass eines Unionsrechtsaktes, der einen Kohleausstieg regelt, würde es sich um eine energierelevante Entscheidung i. S. d. Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit c AEUV handeln, wonach ein besonderes Gesetzgebungsverfahren mit Einstimmigkeitserfordernis durchgeführt werden muss. Daher sind die ETS-RL und die IED so auszulegen, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt bleibt, eigene Rechtsinstrumente mit dem Ziel zu erlassen, Kohle dauerhaft aus dem Stromversorgungssystem zu verdrängen (→ C. II.). Beihilferechtliche Fragen im Kontext des Kohleausstiegs betreffen insbesondere Entschädigungen für Kohlekraftwerksbetreiber, Zuschüsse für stromkostenintensive Unternehmen, Fördermittel für die Sicherstellung der Versorgungssicherheit, Maßnahmen zur sozialen Abfederung der Auswirkungen des Kohleausstiegs sowie die Gelder für die Strukturstärkung

⁵⁵⁴ Für einen Überblick zum Reformprozess *S. Wilske/L. Markert/B. P. Ebert*, SchiedsVZ 2022, 111 (126). Auf der *ad-hoc*-Energiecharta-Konferenz im Juni 2022 wurde nun eine Grundsatzvereinbarung getroffen vgl. KOM, Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty, https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_de.

⁵⁵⁵ Siehe auch *M. Stein*, FAZ Einspruch v. 16.3.2021 sowie *S. Stöbener de Mora*, EuZW 2021, 363.

⁵⁵⁶ Siehe KOM, Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty, https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_de.

der Kohleregionen. Bereits die Fülle beihilferelevanter Felder spiegelt die herausragende Bedeutung des Beihilferechts für das (Umwelt-)Energierrecht wider. Die infolge des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine eingerichtete Gasersatz-Reserve auf Abruf ändert an der – positiv ausgefallenen – beihilferechtlichen Beurteilung des Steinkohleausstiegs durch Ausschreibungen nichts, unterliegt aber nach Art. 108 Abs. 1 AEUV der fortlaufenden Überprüfung durch die Kommission. Für die Beendigung der Braunkohleverstromung liegt noch keine beihilferechtliche Genehmigung vor. Im Ergebnis ist die Erwartung begründet, dass die Entschädigungszahlungen zur Abschaltung der Braunkohlekraftwerke vor allem aus Gründen des Klimaschutzes mit dem Binnenmarkt vereinbar sein könnten.⁵⁵⁷ Richtigerweise wird dem Klimaschutz als Teilziel des Umweltschutzes ein hoher Rang, teilweise sogar ein Vorrang gegenüber kollidierenden Belangen, eingeräumt.⁵⁵⁸ Die KUEBLL deuten jedoch darauf hin, dass die Kommission zumindest einen Korrekturmechanismus zur Aktualisierung der Berechnung der Entschädigungszahlungen auf Grundlage der neuesten Annahmen fordern wird (→ C. III.).

Die herausragende Bedeutung des Beihilferechts unterstreicht auch die Relevanz des rechtlichen Schutzes privater Investitionen.⁵⁵⁹ Dies betrifft einerseits die bereits getätigten Investitionen im Zusammenhang mit der Kohlekraft und andererseits neue Investitionen auf dem Weg hin zur Klimaneutralität. Ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten liegt nicht vor. Eingriffe in die Grundfreiheiten der betroffenen Kohleunternehmen können ebenfalls durch das Ziel des Klima- bzw. Umweltschutzes gerechtfertigt werden (→ D. I. 1.). Die GRCh ist bei einem nationalen Kohleausstieg nicht anwendbar (→ D. I. 2.). Völkerrechtlich wird der Investitionsschutz durch die EMRK einerseits, vor allem aber durch den Energiecharta-Vertrag andererseits gewährleistet. Ein Verstoß der Regelungen des deutschen Kohleausstiegs

⁵⁵⁷ So im Erg. auch *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (311); *C. Kreuter-Kirchhof*, Ausschuss-Drs. 19(9)726, S. 13.

⁵⁵⁸ Wie hier *W. Kahl*, EurUP 2020, 305 (316); *ders.*, in: R. Streinz (Hg.), EUV/AEUV, ³2018, Art. 191 Rn. 29 ff. m. w. N.; a. A. *A. Käller*, in: J. Schwarze/U. Becker/A. Hatje/S. Johann (Hg.), EU-K, ⁴2019, Art. 11 AEUV Rn. 12 ebenfalls m. w. N.

⁵⁵⁹ *C. F. Germelmann*, EuR 2020, 375 (380).

gegen die EMRK konnte nicht festgestellt werden (→ D II. 1.). Der Investitionsschutz durch den Energiecharta-Vertrag unterliegt unionsrechtlichen Grenzen. Der Streitbeilegungsmechanismus des Art. 26 ECT ist in Intra-EU-Verfahren nicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Die Reform des ECT will daher auch die Anwendung des Unionsrechts durch Schiedsgerichte ausdrücklich ausschließen (→ D. II. 2.).

Wenngleich ein deutscher Kohleausstieg durch die tatsächliche Emissionsminderung nur einen kleinen Beitrag zum weltweiten Klimaschutz leisten kann, ist seine Signalwirkung umso stärker. Von der einstigen Grundressource der industriellen Revolution wurde die Kohle(-förderung) zum wichtigsten Wirtschaftszweig und ist bis heute Teil der regionalen Identität im Ruhrgebiet, am Niederrhein, in Mitteldeutschland und in der Lausitz. Aufgrund des fortschreitenden Klimawandels und zunehmender alternativer Energiequellen hat nun die Dekarbonisierung höchste Priorität, sodass in Deutschland spätestens 2038 keine Verstromung von Kohle mehr stattfindet. Der eingeschlagene Weg erweist sich im Ergebnis als europarechtskonform.

Literaturverzeichnis

- Böhringer, Andrea*, Nationale Förderung der erneuerbaren Energien vor dem Europäischen Gerichtshof – Ein Blick in die jüngere Rechtsgeschichte und in die Zukunft, EurUP 2020, S. 360 ff.
- Braig, Katharina Franziska/Ehlers-Hofherr, Angela*, Diese andere Potenzielle Katastrophe: Wie kann der EGMR dazu beitragen, die Klimakrise einzudämmen?, NuR 2020, S. 589 ff.
- Brouers, Catherine*, Der Schutz der Umwelt- und Klimaflüchtlinge im Völkerrecht: Regelungslücken und Lösungsansätze, ZUR 2012, S. 81 ff.
- Büdenbender, Ulrich*, Der gesetzliche Rahmen für den Ausstieg aus der Kohleverstromung, DVBl 2021, S. 281 ff.
- , Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) vom 29.01.2020, in: Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen (Hg.), Entwicklungen im Energieregulierungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Gunther Kühne zum 80. Geburtstag, Berlin 2021, S. 47 ff.
- Calliess, Christian*, Die neue Querschnittsklausel des Art. 6 ex 3c EGV als Instrument zur Umsetzung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung, DVBl 1998, S. 559 ff.
- , Kompetenzausübung (§ 34), in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 (zit.: *C. Calliess*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR II, 2021).
- /Ruffert, Matthias (Hg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl., München 2022 (zit.: *Autor:in*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, ⁶2022).
- Classen, Claus Dieter*, Autonomie des Unionsrechts als Festungsring? – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV), EuR 2018, S. 361 ff.

- Däuper, Olaf*, Die Empfehlungen der Kohlekommission - Inhalte und juristische Fragestellungen, EnWZ 2019, S. 153 ff.
-
- / *Michaels, Sascha*, Das Kohleausstiegsgesetz im Überblick – Welche Rechtsfragen bleiben offen?, EnWZ 2020, S. 291 ff.
- Dauses, Manfred A./Ludwigs, Markus* (Hg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2 Bde., Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: Januar 2022, München (zit.: *Autor:in*, in: M. A. Dauses/M. Ludwigs (Hg.), HEUWiR).
- Di Fabio, Udo*, Ausstiegsordnung durch Vertrag – Gedanken zur Gestaltung des Kohleausstiegs, NVwZ 2020, S. 1324 ff.
- Doderer, Hannes/Metz, Jonathan*, Rechtlicher Überblick: Was hat sich 2019 im Energiewenderecht geändert?, EnWZ 2020, S. 216 ff.
- Ehlers, Dirk* (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl., Berlin u. a. 2014 (zit.: *Autor/-in*, in: D. Ehlers (Hg.), EuGRGF, ⁴2014).
- Epiney, Astrid*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit.: *A. Epiney*, EuUmwR, ⁴2019).
- Fisch, Stefan*, Verwaltung im langen 19. Jahrhundert (§ 2), in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 (zit.: *S. Fisch*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), HVwR I, 2021).
- Forsthoff, Ernst*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.
- Franzius, Claudio*, Rechtsprobleme des Kohleausstiegs, NVwZ 2018, S. 1585 ff.
- , Der Kohleausstieg, ER 2021, S. 3 ff.
- Frenz, Walter*, Grundfragen des Beihilferechts nach dem EEG-Urteil des EuGH vom 28.3.2019, EuR 2019, S. 400 ff.
- , Unionsrahmen für FuEuI-Beihilfen, EWS 2019, S. 265 ff.
- , Die Beihilferechtskonformität des Kohleausstiegsgesetzes vor dem Hintergrund des Klimaschutzes, DVBl 2020, S. 849 ff.
- , Kohleausstiegsgesetz in der Diskussion: Ausstiegspfad, Entschädigungen, Beihilfenverbot, Tagebau Hambach, UPR 2020, S. 209 ff.

- , Handbuch Europarecht, Bd. 3: Beihilferecht, 2. Aufl., Berlin 2021 (zit.: *W. Frenz*, HEuR, Bd. 3, ²2021).
 - , Kohleausstiegsentschädigungen als verbotene Beihilfe?, EWS 2021, Heft 2, Die erste Seite.
 - , Kohleausstiegsentschädigungen, Strukturhilfen und Beihilfenverbot, EnWZ 2021, S. 51 ff.
 - , Klimaschutzrecht: Gesamtkommentar, 2. Aufl., Berlin 2022 (zit.: *Autor:in*, in: *W. Frenz* (Hg.), KlimaschutzR-K, ²2022).
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Verankerung des Atomausstiegs im Grundgesetz? Gutachten für die Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe, 2016.
- , Der völker- und europarechtliche Rahmen der Energiewende, RdE 2018, S. 457 ff.
- Gawel, Erik/Strunz, Sebastian*, Einstieg in den Kohleausstieg – Was bringt der Kommissionskompromiss?, ZUR 2019, 129 ff.
- Geis, Max-Emanuel*, Eingriffsverwaltung (§ 18), in: *Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus* (Hg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 (zit.: *Autor:in*, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hg.), HVwR I, 2021).
- Gerlagh, Rayer/Heijmans, Roweno J. R. K.*, Climate-conscious consumers and the buy, bank, burn program, Nature Climate Change 2019, S. 428 ff.
- Germelmann, Claas Friedrich*, Die Zukunft des Investitionsschutzes im europäischen Energierecht, RdE 2018, S. 229 ff.
- , Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, EuR 2020, S. 375 ff.
 - , Die Zukunft der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Lichte der jüngsten EuGH-Rechtsprechung, in: *Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen* (Hg.), Entwicklungen im Energieregulierungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Gunther Kühne zum 80. Geburtstag, Berlin 2021, S. 105 ff.

- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021 (zit.: *C. Grabenwarter/K. Pabel*, EMRK, ⁷2021).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: Januar 2022, München (zit.: *Autor:in*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), RdEU).
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hg.), Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 4 Bände, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit.: *Autor:in*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hg.), EuUR, ⁷2015).
- Gundel, Jörg*, Kohleausstiegsgesetz – Fehlende Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, Anmerkung zum STEAG-Beschluss des *BVerfG* v. 18.8.2020, NVwZ 2020, S. 1504 f.
- Hartmann, Moritz*, Zuteilung, Auktionierung und Transfer von Emissionszertifikaten. Entwicklungsperspektiven des EU-Emissionshandels in Phase III (2013–2020), ZUR 2011, S. 246 ff.
- Hindelang, Steffen*, The Limited Immediate Effects of CJEU’s Achmea Judgement, Verfassungsblog v. 9.3.2018.
- Hofmann, Ekkehard*, Klimawandel – Perspektiven eines zukünftigen Umweltrechts, EurUP 2020, S. 394 ff.
- Holtmann, Clemens/Stöbener de Mora, Sarah*, Der beihilfenrechtliche Werkzeugkasten für den Umgang mit der „Kohle“ für den Kohleausstieg, EuZW 2019, S. 485 ff.
- Honer, Mathias*, Die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta, JA 2021, S. 219 ff.
- Immega, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Begr.), Wettbewerbsrecht Kommentar, Bd. 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl., München 2022 (zit.: *Autor:in*, in: U. Immega/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 5, ⁶2022).
- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., München 2021 (zit.: *H. D. Jarass*, GRCh, ⁴2021).
- /*Pieroth, Bodo* (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl., München 2020 (zit.: *H. D. Jarass/B. Pieroth* (Hg.), GG, ¹⁶2020).

- Jevons, William Stanley*, *The Coal Question. An inquiry concerning the progress of the nation, and the probable exhaustion of our coal-mines*, London 1866.
- Johann, Christian/Lünenbürger, Simone/Manthey, Leslie*, Mehr Bewegungsfreiheit für die Energiewende. Das EuGH-Urteil zum EEG 2012 und seine Folgen, *EuZW* 2019, S. 647 ff.
- Kachel, Markus/Büchner, Robert*, Kohleverstromung beenden – KWK flexibilisieren: das Kohleausstiegsgesetz ergänzt den Rechtsrahmen für die zukünftige Stromerzeugung, *ZUR* 2020, S. 643 ff.
- Kahl, Wolfgang*, Alte und neue Kompetenzprobleme im EG-Umweltrecht – Die geplante Richtlinie zur Förderung Erneuerbarer Energien, *NVwZ* 2009, S. 265 ff.
- , Kohleausstieg und EU-Recht, *EurUP* 2020, S. 305 ff.
 - /Gärditz, *Klaus Ferdinand*, *Umweltrecht*, 11. Aufl., München 2019 (zit.: *W. Kahl/K. F. Gärditz, UmwR*, ¹¹2019).
 - /Pracht, *Robert*, Grundrechtsberechtigung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 18.8.2020 (1 BvQ 82/20), *DVBf* 2021, S. 40 ff.
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C.* (Hg.), *Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar*, 3. Aufl., München 2022 (zit.: *Autor:in*, in: *U. Karpenstein/F. C. Mayer* (Hg.), *EMRK*, ³2022).
- Kaufhold, Ann-Katrin*, Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens (§ 48), in: *Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus* (Hg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 (zit.: *A.-K. Kaufhold*, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hg.), *HVwR* II, 2021).
- Kersten, Jens/Ingold, Albert*, Die Beschleunigung des Atomausstiegs – Verfassungsrechtliche Anforderungen, *ZG* 2011, S. 350 ff.
- Kingreen, Thorsten*, Ne bis in idem: Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte, *EuR* 2013, 446 ff.
- Klinski, Stefan*, Klimaschutz versus Kohlekraftwerke – Spielräume für gezielte Rechtsinstrumente, *NVwZ* 2015, S. 1473 ff.

- , Instrumente eines Kohleausstiegs im Lichte des EU-Rechts, *EnWZ* 2017, S. 203 ff.
- , Rechtsfragen eines „Kohleausstiegs“, *ER* 2019, S. 104 ff.
- Knauff, Matthias*, Soft Law im europäischen und internationalen Verwaltungsrecht (§ 41), in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 (zit.: *M. Knauff*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), *HVwR* II, 2021).
- Kreße, Bernhard*, Kohleausstieg und Ausgleichszahlung: Rechtliche Kriterien für die Bemessung der Entschädigungshöhe, *N&R* 2021, S. 66 ff.
- Kreuter-Kirchhof, Charlotte*, Rechtliches Gutachten zur Positionierung des Wirtschafts- und Energieministeriums NRW im Hinblick auf die KWSB, 2018.
- , Emissionshandel und Erneuerbare Energien Richtlinie, *ZUR* 2019, S. 396 ff.
- Kuplewatzky, Nicolaj*, Investitionsschutz: Unwirksamkeit der Energiecharta zwischen EU-Mitgliedstaaten, *EuZW* 2021, S. 950 ff.
- Langenfeld, Charlotte*, Unionsrechtswidrige Umgehung der Achmea-Rechtsprechung durch den Rückgriff auf eine ad hoc-Schiedsvereinbarung – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 26.10.2021, Rs. C-109/20 (PL Holdings), *EuR* 2022, S. 399 ff.
- Lenk, Hannes*, CJEU jurisdiction over the Energy Charter Treaty and its compatibility with the Treaties: Opinion of AG Szpunar in Case C-741/19, *EU Law Analysis* v. 4.3.2021.
- Ludwigs, Markus*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, Berlin 2013.
- , Der Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumsschutz?, *NVwZ* 2016, S. 1 ff.

- , Fall 4: Bosphorus, in: Schmidt-Preuß, Matthias/Ludwigs, Markus (Hg.), Klausurenkurs Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin 2016, S. 105 ff.
 - , Klimaschutz und Versorgungssicherheit unter Beihilfevorbehalt – Zum Steuerungsmandat der EU-Kommission im Energiesektor, REE 2018, S. 1 ff.
 - , Entparlamentarisierung als verfassungsrechtliche Herausforderung, DVBl 2019, S. 353 ff.
 - , Die Förderung erneuerbarer Energien vor dem EuGH – Luxemburg locuta, causa non finita!, NVwZ 2019, S. 909 ff.
 - , Energierecht (§ 5), in: Ruffert, Matthias (Hg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit.: *M. Ludwigs*, in: M. Ruffert (Hg.), EnzEuR, Bd. 5, ²2020).
 - , Vermeidbar und vorhersagbar: Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur 16. AtG-Novelle, Verfassungsblog v. 22.11.2020.
 - , Die Bedeutung des Beihilfenrechts für das europäische Energierecht nach der Entscheidung des EuGH vom 28.3.2019 zum deutschen EEG 2012, in: Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen (Hg.), Entwicklungen im Energieregulierungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Gunther Kühne zum 80. Geburtstag, Berlin 2021, S. 85 ff.
 - (Hg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 3: Energieumweltrecht, Energieeffizienzrecht, Energieanlagenrecht, 5. Aufl., Frankfurt a. M. 2022 (zit.: *Autor:in*, in: F. J. Säcker/M. Ludwigs (Hg.), EnR, Bd. 3, ⁵2022).
 - /*Sikora, Patrick*, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, S. 121 ff.
- Maiworm, Charlotta*, EuGH: EEG 2012 keine staatliche Beihilfe, IR 2019, S. 155 f.
- Mäsch, Gerald*, Recht auf Vergessen I, JuS 2020, S. 885 ff.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020 (zit.: *H. Maurer/C. Waldhoff*, AllgVwR, ²⁰2020).

- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan von*, (Hg.), EMRK, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: *Autor:in*, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hg.), EMRK, ⁴2017).
- Miller, Robin Dominik*, Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit – Zur Bedeutung des EuGH-Urteils in der Rs. Achmea für die Entwicklung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft, EuZW 2018, S. 357 ff.
- Moench, Christoph*, Verfassungs- und europarechtliche Rahmenbedingungen des Kernenergieausstiegs, in: Ludwigs, Markus (Hg.), Der Atomausstieg und seine Folgen, 2016, S. 13 ff.
- /*Lennartz, Jannis*, Der Energiecharta-Vertrag im Geflecht des internationalen Investitionsschutz, RdE 2015, S. 153 ff.
- Montag, Frank/von Bonin, Andreas*, Die Entwicklung des Unionsrechts bis Mitte 2019, NJW 2019, S. 3758 ff.
- Muckel, Stefan*, Grundrechte im Internet: "Recht auf Vergessen", JA 2020, S. 233 ff.
- Nettesheim, Martin*, Gesetzgebungsverfahren im europäischen Staatenverbund - zwischen Voluntarismus und Loyalitätspflicht, Baden-Baden 2014.
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin* Europarecht, 9. Aufl., München 2021 (zit.: *Autor:in*, in: T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, EuR, ⁹2021).
- Overkamp, Philipp Georg*, Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht: Verfassungsfragen angesichts des Ausstiegs aus der Kohleverstromung, Tübingen 2020.
- /*Brinkschmidt, Johannes*, Der Beihilfenbegriff im Wandel: Die Entscheidung des EuGH zum EEG 2012 als Wendepunkt der „Beihilfenpolitik“, DÖV 2019, S. 868 ff.
- Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich* (Hg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 4 Bde., Tübingen 2017 (zit.: *Autor:in*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hg.), FK-EU, Bd., 2017).

- Peukert, Wolfgang*, Der Schutz des Eigentums nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1981, S. 97 ff.
- Rahmstorf, Stefan/Schellnhuber, Hans-Joachim*, Der Klimawandel: Diagnose, Prognose, Therapie, München 2019.
- Rauner, Sebastian/Bauer, Nicolas/Dirnaichner, Alois/Van Dingenen, Rita/Mutel, Christopher/Luderer, Gunnar*, Coal-exit health and environmental damage reductions outweigh economic impacts, Nature Climate Change 2020, S. 308 ff.
- Rodi, Michael*, Kohleausstieg – Bewertung der Instrumentendebatte aus juristischer und rechtspolitischer Sicht, EnWZ 2017, S. 195 ff.
- Sachs, Michael*, Grundsätzliche Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes bei Anwendung nicht abschließend determinierten Unionsrechts, JuS 2020, S. 282 ff.
- Säcker, Franz Jürgen*, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1: Energiewirtschaftsrecht und Energiesicherungsgesetz, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 2019 (zit.: *Autor:in*, in: F. J. Säcker (Hg.), EnR, Bd. 1, ⁴2019).
- (Hg.), Münchner Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 5: Beihilfenrecht, 4. Aufl., München 2022 (zit.: *Autor:in*, in: F. J. Säcker u. a. (Hg.), MüKoBeihilfenR, Bd. 5, ⁴2022).
- Sacksofsky, Ute*, Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, Tübingen 2000.
- Saunders, Harry*, Theoretical foundations of the rebound effect, in: Evans, Joanne/Hunt, Lester C. (Hg.), International handbook on the economics of energy, Cheltenham [u.a.] 2011, S. 164 ff.
- Schäuble, Dominik/Volkert, Dolores/Jacobs, David/Töpfer, Klaus*, CO₂-Emissionsgrenzwerte für Kraftwerke. Ausgestaltungsansätze und Bewertung einer möglichen Einführung auf nationaler Ebene, IASS Working Paper 2014, S. 4 ff.
- Schlacke, Sabine*, Umweltrecht, 8. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit.: *S. Schlacke*, UmwR, ⁸2021).

- , Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem – Internationale Klimaschutzpolitik und aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Union und in Deutschland, *EnWZ* 2020, S. 355 ff.
- /*Knodt, Michele*, Das Governance-System für die Europäische Energieunion und für den Klimaschutz, *ZUR* 2019, S. 404 ff.
- Scheu, Julian/Nikolov, Petyo*, Investitionsschutz: Aufnahme einer in einem Investitionsabkommen enthaltenen ungültigen Schiedsklausel in einer Schiedsvereinbarung, *EuZW* 2021, S. 1097 ff.
- Schmidt-Kötters, Thomas*, Nationale Förderung erneuerbarer Energien und europäisches Beihilferecht, in: Kment, Martin (Hg.), *Der Einfluss des Europäischen Gerichtshof auf das Umwelt- und Infrastrukturrecht*, Tübingen 2020.
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Fall 10: Ålands Vindkraft, in: ders./Ludwigs, Markus (Hg.), *Klausurenkurs Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin 2016, S. 241 ff.
- , Technologieumsteuerung und Eigentumsschutz (national/international) - zwischen Ordnungsrecht und Selbstregulierung, in: Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen (Hg.), *Entwicklungen im Energieregulierungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Gunther Kühne zum 80. Geburtstag*, Berlin 2021, S. 25.
- , Verwaltung zwischen Selbstregulierung, staatlicher Steuerung und Governance (§ 26), in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts*, Heidelberg 2021 (zit.: *M. Schmidt-Preuß*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), *HVwR I*, 2021).
- Schmidt, Reiner/Wollenschläger, Ferdinand* (Hg.), *Kompandium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl., Berlin u. a. 2019 (zit.: *Autor:in*, in: R. Schmidt/F. Wollenschläger (Hg.), *ÖWiR*, ⁵2019).
- Scholtka, Boris*, Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) europarechtskonform (Anmerkung), *NVwZ* 2019, S. 868 ff.

- Scholtka, Boris/Frizen, Friederike*, Die Entwicklung des Energierechts im Jahr 2020, NJW 2021, S. 906 ff.
- Schomerus, Thomas/Franßen, Gregor*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU), 2018.
- Schuelken, Tobias/Sichla, Benedikt*, Das Europäische Klimagesetz – Inhalt, Rechtsfragen und Ausblick, UPR 2021, S. 1 ff.
- Schwalb, Susanne/Weiler, Marcus*, Unanwendbarkeit der ECT-Schiedsklausel zwischen EU-Mitgliedstaaten, SchiedsVZ 2022, S. 38 ff.
- Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Johann, Schoo* (Hg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit.: *Autor:in*, in: J. Schwarze/U. Becker/A. Hatje/S. Johann (Hg.), EU-K, ⁴2019).
- Soltész, Ulrich*, Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht im Jahre 2019, EuZW 2020, S. 5 ff.
- Spieth, Wolf Friedrich*, Europarechtliche Unzulässigkeit des „nationalen Klimabeitrags“ für die Braunkohleverstromung, NVwZ 2015, S. 1173 ff.
- Spieth, Wolf Friedrich/Hamer, Martin*, Die neuen Zuteilungsregeln für Industrieanlagen in der dritten Phase des europäischen Emissionshandelssystems, NVwZ 2011, S. 920 ff.
- Stäsche, Uta*, Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2018/19 - Internationale und europäische Ebene (Teil 1), EnWZ 2019, S. 248 ff.
- Steiner, Udo/Brinktrine, Ralf* (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2018 (zit.: *Autor:in*, in: U. Steiner/R. Brinktrine (Hg.), BesVwR, ⁹2018).
- Stöbener de Mora, Sarah*, Das Achmea-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz. Die Auswirkungen und die Notwendigkeit eines EU-weiten Schutzmechanismus, EuZW 2018, S. 363 ff.
- , Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-405/16 P, NVwZ 2019, S. 626 ff.

- , Investitionsschutzrecht: EuGH-Vorlagen und Schlussanträge zur Vereinbarkeit von Intra-EU-Schiedsverfahren nach der Energiecharta mit EU-Recht, *EuZW* 2021, S. 363 ff.
- Streinz, Rudolf* (Hg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 3. Aufl., München 2018 (zit.: *Autor:in*, in: R. Streinz (Hg.), *EUV/AEUV*, ³2018).
- Stubenrauch, Jessica*, Ein Menschenrecht auf Wasser, *ZUR* 2010, S. 521 ff.
- Terhechte, Jörg Phillip* (Hg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden 2011 (zit.: *Autor:in*, in: J. P. Terhechte (Hg.), *VwREU*, 2021).
- Theobald, Christian/Kühling, Jürgen* (Hg.), *Energierrecht*, Bd. 1: Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparungen und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: Januar 2022, München (zit.: *Autor:in*, in: C. Theobald/J. Kühling (Hg.), *EnR*).
- Timmermann, Daniel*, Rechtspolitische Handlungsoptionen zur Reduzierung von CO₂-Emissionen, *EWeRK* 2019, S. 189 ff.
- Verheyen, Roda*, Rechtliche Instrumente zur Verhinderung neuer Kohlekraftwerke. Gutachten im Auftrag Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland und der Deutschen Umwelthilfe, 2013.
- Vofßkuhle, Andreas*, Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration, *NVwZ-Beilage* 2013, S. 27 ff.
- Wallrabenstein, Astrid*, Leistungsverwaltung (§ 19), in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 (zit.: *A. Wallrabenstein*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hg.), *HVwR I*, 2021).
- Wilske, Stephan/Ebert, Björn P.*, EuGH | Investitionsschutz: Schiedsklausel im Vertrag über die Energiecharta innerhalb der EU nicht anwendbar, *IWRZ* 2021, S. 281 f.
- , */Markert, Lars/Ebert, Björn P.*, Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2021 und Ausblick auf 2022, *SchiedsVZ* 2022, S. 111 ff.

- Winkler, Daniela/Baumgart, Max/Ackermann, Thomas*, Europäisches
Energierrecht, Baden-Baden 2021 (zit.:
D. Winkler/M. Baumgart/T. Ackermann, EuEnR, 2021).
- Zeccola, Marc/Pfeiderer, Roman*, Legitimation durch Partizipation?
Verfassungsrechtliche Hürden am Beispiel der Kohlekommission, DÖV
2021, S. 59 ff.
- Ziehm, Cornelia*, Europarechtliche Zulässigkeit nationaler CO₂-
Emissionsstandards für Energieerzeugungsanlagen, ZNER 2014, S. 34 ff.