

Stellungnahme zum Thema „Öffentlich- rechtliche Verträge der Bundesregierung mit den Braunkohlebetreibern“

Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Wirtschaft und
Energie des Deutschen Bundestages am 7. September
2020

Einleitung

Die Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ (KWSB) hat in ihren Empfehlungen von Januar 2019 für die Umsetzung des Braunkohlepfades eine einvernehmliche Lösung mit den Betreibern empfohlen. Aus diesem Grunde führte die Bundesregierung in der Folge nicht-öffentliche Verhandlungen mit den Betreibern zur Aushandlung von öffentlich-rechtlichen Verträgen.

Für den Fall, dass eine Einigung bis zum 30. Juni 2020 nicht zustande käme, empfahl der Abschlussbericht der KWSB eine ordnungsrechtliche Umsetzung.¹ Diese Möglichkeit der subsidiären Regelung durch Rechtsverordnung war auch in einer ersten Version des Kohleausstiegsgesetzes enthalten, wurde aber kurz vor Verabschiedung des Gesetzes gestrichen.²

Nunmehr findet sich in § 49 des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes (KVBG)³ lediglich die Ermächtigung zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit den Braunkohlebetreibern. Ein schon vor der Gesetzesverabschiedung ausgehandelter Entwurf dieses Vertrages wurde auf der Webseite des Bundeswirtschaftsministeriums Ende Juni veröffentlicht („Öffentlich-rechtlicher Vertrag zur Reduzierung und Beendigung der Braunkohleverstromung in Deutschland“, nachfolgend: Vertrag).⁴ Er bedarf laut dem KVBG der Zustimmung des Bundestages und ist Gegenstand dieser Stellungnahme.

Diese Stellungnahme wird auf folgende Punkte eingehen:

- den öffentlich-rechtlichen Vertrag als Instrument für den Braunkohleausstieg (1.),
- die Rechtsunsicherheit für ein klimapolitisch notwendiges Vorziehen von Stilllegungen (2.),
- die Einigung durch Vertrag einseitig zugunsten der Betreiber und zulasten von Demokratie, Klima und Umwelt (3.),
- die fehlende Kongruenz zwischen Gesetz und Vertrag (4.),
- die fortbestehende Intransparenz der Entschädigungsregelungen (5.), sowie
- beihilferechtliche Bedenken (6.).

¹ Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“, Abschlussbericht, Stand: Januar 2019, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/abschlussbericht-kommission-wachstum-strukturwandel-und-beschaefigung.pdf?__blob=publicationFile, S. 62.

² Vgl. § 43 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 24. Februar 2020, BT-Drs. 19/17342.

³ Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung (Kohleverstromungsbeendigungsgesetz – KVBG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. August 2020 (BGBl. I S. 1818).

⁴ Nunmehr auch als BT-Drs. 19/21120.

1. Vertrag als Instrument: Ziel der stärkeren Bindung künftiger Gesetzgeber gegenüber Betreibern

Der Vertrag spiegelt im Vergleich zu einer Regelung durch Gesetz oder Rechtsverordnung spiegelt verstärkt die Interessen der Betreiber wider und verschafft ihnen eine stärkere Rechtsposition. Bis zum Zeitpunkt dieser Stellungnahme sind wesentliche Informationen über das Zustandekommen der einzelnen Gesetzes- und Vertragsbedingungen nicht bekannt, insbesondere über die Zusammensetzung der Entschädigungssummen (dazu auch unter 5.).

Die vertraglichen Regelungen gewähren den Betreibern ein hohes Maß an Vertrauensschutz in Bezug auf künftige klima- und umweltpolitische Entwicklungen. Künftige Streitpunkte werden immer mit Blick auf den Vertrag und die Auslegung seiner z.T. offen formulierten Bestimmungen behandelt werden. Dabei wird sich die Frage stellen, ob zukünftige politische Maßnahmen und rechtliche Änderungen im Zusammenhang mit dem Kohleausstieg von dem Vertrag (und den mit ihm abgegoltenen Ansprüchen⁵) umfasst sind. Dann könnte die entsprechende Maßnahme eine Verletzung der vertraglichen Pflichten der Bundesregierung darstellen und damit eine Schadensersatzpflicht oder einen Anpassungsanspruch gegenüber den Betreibern auslösen. In diesen Fällen wird entscheidend sein, worauf sich die Betreiber nach den Bedingungen des Vertrages in Zusammenschau mit den gesetzlichen Regelungen einstellen mussten. Ist ihr Vertrauen auf den Weiterbestand eines bestimmten Zustands schutzwürdig, sind Änderungen nur unter Berücksichtigung dieses Vertrauensschutzes möglich (z.B. sind Übergangsregelungen oder Ausgleichszahlungen erforderlich).

Bei einer Vertragslaufzeit von ca. 18 Jahren und angesichts der Dynamik im Bereich der Klimapolitik ist es absehbar, dass in der Zukunft ein Regelungsbedürfnis entsteht, das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbar war. Daraus folgen zwangsläufig ungeklärte Fragen der Vertragsauslegung, die zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, etwa ob eine entsprechend geänderte Regelung vom Vertrag, z.B. dem Rechtsbehelfsverzicht, erfasst wurde oder als wesentliche Änderung anzusehen ist, die einen Anpassungsanspruch begründet, bzw. eine Verletzung der vertraglichen Pflichten darstellt. In dieser Situation eröffnet der Vertrag den Betreibern im Vergleich zu einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung einen umfassenden Schutz.

Bei einer Regelung durch Gesetz oder Rechtsverordnung ist bei der Änderung von gesetzlichen Regelungen der Staat nur entschädigungs- oder ausgleichspflichtig, wenn und soweit Grundrechte verletzt wurden.⁶ Das Grundgesetz gewährt damit bereits einen Schutz. Über diesen geht der Vertrag hinaus. Denn der Vertrag eröffnet die zusätzliche Möglichkeit, bei künftigen Änderungen gegen die Bundesregierung als Vertragspartnerin nach Maßgabe des durch den Vertrag gewährten Vertrauensschutzes vorzugehen.

Dabei geht eine Vertragsverletzung immer mit einem umfassenden Schadensersatzanspruch nach Maßgabe der vertraglichen Regelungen einher. Die wesentliche Änderung der

⁵ Vgl. § 22 Abs. 1 des Vertrages.

⁶ Vgl. Gaßner/Buchholz, Braunkohleausstieg durch Vertrag – Bindungswirkung und Demokratieprinzip, abrufbar unter: <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2020-06-17-oeffentlich-rechtliche-vertraege-mit-braunkohlebetreibern-coll-de.pdf>, S. 30.

Verhältnisse nach § 21 des Vertrages hat hingegen einen Anspruch auf Vertragsanpassung zur Folge. Da das Äquivalenzverhältnis nach dem Vertrag vor allem über die Entschädigungssummen hergestellt wird, bedeutet eine Vertragsanpassung damit auch in Zukunft in der Regel eine Anhebung der zu zahlenden Geldbeträge.

Somit eröffnet der Vertrag zwei Möglichkeiten, wie Betreiber in Zukunft mit Änderungen umgehen können, bei denen sie die Vertragsäquivalenz gestört sehen:

- Zum einen lässt der Vertrag offen, ob bei der Ausübung der Rechtssetzungsbefugnis in der Energie- und Klimapolitik Ansprüche auf Anpassung des Vertrages entstehen (§ 20 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1, Abs. 2 des Vertrages). Hierauf könnten sich Betreiber berufen.
- Zum anderen sind Klagen wegen Ansprüchen aufgrund von Vertragsverletzungen, die sich auf die Regelungsbefugnis im Bereich der Energie- und Klimapolitik stützen, weiterhin möglich. Sie werden durch den im Vertrag geregelten Rechtsverzicht gerade nicht ausgeschlossen.⁷

Im Vergleich zur gesetzlichen Regelung, die auch Vertrauensschutz schafft, liegen die Vorteile des vertraglichen Vertrauensschutzes für die Betreiber darin, dass einerseits sehr viel klarer bestimmte Regelungen für die Zukunft als unzulässig bzw. bestimmte Situationen, die nach dem Willen der Vertragsparteien Anpassungen zur Folge haben sollen, definiert werden (so geschehen durch § 21 Abs. 1 S. 3 des Vertrages, zum einseitigen Einfluss auf die Vertragsgestaltung siehe unter 3.). Andererseits können die Tatbestände offen formuliert werden, sodass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unklar bleibt, was darunter fallen könnte.

Ein Beispiel findet sich in § 21 Abs. 1 S. 3 lit. e des Vertrages, der die Vertragsanpassung bei „sonstige[n] regulatorische[n] Eingriffe[n], durch die erheblich in das Äquivalenzverhältnis [des] Vertrages eingegriffen wird“, vorsieht. Auch wenn in der Folge weitere subjektive („darauf angelegt ist“) und objektive („und die unmittelbare Wirkung hat“) Kriterien definiert werden, verbleibt eine Unsicherheit allein durch die offene Formulierung.

Dies bedeutet, dass der Vertrag zwar die Regelungsbefugnis in der Energie- und Klimapolitik an sich unberührt lässt, die Betreiber sich aber sehr wohl darauf berufen könnten, dass entsprechende Regelungen eine wesentliche Änderung der Verhältnisse oder eine

⁷ Der Rechtsbehelfsverzicht in § 23 Abs. 1, Abs. 2 des Vertrages erfasst nur Klagen **gegen** sich aus dem Vertrag oder dem Gesetz ergebende Pflichten. Somit ist etwa die Klage gegen die gesetzliche Pflicht, eine Anlage zu einem bestimmten Datum stillzulegen, ausgeschlossen. Umgekehrt kann jedoch die **Einhaltung** von Pflichten aus dem Vertrag durch Klagen eingefordert werden, vgl. § 23 Abs. 4 lit. b des Vertrages. Hierbei kann es sich etwa um die Pflicht der Bundesregierung handeln, eine Tranche der Entschädigungen gemäß den Auszahlungsbedingungen zu zahlen – auch die Einforderung dieser Pflicht ist nach dem Vertrag weiterhin möglich. Der Rechtsbehelfsverzicht schließt jedoch mit diesen Fällen diejenigen Klagen **nicht aus**, die sich darauf stützen, dass eine Pflicht aus dem Vertrag **verletzt** wurde und die damit einhergehenden Schadensersatzforderungen. Dies könnte z.B. eine Klage eines Betreibers gegen eine klimapolitische Maßnahme sein, mit der geltend gemacht wird, dass diese die Rechte des Betreibers nach dem Vertrag verletzt (etwa mit der Argumentation, dass diese die Vertragsäquivalenz in Frage stellt). Dies wird bestätigt durch § 23 Abs. 4 lit. d des Vertrages, wonach Rechtsbehelfe in Bezug auf Änderungen der Verhältnisse, die aus dem Bereich der Energie- und Klimapolitik (nach § 20 Abs. 2 des Vertrages) herrühren, explizit möglich bleiben.

Vertragsverletzung darstellen (zu den daraus resultierenden Unsicherheiten für die Klimapolitik unter 2.).

Es wird sich dabei voraussichtlich nicht in allen Fällen klar bestimmen lassen, ob eine bestimmte Änderung durch den Vertrag erfasst und abgegolten wurde oder z.B. ein vereinbarter Rechtsbehelfsverzicht greift. Die so entstehende Unsicherheit geht immer zugunsten der Betreiber, da sie zumindest die Möglichkeit schafft, eine Drohkulisse aufzubauen und so die Verhandlungsposition stärkt. Diese Unsicherheit bestünde nicht im gleichen Maße bei einer gesetzlichen Regelung, da die Pflichten klarer formuliert werden können und die Interessen der Betreiber rechtssicher und angemessen nach den Grundsätzen der Staatshaftung berücksichtigt werden können, die durch eine detaillierte höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisiert sind. Bei einer vertraglichen Regelung hingegen können öffnende Klauseln in Zukunft unterschiedlich ausgelegt werden. Da künftige umwelt- und klimapolitische Veränderungen nur von einer Seite des Vertrages beabsichtigt werden, nämlich künftigen Regierungen und Gesetzgebern, wirkt die festgestellte Unsicherheit zu Lasten der Umwelt- und Klimapolitik.

2. Rechtsunsicherheit für klimapolitisch notwendiges Vorziehen von Stilllegungen

Der Vertrag führt zu Rechtsunsicherheit, weil klima- und energiepolitische Regelungen künftiger Gesetzgeber eine Nachverhandlung der Vertrages zur Folge haben könnten.⁸ Das beschränkt zwar nicht per se die Befugnisse des Gesetzgebers, neue oder geänderte Regelungen in der Energie- und Klimapolitik zu erlassen.⁹ Die Verträge können aber in tatsächlicher Hinsicht die Entscheidung für oder gegen eine Maßnahme in der Zukunft beeinflussen, etwa weil eine Regierung nicht riskieren will, sich in Widerspruch zu den Verträgen zu setzen oder weil Schadensersatzforderungen befürchtet bzw. entsprechende Drohkulissen aufgebaut werden. Wie in den Ausführungen zur stärkeren Bindung durch eine vertragliche Regelung ausgeführt (siehe unter 1.), ist dies ein Problem, das bei der Regelung durch Vertrag erst entsteht und wegen der Laufzeit von 18 Jahren absehbar zu den skizzierten Konflikten führt.

Der Vertrag legt darüber hinaus zusätzliche zeitliche Voraussetzungen für ein Vorziehen von Stilllegungen nach 2030 fest. Denn nach dem Vertrag muss einerseits das Vorziehen eines Stilllegungsdatums fünf Jahre vor dem neuen vorzeitigen (d.h. um drei Jahre vorgezogenen) Stilllegungsdatum beschlossen werden.¹⁰ Dies führt dazu, dass (mindestens) acht Jahre vor dem in Anlage 2 zum Gesetz definierten Stilllegungsdatum eines Kraftwerks die Entscheidung über die Vorverlegung eines Stilllegungszeitpunkts getroffen sein muss, wenn ein Vorziehen entschädigungsfrei bleiben soll. Soll eine entsprechende Entscheidung etwa in Gesetzesform beschlossen werden, sind weitere Vorlaufzeiten für das entsprechende Verfahren einzubeziehen und der Zeitraum geht de facto über acht Jahre hinaus. Dies schwächt die Überprüfungszeitpunkte in den Jahren 2032 und 2029 (sowie für die Stilllegungen in 2034 und

⁸ Vgl. § 20 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 sowie nach § 21 Abs. 5 i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 3 lit. b, lit. e des Vertrages.

⁹ Dies bestätigt auch § 20 Abs. 2 des Vertrages.

¹⁰ Vgl. § 22 Abs. 2 S. 2 lit. a des Vertrages.

2035 ggf. sogar den Überprüfungszeitpunkt in 2026) deutlich und schränkt den klimapolitisch erforderlichen Entscheidungsspielraum und damit eine effektive Klimapolitik unnötig ein.¹¹ Nach dem KVBG soll überdies bei der Überprüfung im Jahr 2023 noch nicht die Vorziehung von Stilllegungen um drei Jahre geprüft werden,¹² was den Entscheidungszeitraum über frühere Stilllegungen unnötig weiter einschränkt. Wie später ausgeführt wird, steht diese vertragliche Regelung auch im Widerspruch zum Gesetz (zur fehlenden Kongruenz unter 4.).

Schließlich steht die Regelung zum nur ggf. entschädigungslosen Vorziehen auch im Widerspruch zu den Empfehlungen der KWSB. Danach sollten Stilllegungen nach 2030 entschädigungslos sein. Auch verfassungsrechtlich ist eine Begrenzung angemessen, da Entschädigungen aus verfassungsrechtlicher Sicht (etwa bei gesetzlichen Regelungen) nur zu leisten sind, wenn unverhältnismäßig in die Rechte der Betreiber eingegriffen wird. Bei einer Ankündigung mehr als acht Jahre im Voraus ist ein solcher unverhältnismäßiger Eingriff jedoch noch schwerer anzunehmen als bei Stilllegungen in den 2020er Jahren.

Aus klimapolitischer Perspektive ist daher zu fordern, dass das Vorziehen von Stilllegungen zu jedem Zeitpunkt geprüft werden kann und dass es ohne zusätzliche Voraussetzungen grundsätzlich entschädigungslos möglich bleibt. Ansonsten wird den Betreibern durch den Vertrag ohne Not ein weiterer Schutz vor dem Vorziehen von Stilllegungen gewährleistet – sie wären auch ohne diese Bestimmung durch das des Eigentumsgrundrecht nach Artikel 14 GG vor übermäßigen Belastungen durch ein Vorziehen geschützt.

Schließlich wird auch das Vorziehen von Stilllegungen oder des Enddatums um mehr als drei Jahre durch die vertragliche Regelung per se erschwert. Hier gilt das oben Gesagte zur im Vergleich zum Gesetz stärkeren vertraglichen Bindung (siehe unter 1.). Denkbar ist etwa, dass eine absehbare NDC-Erhöhung auf EU-Ebene durch andere oder zusätzliche, auch die Braunkohlebetreiber belastende Maßnahmen, umgesetzt werden muss, als das Vorziehen von Stilllegungsdaten um drei Jahre. Für den dann erforderlichen Handlungsspielraum legt der Vertrag unnötig Steine in den Weg.

3. Verträge einseitig zugunsten von Betreibern und zu Lasten von Demokratie, Umwelt und Klima

Der seit fast eineinhalb Jahren andauernde Verhandlungsprozess zu den Verträgen über den Braunkohleausstieg hat gezeigt, dass das Instrument der öffentlich-rechtlichen Verträge Risiken birgt, die sich im Falle des Kohleausstiegs gerade für die Perspektive des Umwelt- und Klimaschutzes negativ auswirken. Dies liegt insbesondere an der mangelnden Transparenz des Aushandlungsprozesses und den, aus der Beschränkung auf die Verhandlungspartner*innen folgenden, fehlenden Beteiligungsmöglichkeiten für

¹¹ Vgl. Verheyen, Kurz-Stellungnahme zum Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (KVBG), Entwurf eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (Braunkohle), Stand 23.06.2020, abrufbar unter: <https://www.greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/publications/20200701-greenpeace-stellungnahme-kvbg-oervertrag.pdf>, S. 4.

¹² Vgl. § 47 Abs. 1 KVBG.

zivilgesellschaftliche Akteur*innen. Es gab keine Beteiligungsprozesse, wie es sie im gesetzgeberischen Verfahren gegeben hätte.¹³

Das vertragliche Instrument eröffnet darüber hinaus den Betreibern eine wesentlich größere Einflussmöglichkeit auf das Endergebnis als der Gesetzgebungsprozess. Ihre Zustimmung ist Grundvoraussetzung für den Vertragsabschluss, während sie im Gesetzgebungsverfahren auf formale Beteiligungsrechte begrenzt wären. Die geschaffene Abhängigkeit von den Interessen der Betreiber zeigt sich deutlich an der derzeitigen Weigerung der LEAG den Vertrag zu unterzeichnen.¹⁴ Aufgrund der nunmehr fehlenden subsidiären Regelungsmöglichkeit durch Rechtsverordnung fehlt in dieser Situation das Druckmittel, also die Möglichkeit Regelung per Rechtsverordnung im Falle des Scheiterns des Vertrages, sodass – wie derzeit geschieht – ein Braunkohlebetreiber die gesamte Ausstiegsregelung verzögern können.

Die Verträge werfen damit auch eine Reihe von verfassungsrechtlichen Fragen auf, etwa ob ein Vertrag mit einem Privatunternehmen geschlossen werden kann, der in Teilen eine gesetzliche Regelung ersetzt und die Beteiligung von anderen Interessenvertreter*innen, wie Umweltverbänden, ausschließt oder deutlich reduziert.¹⁵ Denn die Verhandlung der vertraglichen Bestimmungen erfordert durch die Eigenheiten eines Verhandlungsprozesses erst einmal ein hohes Maß an Vertraulichkeit. Damit ist die Einbindung anderer Akteur*innen oder Abgeordneter in den Verhandlungsprozess und eine partizipative Mitgestaltung, sowie die Kontrolle durch die Öffentlichkeit nicht möglich. All dies trifft auf den Prozess zum vorliegenden öffentlich-rechtlichen Vertrag zum Braunkohleausstieg zu, denn es ist beispielsweise nicht bekannt, wie die Entschädigungen berechnet wurden oder welche Annahmen zu den Rekultivierungskosten gemacht wurden.

4. Fehlende Kongruenz von Gesetz und Vertrag

Durch die Parallelität einer Regelung durch Vertrag und Gesetz haben sich neue Unstimmigkeiten ergeben: Der Vertragsinhalt weicht zum Teil vom Gesetz ab, sodass hier keine Kongruenz besteht. Dies ist nicht nur im Sinne der Normenklarheit (Was gilt?) zu vermeiden, sondern schafft auch ein rechtliches Problem. Denn diese Unstimmigkeiten könnten dazu führen, dass der Vertrag ggf. nicht von der gesetzlichen Ermächtigung in § 49 KVBG zu seinem Abschluss getragen wird.

¹³ So auch das Rechtsgutachten von Gaßner/Buchholz, Braunkohleausstieg durch Vertrag - Bindungswirkung und Demokratieprinzip, Stellungnahme im Auftrag von ClientEarth, April 2020, abrufbar unter: <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2020-06-17-oeffentlich-rechtliche-vertraege-mit-braunkohlebetreibern-coll-de.pdf>, S. 3, 29.

¹⁴ Vgl. die Meldung vom 21.8.2020 unter: <https://www.finanzen.net/nachricht/aktien/braunkohleausstieg-rwe-will-wohl-nachverhandlung-bei-kohlevertrag-rwe-aktie-fester-9220606>.

¹⁵ Das Rechtsgutachten von Gaßner/Buchholz (Fn. 13) listet auf fast zwei Seiten verfassungsrechtliche Fragen auf, die sich durch die vertragliche Gestaltung des Braunkohleausstiegs stellen und die im Rahmen des Gutachtauftrages nicht beantwortet werden konnten, s. Gaßner/Buchholz (Fn. 5), S. 13 ff.

a. Entschädigungssummen: Verhandlungsergebnis oder nachweisbarer Schaden seitens der Betreiber?

Am deutlichsten sichtbar ist die fehlende Kongruenz bei der Regelung der Entschädigungssummen: Diese werden nach dem Gesetz für etwas ganz anderes vorgesehen, als die Regelung über ihre Verwendung im Vertrag aussagt. Gemäß der Ermächtigung zum Vertragsabschluss in § 49 KVBG soll der die „*Verwendung der Entschädigung*“ regeln.

Das nun verabschiedete KVBG spricht von einer Entschädigung ausschließlich für die Stilllegung von Braunkohleanlagen.¹⁶ Aus dem Vertrag wird jedoch deutlich, dass die Summen fast ausschließlich zur Deckung der Tagebaufolgekosten verwendet werden sollen. Hiermit besteht das große Risiko, dass Kosten der Tagebaubetreiber übernommen werden, für die sie ohnehin nach ihrer bergrechtlichen Verantwortung für die Wiedernutzbarmachung und Vermeidung gemeinschädlicher Einwirkungen hätten aufkommen müssen.¹⁷ Damit besteht ein Widerspruch zwischen Vertrag und Gesetz bei der Frage, wofür die Entschädigungen gezahlt werden sollen.

Mit Blick auf die Entwicklung des Gesetzesentwurfs seit Veröffentlichung des ersten Referentenentwurfs im Januar 2019 wird jedoch klar, dass das Problem ein viel größeres ist: Durch das Einlassen auf Verhandlungen über den Braunkohleausstieg, kann der Vertrag nur ein Verhandlungsergebnis nachzeichnen. Zu Beginn wurde seitens der Bundesregierung zwar wohl versucht, dem Anspruch gerecht werden, die Summe der Entschädigungen im Sinne einer Entschädigungsformel zu rechtfertigen. Hiervon zeugte, dass in einem ersten Gesetzesentwurf noch die Formel zur Berechnung der Entschädigung in einer Anlage zum Gesetz enthalten sein sollte.¹⁸ Die Anlage wurde zwar in der Folgeversion des Gesetzes gestrichen, die Begründung sprach aber immer noch von einer „*formelbasierten Entschädigungslogik*“ in Anlehnung an die im Zusammenhang mit der Sicherheitsbereitschaft verwendete Formel.¹⁹ Demnach sollte diese Formel folgende Parameter in die Berechnung der Entschädigung einbeziehen: „*entgangene Strommarkterlöse, [...] Erlöse aus der Bereitstellung von Regelenergie und Redispatch, Wärmeerlöse*“, etc.²⁰ Aus dem Gesetzestext wurde auch deutlich, dass hier die

¹⁶ § 44 Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 9 KVBG.

¹⁷ Vgl. § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7, Nr. 9 BBergG. Hierfür sind bereits während des Tagebaubetriebs entsprechende finanzielle Sicherheiten zu leisten, vgl. § 56 Abs. 2 BBergG. Ausführlich hierzu Ziehm, Entschädigungen für Kraftwerksstilllegungen nach KVBG: Finanzhilfen zur Erfüllung bergrechtlicher Betreiberpflichten und zum (Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen, August 2020, abrufbar unter: <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2020-08-26-entschaedigungen-fuer-kraftwerksstilllegungen-nach-kvbg-ziehm-analyse-ext-de.pdf>.

¹⁸ Der Referentenentwurf von Januar 2020 enthielt einen Platzhalter für eine Anlage 3 für die Bemessung der Entschädigungen und ihre Auszahlungsmodalitäten.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 138: „*Die Höhe der Entschädigung orientiert sich an der Vergütungsformel der Sicherheitsbereitschaft gemäß Anhang zum § 13g EnWG. [...] Auf Grundlage dieser formelbasierten Entschädigungslogik ergibt sich eine Entschädigung von 2,6 Mrd. Euro für die Anlagen im Rheinischen Revier und 1,75 Mrd. Euro für die Anlagen im Lausitzer Revier.*“

²⁰ Ebenda.

Tagebaufolgekosten eine Rolle spielen würden;²¹ in der Zusammenschau mit den Ausführungen zur formelbasierten Entschädigungslogik war aber davon auszugehen, dass diese nur einen Teil ausmachen würden.

Mit den nun getroffenen Regelungen muss bezweifelt werden, dass die Entschädigungssummen tatsächlich für den Ausgleich der durch die frühere Stilllegung von Kohlekraftwerken entstehenden Schäden gezahlt werden. Wahrscheinlicher ist, dass es sich hier um ein pauschales „Entschädigungspaket“ oder „unbezifferte Interessen“²² ohne klare Zuordnung handelt, um z.B. Risiken z.B. durch Schiedsverfahren nach dem Energiecharta-Vertrag wie im Falle des Atomausstiegs auszuschließen.²³

Die Klarstellung, wofür am Ende die Entschädigungen in Höhe von 4,35 Mrd. € fließen werden, ist dabei nicht nur im Sinne der Transparenz zu fordern. Vielmehr werden mit diesen Widersprüchen auch Unsicherheiten für die Zukunft geschaffen, wenn es um Streitigkeiten zwischen der Bundesregierung und den Betreibern um die Vertragsauslegung gehen wird. Denn ist nicht klar, wofür Geld gezahlt wird, kann z.B. auch die Frage nicht geklärt werden, wann es nicht mehr ausgezahlt werden sollte. Weiterhin ist dies ein haushaltsrechtliches Problem, da nicht klar ist, ob der Grundsatz der Sparsamkeit in Bezug auf den öffentlichen Haushalt gewahrt ist. Schließlich ist diese Transparenz für das beihilferechtliche Verfahren vor der EU-Kommission erforderlich und die Verschleierung, dass es sich hier um einen politischen Deal handelt, ein im gewählten Kohleausstiegsprozedere angelegtes hohes Risiko für die beihilferechtliche Genehmigung durch die EU (siehe unter 6.).

b. Zusätzliche Voraussetzungen an das Vorziehen von Stilllegungen

Ein weiterer Aspekt der fehlenden Kongruenz zwischen Vertrag und Gesetz ist die Möglichkeit, im Rahmen einer Überprüfung auch über ein Vorziehen von Stilllegungsdaten und des Enddatums der Kohleverstromung zu entscheiden. Das Gesetz gibt die Zeitpunkte vor, an denen eine solche Überprüfung stattfindet (§ 47 Abs. 1 KVBG), formuliert jedoch keine weiteren Voraussetzungen an das Vorziehen. Hierüber geht der Vertrag hinaus, indem er weitere Voraussetzungen für das Vorziehen von Stilllegungen definiert und diese damit unter Umständen erschwert. Denn aus den vertraglichen Regelungen ergibt sich, dass für ein Vorziehen von Stilllegungsdaten, das nicht acht Jahre vor dem in der Anlage 2 zum KVBG verankerten Stilllegungsdatum beschlossen ist, Entschädigungen zu zahlen sind.²⁴ Dies erschwert effektive Klimapolitik (siehe unter 2.), ist aber auch ein rechtliches Problem.

Die gesetzliche Ermächtigung zum Vertragsabschluss in § 49 KVBG äußert sich zur Frage des Vorziehens nicht ausdrücklich und formuliert nur, dass „*der Vertrag die „Rechte und Pflichten aus den §§ 40-47 zusätzlich vertraglich [regelt]“*. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass der Vertrag eben keine weiteren Voraussetzungen für das Vorziehen definieren soll.

²¹ So hieß es in § 42 Abs. 2 lit. 3 des Gesetzesentwurfs: „[D]urch die Entschädigung werden wirtschaftliche Nachteile aufgrund des vorzeitigen Braunkohleausstiegs im Hinblick auf Bergbauverpflichtungen, notwendige Umstellungen, Personalrestrukturierungen und Stromvermarktung abgegolten“, vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 39.

²² Vgl. Verheyen (Fn. 11), S. 4.

²³ Der Vertrag enthält hierzu eine recht ausführliche Regelung in § 24. Auch sie kann keine vollständige Sicherheit bzgl. des Ausschlusses von Schiedsklagen schaffen. ClientEarth – Anwälte der Erde e.V. wird in Kürze hierzu eine ausführliche Bewertung veröffentlichen.

²⁴ Vgl. § 22 Abs. 2 S. 2 lit. a des Vertrages.

Damit geht der Vertrag über die vom Gesetzgeber erlaubte Vertragsgestaltung hinaus²⁵ – der Vertrag zwischen der Bundesregierung und Privaten regelt dann etwas Anderes, als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber im Gesetz verankert hat.

5. Entschädigungen: intransparent und unter Verstoß gegen EU-Recht?

Die Entschädigungen sind zentraler Bestandteil des ausgehandelten Braunkohleausstiegs. Der Vertrag setzt jedoch die bestehende Intransparenz fort und verfestigt bestehende Probleme weiter. Er riskiert mit der Zweckentfremdung von Entschädigungen sogar einen Verstoß gegen das Verursacherprinzip, als grundlegendes Prinzip des deutschen und EU-Umweltrechts.

a. Intransparente Entschädigungen mit Folgen für die Zukunft

Die Entschädigungshöhe für die Schließung von Braunkohleanlagen wird nach den letzten Änderungen sowohl im Gesetz als auch im Vertrag geregelt. Weder der Vertrag noch das Gesetz geben allerdings Aufschluss darüber, wie die Entschädigungssummen berechnet wurden. Insbesondere fehlen Angaben zur Bemessungsgrundlage und darüber, welcher Anteil der Entschädigungen für welchen Posten vorgesehen wurde.

Diese anhaltende Intransparenz legt Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Vertragsauslegung für die Zukunft an, denn der Vertrag enthält weiterhin die Bestimmung, dass mit den vereinbarten Entschädigungen die Ansprüche für einen Kohleausstieg mit Enddatum 2038 abgegolten sind (vgl. § 22 Abs. 1 des Vertrages). Durch die fehlende Nachvollziehbarkeit der Entschädigungssummen lässt sich jedoch weder jetzt, noch in Zukunft bei möglichen Streitigkeiten um die Einhaltung und Auslegung des Vertrages überprüfen, ob das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gewahrt ist. Auch die Gefahr, dass es zu deutlichen Überkompensierungen kommt, besteht weiterhin und geht einher mit Risiken für das beihilferechtliche Verfahren bei der EU-Kommission. Das Öko-Institut hatte zuletzt vorgerechnet, dass die Entschädigungen um ca. 2 Mrd. Euro zu hoch sein könnten.²⁶

Die fehlende Nachvollziehbarkeit hinsichtlich der Entschädigungshöhe hat auch zur Folge, dass zukünftig nicht klar ist, wann und unter welchen Voraussetzungen Korrekturen der Entschädigungshöhen möglich sind. Entsprechend sehen weder Vertrag noch Gesetz ausdrücklich Möglichkeiten vor, die Entschädigungshöhe, z.B. bei Fehlern, zu korrigieren. Geht man von einer formelbasierten Entschädigungslogik aus, wäre diese Möglichkeit nur folgerichtig, etwa für den Fall, dass falsche Annahmen getroffen wurden. Widersprüchlich hierzu ist, dass der Vertrag den Betreibern die Möglichkeit sichert, gegen Verringerungen der

²⁵ Es ist festzuhalten, dass die Ermächtigung in § 49 sehr wohl Bereiche der Vertragsgestaltung überlässt und hier nicht nur von einer (parallelen) vertraglichen Regelung ausgingt, z.B. bzgl. der Voraussetzungen und Rechtsfolgen bei Änderungen der Verhältnisse.

²⁶ Vgl. Matthes et al., Einordnung der geplanten Entschädigungszahlungen für die Stilllegungen deutscher Braunkohlekraftwerke im Kontext aktueller Entwicklungen, Juni 2020, abrufbar unter: <https://www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Einordnung-der-geplanten-Entschadigungszahlungen-fuer-deutsche-Braunkohlekraftwerke.pdf>.

Entschädigungshöhen in Zukunft klagen zu können.²⁷ Dies schafft nicht nur ein Ungleichgewicht in den vertraglich zugesicherten Leistungen. Anpassungen der Entschädigungshöhe, etwa aufgrund von Berechnungsfehlern oder neuen Informationen etc., müssen auch zur Wahrung des Grundsatzes der Sparsamkeit in Bezug auf den öffentlichen Haushalt in Zukunft möglich sein.

b. Zweckentfremdung der Entschädigungen entgegen Verursacherprinzip

Auf das Problem der fehlenden Kongruenz zwischen Vertrag und Gesetz bei den Entschädigungen wurde bereits hingewiesen. Hierdurch entsteht das zusätzliche Problem, dass die Verwendung von Entschädigungen für die Stilllegung von Kraftwerken für die Folgekosten in den Tagebauen einen Verstoß gegen das Verursacherprinzip darstellt. Dieses ist EU-rechtlich in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankert, sowie auch in den EU-Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen verankert, die bei der beihilferechtlichen Prüfung herangezogen werden. Das Verursacherprinzip besagt, dass die Kosten für die Beseitigung von Umweltschäden durch den Verursacher getragen werden müssen.

Ein möglicher Grund dafür, dass Vertrag und Gesetz in diesem Punkt nicht deckungsgleich sind, ist, dass tatsächlich im Wege der Verhandlungen Entschädigungssummen vereinbart wurden, die keine Schäden bei den Betreibern ausgleichen, sondern vielmehr bestehende Verpflichtungen von Tagebautreibern auf Kosten des öffentlichen Haushalts abdecken. Auf Grund der fehlenden Transparenz besteht das Risiko, dass die Entschädigungen die Betreiber von Tagebaufolgekosten freihalten, die sie nach dem Bergrecht für die Rekultivierung der Tagebaue ohnehin zu tragen hätten.²⁸

Grundsätzlich trifft die Tagebaubetreiber die rechtliche Verantwortung, für die Folgekosten des Tagebaus aufzukommen – eine Ausgestaltung des im Umweltrecht zentralen Verursacherprinzips. Im Rahmen eines Kohleausstiegs wäre es verfassungsrechtlich allenfalls angezeigt, Entschädigungen für die Kosten zu zahlen, die Betreibern durch den früheren Kohleausstieg zusätzlich zu den ohnehin anfallenden Tagebaufolgekosten entstehen. Dies erfordert aber eine klare Abgrenzung. Vielmehr fehlt es für die Berechnung der Entschädigung sowohl im Gesetz als auch im Vertrag an einer klaren Abgrenzung zwischen den ohne Kohleausstieg anfallenden Rekultivierungskosten und den durch den Kohleausstieg zusätzlich verursachten Kosten.²⁹

Mit Blick auf den Auszahlungsbeginn der Entschädigungen bei der LEAG bestätigt sich das Risiko, dass bestehende Verpflichtungen des Betreibers übernommen werden: Zwar verknüpft der Vertrag den Auszahlungsbeginn grundsätzlich mit den jeweiligen ersten Stilllegungen von Kraftwerken des Betreibers. Dies soll sicherstellen, dass Entschädigungen nur im Gegenzug für konkrete Stilllegungen erfolgen. Das Gesetz eröffnet jedoch die Möglichkeit, dass Einzahlungen in die Zweckgesellschaften für die Absicherung der

²⁷ Siehe § 23 Abs. 4 lit. a des Vertrages.

²⁸ Siehe hierzu ausführlich Ziehm (Fn. 17).

²⁹ Erschwerend kommt hinzu, dass ohnehin Zweifel bestehen, ob die in der Vergangenheit gegenüber den Betreibern, insbesondere gegenüber der LEAG, festgelegten Sicherheitsleistungen zur Absicherung der zukünftigen Rekultivierungskosten die tatsächlich zu erwartenden Kosten abdecken.

Rekultivierungskosten unter Umständen auch vor dem Jahr 2025 und damit vor den ersten Stilllegungen der LEAG in der Lausitz erfolgen können.³⁰ Diese Regelung hebt die Verknüpfung des Auszahlungsbeginns mit den Stilllegungen aus und schafft damit auch ein Risiko für das beihilferechtliche Verfahren (dazu unter 6.).

c. Entschädigungen auch bei selbstverschuldeten Stilllegungen

Zu kritisieren ist schließlich, dass die Auszahlung der Entschädigung unabhängig von dem Zeitpunkt Stilllegung, d.h. auch vor dem definierten Stilllegungsdatum,³¹ an keine zusätzlichen Voraussetzungen geknüpft ist. Der Entschädigungsanspruch würde demnach auch weiterhin bestehen, wenn der Betreiber für den Grund der Stilllegung mitverantwortlich ist, etwa bei Stilllegung wegen Nichteinhaltung von umweltrechtlichen Vorschriften.

6. Beihilferechtliche Bedenken

Die Regelung des Braunkohleausstiegs schafft in vielerlei Hinsicht Risiken, dass die erforderliche beihilferechtliche Genehmigung durch die EU-Kommission nicht erteilt wird. Diese Risiken sind in den vielfältigen geschilderten Ungenauigkeiten bei der Umsetzung des Braunkohleausstiegs sowie der Ausgestaltung und dem Umfang der Entschädigungssumme angelegt.

Es bestehen folgende Bedenken aus beihilferechtlicher Sicht:

- Grundlagen und Bemessung der Entschädigung sind nach wie vor intransparent und es besteht das Risiko, dass die Entschädigung sehr viel höher ausfällt, als angemessen und zum Klimaschutz erforderlich wäre.
- Der Vertrag regelt die Verwendung der Entschädigungen für Rekultivierungskosten und birgt das Risiko, dass hier entgegen dem Verursacherprinzip Kosten übernommen werden, die die Betreiber auch ohne einen Kohleausstieg zu tragen hätten.
- Es bleibt auch nach der „Plausibilisierung“ insbesondere bei der LEAG unklar, ob durch den Kohleausstieg tatsächlich frühere Stilllegungen erreicht werden. Damit ist offen, ob die Entschädigungen tatsächlich den beihilferechtlich erforderlichen Anreizeffekt zu mehr Klimaschutz schaffen.
- Es wird eine neue Sicherheitsbereitschaft geschaffen, die mit EU-Recht nicht vereinbar ist.³²

Die genannten Punkte stellen mit Blick auf die beihilferechtlichen Kriterien insbesondere in Frage, ob die Maßnahmen zum Braunkohleausstieg insgesamt Ziele von gemeinsamen Interesse verfolgen, ob sie einen Anreizeffekt hin zu mehr Klimaschutz setzen, d.h. ob die

³⁰ Vgl. § 11 Abs. 3 des Vertrages sowie § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 KVBG.

³¹ Vgl. § 10 Abs. 4 des Vertrages sowie § 44 Abs. 3 KVBG.

³² Vgl. ClientEarth, Entschädigungen für die LEAG im Zuge des Kohleausstiegs - Unvereinbarkeit mit dem Beihilferecht und der EU-Strombinnenmarktverordnung 2019, Mai 2020, abrufbar unter: <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2020-06-16-entschaedigungen-fuer-die-leag-im-zug-des-kohleausstiegs-ce-de.pdf>.

Zahlungen tatsächlich geeignet sind, Klimaschutz durch frühere Stilllegungen zu erreichen und das Mindestmaß dessen darstellen, was zum Erreichen dieses nötig ist.

Die EU-Kommission hat in ihrer Entscheidung ein weites Ermessen. Frühere Entscheidungen der Kommission geben keine eindeutigen Hinweise darauf, wie die Kommission den Braunkohleausstieg bewerten wird. Weder die Entscheidung von 2016 zur Sicherheitsbereitschaft³³, noch die Entscheidung von 2020 zu der Entschädigung zur Stilllegung des Kraftwerks Hemweg 8 in den Niederlanden³⁴ geben Aufschluss darüber, wie die EU-Kommission die Maßnahme zum Braunkohleausstieg bewerten wird. In beiden Fällen ging es um sehr viel kurzfristigere Stilllegungen.

Der Vertrag adressiert die Unsicherheit durch die ausstehende beihilferechtliche Genehmigung dadurch, dass eine negative Entscheidung der EU-Kommission eine wesentliche Änderung des Vertrages darstellen soll und damit eine Anpassung des Vertrages zur Folge hat.³⁵ Da die Gründe für eine solche negative Entscheidung, wie aufgezeigt, jedoch in der Art und Weise der Regelung des Braunkohleausstiegs insgesamt angelegt sind, sollte dann eine Regelung durch Rechtsverordnung erfolgen. Dies würde – anders als die Aushandlung eines Vertrages – es leichter machen, die beihilferechtlichen Voraussetzungen einzuhalten.

Ida Westphal, Ass. jur.
iwestphal@clientearth.org

³³ Entscheidung der EU-Kommission vom 27.5.2016, Staatliche Beihilfe SA.42536 – Deutschland.

³⁴ Entscheidung der EU-Kommission vom 12.5.2020, Staatliche Beihilfe SA.54537 (2020/NN) – Niederlande.

³⁵ Vgl. § 21 Abs. 1 S. 3 lit. c des Vertrages.