

Stellungnahme

**zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft
und Energie des Deutschen Bundestages am 7. September
2020**

zum

**öffentlich-rechtlichen Vertrag zur Reduzierung und Beendi-
gung der Braunkohleverstromung in Deutschland**

Prof. Dr. Bernd Dammert
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Leipzig, den 01. September 2020

Inhaltsverzeichnis:

I. ZUR REICHWEITE DER GESETZLICHEN GRUNDLAGE FÜR DEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN VERTRAG	3
II. ZIEL UND STRUKTUR DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN VERTRAGS	3
III. AUSGEWÄHLTE EINZELASPEKTE	4
1. Planungs- und Genehmigungsverfahren Tagebaue (§ 5 des Vertrages)	4
2. Unterstützung der Umplanungen und Umgenehmigungen durch die Länder und den Bund (§ 6 des Vertrages)	5
3. Bergrechtliche Verantwortung der Tagebaubetreiber (§ 7 des Vertrages)	5
4. Verwendung der Entschädigung	6
5. Rechtsbehelfsverzicht	7
IV. FAZIT	9

I. Zur Reichweite der gesetzlichen Grundlage für den öffentlich-rechtlichen Vertrag

§ 49 KVBG ermächtigt die Bundesregierung, mit Zustimmung des Bundestages einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit den Betreibern von Braunkohleanlagen zur Reduzierung und Beendigung der Braunkohleverstromung abzuschließen.

Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist in zweifacher Hinsicht begrenzt:

Zum einen betrifft sie nur Braunkohleanlagen (§ 3 Nr. 9 KVBG) und nicht Steinkohleanlagen (§ 3 Nr. 25 KVBG). Zum anderen können in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag nur die aus §§ 40 bis 47 KVBG folgenden Rechte und Pflichten zusätzlich vertraglich geregelt werden. Im Kern erfasst § 49 Kohleausstiegsgesetz daher Umsetzungsregeln zur Stilllegung von Braunkohleanlagen sowie die Entschädigung hierfür.

Formal gesehen bewegt sich der öffentlich-rechtliche Vertrag im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gemäß § 49 S. 1 KVBG.

Zugleich werden hiermit auch die Empfehlungen der KWSB umgesetzt.

II. Ziel und Struktur des öffentlich-rechtlichen Vertrags

In § 49 S. 1 KVBG heißt es etwas überraschend, der Vertrag diene dazu, "die sich aus den §§ 40 bis 47 folgenden Rechte und Pflichten **zusätzlich** vertraglich" zu regeln. Denn üblicherweise dienen öffentlich-rechtliche Verträge dazu, **ergänzende** Regelungen, insbesondere zur Vollziehung von Gesetzen zu treffen und nicht dazu, gesetzlich bereits Geregelter nochmals vertraglich zu regeln. Das in der Präambel des Vertrages genannte Ziel desselben wird dahin formuliert, "eine ausgewogene, für alle Seiten tragbare Lösung der Reduzierung und Beendigung der Braunkohleverstromung in Deutschland" zu erreichen. Unklar bleibt, ob bereits das Kohleausstiegsgesetz diese Lösung beinhaltet oder erst durch den Vertrag herbeigeführt werden soll.

Denn bemerkenswert ist insofern, dass die dem Vertrag zugrunde liegenden Regelungen des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes zu Braunkohleanlagen und wesentliche Vertragsklauseln **wortgleich** sind. Wozu diese Dopplungen erfolgen, bleibt unklar. Rechtlich gesehen sind die gesetzlichen Regelungen vorrangig gegenüber dem Vertrag. Davon geht auch § 49 KVBG aus.

Abschnitt 1 des Vertrages entspricht im Kern den §§ 40-43 KVBG. Abschnitt 5 des Vertrages ist in den §§ 44-46 KVBG nachgebildet.

Aus diesem Grunde konzentrieren sich die weiteren Ausführungen auf die Einzelaspekte, die im Kohleverstromungsbeendigungsgesetz noch nicht (abschließend) geregelt sind.

III. Ausgewählte Einzelaspekte

1. Planungs- und Genehmigungsverfahren Tagebaue (§ 5 des Vertrages)

Die Präambel des Vertrages weist zutreffend darauf hin, dass die Reduzierung und Beendigung der Braunkohlenverstromung auch tiefe, unumkehrbare Eingriffe in die Braunkohlentagebaue verursachen.

Praktisch und rechtlich bedeutet dies, dass die bisherigen Betriebsplanungen für die einzelnen Tagebaue überprüft und angepasst werden müssen. Hieraus wiederum folgt, dass die für den Fortbetrieb der Tagebaue erforderlichen Genehmigungen, Erlaubnisse und Zulassungen ebenfalls an die veränderten Betriebsplanungen angepasst werden müssen. Sowohl nach dem Kohleverstromungsbeendigungsgesetz als auch nach dem Vertrag geht es hierbei darum, einen unterbrechungsfreien Fortbetrieb der Tagebaue zu gewährleisten.

§ 5 Abs. 1 des Vertrages entspricht der diesbezüglichen "gesetzlichen Lastenverteilung": Die Unternehmen erstellen die Planungsunterlagen und beantragen die Genehmigungen, Erlaubnisse und Zulassungen. Die zuständigen Landesbehörden führen die entsprechenden Verfahren durch und erteilen nach Maßgabe der fachgesetzlichen Regelungen die entsprechenden Genehmigungen.

Das Problem an den notwendigen Umplanungen und Umgenehmigungen besteht nicht nur in dem erheblichen Aufwand, der hierdurch verursacht wird. Vielmehr spielt der Zeitfaktor eine wesentliche Rolle. Denn die Genehmigungsverfahren sind komplex und können nicht „über Nacht“ durchgeführt und entschieden werden. Obwohl in der Präambel und § 6 des Vertrages Bund, Länder und Unternehmen die Absicht erklären, die entsprechenden Verfahren konstruktiv zu betreiben und zu fördern, kann weder das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz noch der Vertrag garantieren, dass die notwendigen Genehmigungen rechtzeitig erteilt werden. Aus diesem Grunde spricht § 5 Abs. 2 S. 2 des Vertrages auch das Risiko von Verzögerungen im Planungs- und Genehmigungsverfahren und einen hierdurch möglicherweise verursachten Haltebetrieb an. Der Vertrag legt das damit verbundene wirtschaftliche Risiko den Unternehmen auf. Gleichwohl ist der Vertrag dahingehend auszulegen und zu handhaben, dass auch der Bund und die Länder die Genehmigungsverfahren so zu unterstützen haben, dass sie effizient betrieben und rechtssicher abgeschlossen werden können. Dies ist im Wesentlichen eine Frage des Gesetzesvollzuges. Die hierfür erforderlichen wirtschaftlichen, personellen und sachlichen Mittel sind im Lichte der Präambel des Vertrages in ausreichendem Maße und rechtzeitig bereitzustellen.

Dass der Vertrag in § 5 Abs. 2 S. 1 festhält, dass die Kosten der Planungs- und Genehmigungsverfahren weiterhin die Unternehmen tragen, muss als Reflex auf das „Verursacherprinzip“ verstanden werden. Denn Auslöser der notwendigen Umplanungen sind nicht etwa autonome unternehmerische Entscheidungen, sondern klima- und

energiepolitische Vorgaben durch das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz. Gleichwohl haben sich die Vertragsparteien darauf geeinigt, dass die Unternehmen auch diese Umplanungskosten tragen. Eine aus Sicht des Bundes sicher vorteilhafte Regelung.

§ 5 Abs. 3 S. 2 des Vertrages enthält eine Verzichtserklärung der RWE Power AG, die bereits in ihrem Eigentum stehenden und von rechtlichen Zulassungen erfassten Flächen des sogenannten Hambacher Forstes nicht für den Tagebau in Anspruch zu nehmen. Diese Verzichtserklärung ist vertragsrechtlich zulässig. Sie führt aber nicht dazu, dass Genehmigungen wirkungslos werden. Vielmehr bedarf es auch insofern der Überprüfung der bisherigen Betriebsplanungen und in deren Folge die Entscheidung darüber, ob und welche planungs- und genehmigungsrechtlichen Anpassungen erforderlich sind. Inhaltlich gesehen beurteilt sich dies nach den entsprechenden Planungs- und Fachgesetzen des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen.

2. Unterstützung der Umplanungen und Umgenehmigungen durch die Länder und den Bund (§ 6 des Vertrages)

Die in § 6 enthaltene Erklärung, dass der Bund und die Länder die erforderlichen Planungs- und Genehmigungsverfahren unterstützen wollen, ist nicht mehr als eine Absichtserklärung. Denn die Vertragsparteien erklären selbst, dass die Durchführung der Genehmigungs- und Umplanungsverfahren in der eigenen Verantwortung der Länder liegt, die selbst überhaupt nicht Vertragspartei sind. Der vorliegende öffentlich-rechtliche Vertrag hat daher auch keine genehmigungsersetzende Funktion. Damit hängt der Vollzug des Vertrages in erheblichem Umfang von Bedingungen und Handlungen ab, die die Vertragsparteien selbst nicht vornehmen können. Wie groß dieses Risiko ist, muss sich erst noch erweisen. Ein hierauf gerichtetes spezifisches Risikomanagement enthält der Vertrag nicht.

3. Bergrechtliche Verantwortung der Tagebaubetreiber (§ 7 des Vertrages)

Die vorzeitige und planwidrige Beendigung der Kohlegewinnung hat nicht nur erhebliche Auswirkungen auf die Kohleförderung, sondern auch auf die Wiedernutzbarmachung der Tagebauflächen. Die bisherigen Planungen zur Wiedernutzbarmachung der vom Bergbau in Anspruch genommenen Oberfläche (§ 4 Abs. 4 BBergG) müssen an die durch das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz geschaffenen Anforderungen und Bedingungen angepasst werden. Dies betrifft sowohl den Zeitpunkt der Wiedernutzbarmachungsmaßnahmen als auch die für die notwendigen Maßnahmen zur Verfügung stehenden Massen.

§ 7 des Vertrages betont, dass die bergrechtliche Verantwortung für die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche und die Schaffung der Voraussetzungen für eine Beendigung der Bergaufsicht (§ 69 Abs. 2 BBergG) weiterhin uneingeschränkt bei den Bergbauunternehmen liegt. Dies gilt nicht nur für die rechtlichen Handlungspflichten

sondern auch für die Tragung der Tagebaufolgekosten auch und gerade infolge der vorzeitigen Stilllegung genehmigter Tagebaue.

Eine gesetzliche Verpflichtung, die durch die vorzeitige Stilllegung genehmigter Tagebaue verursachten Zusatzkosten zu tragen, enthält weder das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz noch das Bundesberggesetz.

Damit erweitert der Vertrag in § 7 Abs. 2 die bergrechtliche Verantwortung der Unternehmen beträchtlich über den gesetzlichen Rahmen hinaus. Bei einem Teilwiderruf der vorliegenden Genehmigungen hätte dies nach § 49 Abs. 6 VwVfG eine Entschädigungspflicht verursacht. Betroffen wären hiervon die Länder gewesen, weil diese das Bundesberggesetz mit ihren Behörden vollziehen. Diese Konsequenz umgeht der Vertrag durch die erweiterte Pflichtenübernahme der Unternehmen.

Der Vertrag ist damit für den Bund und mittelbar auch die Länder rechtlich und wirtschaftlich vorteilhaft.

4. Verwendung der Entschädigung

Nach § 44 Abs. 1 KVBG erhalten die Kraftwerksunternehmen für die Stilllegung von Braunkohleanlagen eine gesetzlich festgelegte Entschädigung.

Nach § 14 des Vertrages verpflichten sich die vertragsschließenden Unternehmen mit der Entschädigung für die Stilllegung der Braunkohleanlagen (Kraftwerke) auch die Tagebaufolgekosten (§ 7 Abs. 2 des Vertrages) für die Tagebaue zu decken. Dies gilt auch und gerade für diejenigen Mehrkosten, die dadurch entstehen, dass die Auskohlung der Tagebaue durch die Beendigung der Verstromung anders als bisher geplant und genehmigt erfolgt.

Damit wird die gesetzlich für die Stilllegung der Braunkohlenanlage gewährte Entschädigung vertraglich auf einen anderen Verwendungszweck, nämlich die Tragung der Tagebaufolgekosten, "übergeleitet".

De facto und de jure bedeutet dies, dass die für die Kraftwerksstilllegung gewährte Entschädigung den Kraftwerksbetreibern insofern nicht mehr zu gute kommt, sondern einer Zweckbindung für die Tragung der Tagebaufolgekosten unterworfen wird.

Diese „Junktimierung“ von Entschädigung und Abdeckung von Tagebaufolgekosten geht weit über bestehende gesetzliche Verpflichtungen hinaus. Denn weder das Bundesberggesetz noch das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz sehen eine solche Mittelüberleitung von gewährten Entschädigungen vor. Würde man das Verursacherprinzip zugrunde legen, würde sich auch hieraus eine andere Rechtsfolge ergeben.

Die Regelung bedeutet eine erhebliche Entlastung und Sicherung der öffentlichen Haushalte. Dies gilt auch und gerade im Hinblick auf stilllegungsbedingte Tagebaufolgekosten.

5. Rechtsbehelfsverzicht

Abweichend vom Gesetzentwurf der Bundesregierung wurde in § 49 S. 1 KVBG die Ermächtigung der Bundesregierung zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auch auf die Regelung des "Rechtsbehelfsverzichts der Betreiber" erstreckt.

Unklar ist zunächst, wen das Gesetz mit "Betreiber" meint. In den Begriffsbestimmungen in § 3 KVBG taucht dieser Begriff nicht auf. In § 49 KVBG ist einmal von "Betreibern von Braunkohleanlagen", dann wiederum von "Braunkohletagebauunternehmen", und sodann von "Tagebaubetreibern" die Rede.

Mit Blick darauf, dass der Vertrag mit den Anlagenbetreibern im Sinne von § 3 Nr. 2 KVBG abgeschlossen werden soll, dürften auch diese im Kontext mit dem im Gesetz angesprochenen Rechtsbehelfsverzicht gemeint sein. Völlig zweifelsfrei ist dies aber nicht.

Der vertragliche Rechtsbehelfsverzicht in § 23 des Vertrages nimmt breiten Raum ein. Bemerkenswert ist, dass sich der Rechtsbehelfsverzicht nach § 23 Abs. 1 nicht nur auf die Regelungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages selbst, sondern auch und gerade auf die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes erstreckt. Durch § 23 Abs. 5 wird der Rechtsbehelfsverzicht auch auf die von den vertragsschließenden Unternehmen abhängigen Unternehmen im Sinne von § 17 AktG erweitert. Durch die letztgenannte Regelung soll ersichtlich der Rechtsbehelfsverzicht auch auf Unternehmen erstreckt werden, die selbst nicht Vertragspartei sind, ohne Gefahr zu laufen, einen rechtlich unzulässigen Vertrag zulasten Dritter abzuschließen.

Ob der in § 23 des Vertrages enthaltene Rechtsbehelfsverzicht verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist, ist nicht frei von Zweifeln.

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährt Grundrechtsträgern von Verfassungen wegen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Grundrechtsträger sind gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Dies wird man im Lichte von Art. 12, 14 GG für die vertragsschließenden Unternehmen ohne weiteres bejahen können.

Bei der Beurteilung des vertraglichen Rechtsbehelfsverzichts wird man zwischen der Verzichtsklausel in § 23 Abs. 1 und § 23 Abs. 2 und 3 des Vertrages differenzieren müssen:

Im Hinblick auf den Ausschluss einer verfassungsrechtlichen Überprüfung des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes stellt sich die Frage, ob Gesetzgebungsakte überhaupt dem Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG unterliegen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies zwar bislang verneint. In der verfassungsrechtlichen Literatur wird dies hingegen meistens bejaht (vgl. nur Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Februar 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 93).

Verwaltungshandlungen beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gehören hingegen zweifelsfrei zum Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG (Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Februar 2020, Art. 19, Abs. 4, Rn. 69).

Insoweit stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmittelverzicht von Verfassungen wegen zulässig ist oder nicht. Rechtsdogmatisch läge hierin ein Akt der Einwilligung in eine etwaige Grundrechtsbeeinträchtigung. Einigkeit besteht dahin, dass ein Rechtsmittelverzicht unter folgenden Voraussetzungen zulässig ist:

Der Rechtsmittelverzicht muss einen bestimmten, dem Betroffenen bekannten Akt öffentlicher Gewalt betreffen. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn er dem Betroffenen bereits bekannt gemacht worden ist (Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Februar 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 247): Dies wird man im Hinblick auf § 23 Abs. 1 und 2 des Vertrages bejahen können. Im Hinblick auf § 23 Abs. 3 des Vertrages spricht hingegen vieles gegen die Zulässigkeit des Rechtsbehelfsverzichts, da die belastenden Hoheitsakte noch nicht einmal in Umrissen erkennbar sind (Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Februar 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 247). Letztlich handelt es sich um einen unzulässigen Blanko-Verzicht.

Eine verfassungsrechtlich wirksame Einwilligungserklärung der von den vertragschließenden Unternehmen abhängigen Unternehmen im Sinne von § 17 AktG wird man bezogen auf § 23 Abs. 5 des Vertrages kaum annehmen können. Abgesehen davon wirft die in § 23 Abs. 6 des Vertrages enthaltene Formulierung "ein von ihr abhängiges Unternehmen im Sinne von § 17 AktG gegen seine Pflichten aus den Absätzen (1) bis (3) oder (5)" die Frage auf, ob es sich nicht doch um einen unzulässigen Vertrag zugunsten Dritter handelt. Denn die abhängigen Unternehmen sind selbst nicht Vertragsparteien. Woraus sich dann eigene vertragliche Pflichten dieser abhängigen Unternehmen ergeben sollen, bleibt unklar.

Insgesamt gesehen ist der nach Art und Inhalt atypisch weitgefaste Rechtsbehelfsverzicht mit nicht unerheblichen Rechtsrisiken behaftet. So verständlich es auch sein mag, dass man langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen vermeiden will. So sehr sollte man doch erwägen, ob nicht der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Justizgewährleistungsanspruch nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG einen höheren Stellenwert eingeräumt bekommen sollte.

Dies gilt umso mehr, als der Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drucksachen 19/17342, Seite 39) die Befugnis zur Regelung eines Rechtsbehelfsverzichts überhaupt nicht vorsah. Aus welchen Erwägungen der Rechtsbehelfsverzicht dann in das Gesetz aufgenommen wurde und welche verfassungsrechtlichen Überlegungen hierzu angestellt worden sind, lässt sich den Drucksachen zur parlamentarischen Beratung des Gesetzes nicht entnehmen.

IV. Fazit

1. Der öffentlich-rechtliche Vertrag bewegt sich formal im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen und setzt zudem die Empfehlungen der KWSB um.
2. Der Vertrag enthält teilweise (wortgleiche) Wiederholungen des KVBG. Eigenständigen Regelungsgehalt haben insbesondere Teil 1 Abschnitt 2 bis 4 sowie Teil 3 und 4.
3. Der Vertrag erkennt an, dass die notwendigen Planungs- und Genehmigungsverfahren zur Anpassung der Tagebaue kosten- und zeitkritisch sind. Die daraus resultierenden Risiken werden den Unternehmen auferlegt und die öffentlichen Haushalte hiermit entlastet. § 5 Abs. 3 S. 2 enthält eine vertragsrechtlich zulässige Verzichtserklärung der RWE Power AG, die in ihrem Eigentum stehenden und von rechtlichen Zulassungen erfassten Flächen des Hambacher Forsts nicht für den Tagebau in Anspruch zu nehmen. Diese Verzichtserklärung führt zu planungs- und genehmigungsrechtlichen Anpassungserfordernissen.
4. Der Vollzug des Vertrages erfordert im Hinblick auf die Tagebaue Umplanungen und Umgenehmigungen. Ein spezifisches Risikomanagement für die damit einhergehenden zeitlichen Risiken enthält der Vertrag nicht. Die in § 6 enthaltene Unterstützungserklärung beinhaltet lediglich eine Absichtserklärung ohne erkennbare praktische Relevanz.
5. § 7 des Vertrages betont nicht nur die gesetzlich bestehende bergrechtliche Verantwortung für die Wiedernutzbarmachung. § 7 Abs. 2 des Vertrages erweitert diese Verantwortung vielmehr auch auf die Erfordernisse, die durch das KVBG erst ausgelöst werden. Auch insofern erweist sich der Vertrag für den Bund und mittelbar auch für die Länder rechtlich und wirtschaftlich als vorteilhaft.
6. Obwohl nach § 44 Abs. 1 KVBG die Entschädigung für die Stilllegung von Braunkohleanlagen (soll heißen Kraftwerke) gewährt wird, legt § 14 als Verwendungszweck der Entschädigung die Abdeckung der Tagebaufolgekosten fest. Das Risiko der öffentlichen Haushalte, für Kosten der (vorgezogenen und geänderten) Wiedernutzbarmachung der Tagebaue ersatzweise eintreten zu müssen, wird damit in ganz erheblichem Umfang gemindert. Der Vertrag geht damit deutlich über dasjenige hinaus, was entschädigungsrechtlich durch Gesetz geregelt werden könnte.

7. § 23 des Vertrages enthält einen umfassenden Rechtsbehelfsverzicht. Ob dieser in jeder Hinsicht verfassungsrechtlich zulässig ist, ist nicht frei von Zweifeln. Zudem enthält § 23 Abs. 6 des Vertrages Formulierungen, die als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter verstanden werden könnten. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Justizgewährleistungsanspruch nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG wird durch den umfassenden Rechtsbehelfsverzicht in ganz erheblichem Umfang eingeschränkt bzw. aufgehoben.

Leipzig, den 1. September 2020



- Prof. Dr. Dammert –
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht