

# WIE LÄSST SICH DER KOHLEAUSSTIEG EINLEITEN?

**Neue rechtliche Vorgaben für Bau und Betrieb  
von Kohlekraftwerken**

Gutachten im Auftrag  
von Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion  
vom April 2014

**UNS GEHT'S UMS GANZE**

# IMPRESSUM

Herausgeberin	Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion Platz der Republik 1 11011 Berlin <a href="http://www.gruene-bundestag.de">www.gruene-bundestag.de</a>
Verantwortlich	Annalena Baerbock MdB Sprecherin für Klimapolitik Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion Platz der Republik 1 11011 Berlin E-Mail: <a href="mailto:annalena.baerbock@bundestag.de">annalena.baerbock@bundestag.de</a>
Redaktion	Christine Spannagel
Bezug	Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion Info-Dienst Platz der Republik 1 11011 Berlin Fax: 030 / 227 56566 E-Mail: <a href="mailto:versand@gruene-bundestag.de">versand@gruene-bundestag.de</a>
Schutzgebühr	€ 1,00
Redaktionsschluss	Mai 2014

# VORWORT

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Freundinnen und Freunde,

Kohle ist der Klimakiller Nr. 1, das belegt der jüngste Bericht des Weltklimarates IPCC sehr deutlich. So tragen der Energiesektor und dabei in erster Linie die schmutzige Kohleverstromung maßgeblich zu einem hohen Treibhausgasausstoß bei. Selbst in Deutschland steigen trotz des Erfolgs der erneuerbaren Energien die CO<sub>2</sub>-Emissionen weiter an. Grund dafür ist ein Boom der Kohleverstromung. Kein Wunder, denn aufgrund des am Boden liegenden Emissionshandels kostet der Ausstoß einer Tonne Kohlendioxid gerade mal so viel wie eine Packung Zigaretten. Statt des Emissionshandels bestimmt die Differenz zwischen Gas- und Kohlepreis wesentlich die Emissionen der deutschen Stromerzeugung. Ein Anreiz, den CO<sub>2</sub>-Ausstoß zu senken, sieht anders aus! Deshalb wollen wir den Emissionshandel reformieren, indem zwei Milliarden CO<sub>2</sub>-Zertifikate dauerhaft vom Markt genommen werden. Denn nur mit einem höheren Zertifikate-Preis steigt der Druck, auf CO<sub>2</sub>-ärmere Technologien zu setzen – und damit den Klimaschutz voranzubringen.

Eine schnelle Reform des Emissionshandels, die den Aufwärtstrend beim CO<sub>2</sub>-Ausstoß umkehrt, ist jedoch nicht in Sicht. Weitere Maßnahmen müssen der Reform an die Seite gestellt werden, um unseren eigenen Klimazielen gerecht zu werden. Dazu gehört zum einen ein nationales Klimaschutzgesetz, das den Rahmen für mehr Klimaschutz setzt. Zum anderen müssen wir weitere Instrumente erörtern, mit denen der schrittweise Ausstieg aus der Kohle eingeleitet werden kann. Die vorliegende Studie bietet dafür die nötige Grundlage, indem sie die praktische Umsetzbarkeit verschiedener Instrumente prüft und bewertet. Das Gutachten kommt zum einen zu dem Ergebnis, dass sowohl CO<sub>2</sub>-Grenzwerte, Mindestwirkungsgrade als auch Flexibilitätsvorgaben für Kraftwerke rechtlich

möglich sind. Ebenso lassen sich CO<sub>2</sub>-Mindestpreise auf nationaler Ebene europarechtskonform umsetzen. Zum anderen prüft sie die Wirksamkeit der Handlungsmöglichkeiten für mehr Klimaschutz. Hierbei wird deutlich, dass insbesondere CO<sub>2</sub>-Grenzwerte geeignet sind, um die mangelnde Lenkungswirkung des Emissionshandels auszugleichen. Denn klar ist: Wenn wir weitermachen wie bisher, dann wird Deutschland sein Klimaziel nicht erreichen.

Die Bundesregierung jedoch befindet sich mit ihrer derzeitigen Klimapolitik auf dem Holzweg. Die neueste EEG-Novelle ist ein Bestandsschutzgesetz für Kohle; einer ambitionierten Reform des Emissionshandels erteilt sie eine Absage, und auch auf internationaler Ebene hält sie sich zurück. Doch um unserer klimapolitischen Verantwortung gerecht zu werden und um die massiven Schäden für Mensch und Natur durch Kohleabbau und -verstromung zu beenden, muss die Große Koalition endlich handeln: der Ausbau der erneuerbaren Energien und der schrittweise Ausstieg aus der Kohleverstromung gehören zusammen. Denn Deutschland kann nicht Energiewendeland sein und dabei Kohleland bleiben.

Mit dem nachfolgenden Rechtsgutachten von Dr. Cornelia Ziehm laden wir Sie, liebe Leserinnen und Leser, in den Fachdiskurs zur Frage ein: Wie lässt sich der Kohleausstieg einleiten?

Wir wünschen Ihnen und uns eine anregende Diskussion.

Ihre und Eure

Annalena Baerbock MdB und  
Dr. Anton Hofreiter MdB



**Neue rechtliche Vorgaben für Bau und Betrieb von  
Kohlekraftwerken**

**Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen,**

**erstellt von Rechtsanwältin Dr. Cornelia Ziehm, Berlin**

**[rechtsanwaeltin-ziehm@posteo.de](mailto:rechtsanwaeltin-ziehm@posteo.de)**

**April 2014**

## **Gliederung**

Zusammenfassung	2
I. Anlass des Gutachtens	6
II. Rechtliche Vorgaben für Bau und Betrieb von Kohlekraftwerken in Deutschland	7
1. Unbefristete immissionsschutzrechtliche Genehmigung	7
2. Sonderregelung für CO <sub>2</sub> -Emissionen: § 5 Abs. 2 BImSchG	8
a) Schutzgrundsatz	8
b) Vorsorgegebot	9
c) Gebot effizienter Energieverwendung	10
3. Sonderregelung für Emissionen krebserzeugender Stoffe	10
III. Europarechtliche Zulässigkeit nationaler CO <sub>2</sub> -Emissionsstandards und Mindestwirkungsgrade für Kohlekraftwerke	11
1. Nationale CO <sub>2</sub> -Emissionsstandards	11
a) Überholte Entscheidungsgrundlage	11
b) Konterkarierung des Vorsorgeprinzips	13
c) Schutzverstärkung	15
aa) Anwendbarkeit von Art. 193 EUV	15
bb) Systemkonformität	16
cc) Verbesserung des Klimaschutzes	18
d) Spezifische CO <sub>2</sub> -Grenzwerte oder maximale CO <sub>2</sub> -Gesamtmenge	20
e) Bestandsanlagen	21
aa) Grundrechtsrelevanz	21
bb) Festsetzung eines spezifischen CO <sub>2</sub> -Grenzwertes	23
cc) Festlegung einer zulässigen CO <sub>2</sub> -Gesamtmenge	24
2. Nationale Mindestwirkungsgrade	24
a) Zulässigkeit bereits auf Grund Sekundärrechts	24
b) Bestandsanlagen	25
3. Regelungsbedarf im deutschen Recht	26
IV. Europarechtliche Zulässigkeit nationaler Flexibilitätskriterien	26
1. Verordnungsermächtigung im Hinblick auf Neuanlagen	26
2. Regelungsbedarf im deutschen Recht für Bestandsanlagen	28
V. Europarechtliche Zulässigkeit eines nationalen CO <sub>2</sub> -Mindestpreises	29
1. Steuerhoheit der Mitgliedstaaten	29
2. Regelungsbedarf im deutschen Recht	31

## **Zusammenfassung**

1. Der Emissionshandel entfaltet in der Praxis nicht die Lenkungswirkung hin zu klimafreundlichen Technologien, die bei Verabschiedung der Emissionshandels-Richtlinie 2003 erwartet worden war. Tatsächlich ist die Stromzeugung in den vergangenen Jahren in Deutschland durch den zunehmenden Einsatz von Kohle klimaschädlicher statt klimafreundlicher geworden. Die Behauptung, die Mitgliedstaaten könnten zusätzlich zum europäischen Emissionshandel keine flankierenden Maßnahmen im Hinblick auf Kohlekraftwerke ergreifen, ist eine Schutzbehauptung. Den Mitgliedstaaten stehen auf nationaler Ebene sehr wohl kumulativ zum Emissionshandel unterschiedliche Instrumente zur Verfügung, um der zunehmenden Kohleverstromung zu begegnen.

2. Das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) schließt gegenwärtig in § 5 Abs. 2 zwar sowohl die Festlegung von nationalen CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards als auch von nationalen Mindestwirkungsgraden für die dem Emissionshandel unterfallenden Anlagen, mithin auch für Kohlekraftwerke, aus. Damit geht das deutsche Recht jedoch über die Anforderungen des europäischen Rechts hinaus. Denn es gibt keinen europarechtlich zwingenden Ausschluss nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards oder nationaler Mindestwirkungsgrade. Ebenso wenig gibt es einen Vorrang des Emissionshandels vor ordnungsrechtlichen Instrumenten.

3. Die Festsetzung nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards und Mindestwirkungsgrade für fossile Kraftwerke ist vielmehr auf Grundlage der so genannten Schutzverstärkungsklausel von Art. 193 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) europarechtlich zulässig, wenn nicht sogar aus Vorsorgegründen zur Bekämpfung des Klimawandels geboten. Es wäre mit dem europäischen Primärrecht nicht vereinbar, wenn ein Mitgliedsstaat gegenüber Anlagen, die dem Emissionshandel unterliegen, auf nationaler Ebene keine Vorgaben erlassen dürfte, obwohl vom Emissionshandelssystem offensichtlich keine wirksame Lenkungswirkung ausgeht und der Kraftwerkspark in dem Mitgliedstaat deshalb eine Ausrichtung hin auf fossile Kraftwerke nimmt, die den Klimaschutzzielen des Mitgliedstaates widerspricht. Ein unwirksames System kann nicht über seine eigene Wirkungslosigkeit hinaus auch noch das Ergreifen wirksamer Maßnahmen verbieten.

Die Richtlinie über Industrieemissionen (IE-Richtlinie) stellt dementsprechend in ihren Erwägungsgründen explizit klar, dass die Mitgliedstaaten verstärkte Schutzmaßnahmen im Hinblick auf Treibhausgasemissionen beibehalten oder ergreifen können. Und auch die Emissionshandels-Richtlinie verweist in ihren Erwägungsgründen bereits auf die Möglichkeit zusätzlicher nationaler ordnungs- und steuerpolitischer Maßnahmen.

4. Die europarechtliche Zulässigkeit nationaler Mindestwirkungsgrade für fossile Kraftwerke folgt darüber hinaus auch bereits direkt aus dem europäischen Sekundärrecht (Art. 9 Abs. 2 IE-Richtlinie).

5. Nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards können in Form spezifischer CO<sub>2</sub>-Grenzwerte pro erzeugter Strommenge (in Gramm pro Kilowattstunde) oder absolut durch Festsetzung einer zulässigen CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge pro Jahr, das heißt als maximale CO<sub>2</sub>-Jahresfracht pro Megawatt Kapazität, normiert werden. Letztere Alternative gilt seit Dezember 2013 in Großbritannien - ohne dass die Europäische Kommission dieser mitgliedstaatlichen Maßnahme entgegengetreten wäre.

6. CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards und Mindestwirkungsgrade können über nachträgliche Anordnungen auf Grundlage von § 17 Abs. 1 BImSchG auch gegenüber Bestandsanlagen durchgesetzt werden. Das gilt selbst dann, wenn die Festsetzung eines spezifischen CO<sub>2</sub>-Grenzwertes oder eines Mindestwirkungsgrades im Rahmen einer nachträglichen Anordnung faktisch einem Entzug der Betriebsgenehmigung für ein Kohlekraftwerk gleichkäme. Denn jedenfalls im Hinblick auf diejenigen Kraftwerke, die sich bereits amortisiert haben, läge kein unverhältnismäßiger Eingriff in Grundrechte der Betreiber (Art. 14 GG oder Art. 12 GG) und mithin kein entschädigungspflichtiger Tatbestand vor. Insoweit gelten die Erwägungen im Zusammenhang mit den Atomausstiegen von 2002 und 2011 entsprechend. Für noch nicht abgeschriebene Bestandsanlagen wären angemessene Übergangsfristen sowie gegebenenfalls Entschädigungen vorzusehen.

Bei Festlegung eines CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards in Form einer maximal zulässigen CO<sub>2</sub>-Jahresfracht könnten übrigens selbst abgeschriebene Kohlekraftwerke weiter betrieben werden und Gewinn machen, nur nicht mehr über die gesamte Zeitspanne eines Jahres.

6. Zur Festsetzung nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards oder Mindestwirkungsgrade im deutschen Recht müsste zunächst § 5 Abs. 2 BImSchG ersatzlos gestrichen



werden. Sodann wären seitens der Bundesregierung in der 13. Bundesimmissionsschutzverordnung (BImSchV) konkrete CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards oder Mindestwirkungsgrade festzusetzen. Im Hinblick auf CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards käme dabei beispielsweise auch eine differenzierte Festsetzung spezifischer CO<sub>2</sub>-Grenzwerte für Neuanlagen und einer CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge pro Jahr für Bestandsanlagen in Betracht.

7. Im Rahmen der Novellierung der 13. BImSchV sollte zudem die Privilegierung der Kohleverstromung im Hinblick auf die Einhaltung von Emissionsgrenzwerten für krebserzeugende Stoffe wie beispielsweise Cadmium oder Arsen aufgehoben werden.

8. Energiewirtschaftliche Fragen wie die Regelbarkeit von Energieanlagen sind dem Anwendungsbereich der Emissionshandels-Richtlinie und der IE-Richtlinie von vornherein entzogen. Das heißt, die Problematik europarechtlicher Zulässigkeit stellt sich im Hinblick auf die Festlegung nationaler Flexibilitätskriterien im Energiewirtschaftsrecht bereits nicht.

9. Überdies enthält § 49 Abs. 4 Nr. 8 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) „zur Gewährleistung der technischen und betrieblichen Flexibilität von Energieanlagen“ seit 2011 eine Verordnungsermächtigung für den Erlass von Anforderungen an die technische und betriebliche Flexibilität von Anlagen zur Erzeugung von Energie. Bis heute hat das Bundeswirtschaftsministerium davon indes keinen Gebrauch gemacht.

10. Für die nachträgliche Durchsetzung energiewirtschaftsrechtlicher Anforderungen bei Bestandsanlagen fehlt es bislang an einer Eingriffsermächtigung. Die Verordnungsermächtigung in § 49 Abs. 4 Nr 8 EnWG wäre deshalb zunächst auf bestehende Anlagen zu erweitern, die bestehende Beschränkung auf neue Anlagen wäre zu streichen. Sodann wäre auf Grundlage dieser erweiterten Verordnungsermächtigung seitens des Bundeswirtschaftsministeriums eine Verordnung auch mit Nachrüstanforderungen im Hinblick auf die Flexibilität von Energieanlagen zu erlassen.

Genauso wie in schon existierenden Verordnungen auf Basis von § 49 EnWG verhältnismäßige Nachrüstanforderungen gegenüber den Betreibern Erneuerbarer-Energien-Anlagen zulässig waren, wären sie es selbstverständlich auch gegenüber den Betreibern fossiler Kraftwerke.

11. Bei einer Novellierung des EnWG sollte überdies § 12 Abs. 3 EnWG auf den Prüfstand gestellt werden. Die Vorschrift kommt in der Sache einer Einspeisegarantie für fossil erzeugten Strom gleich.

12. Die Steuerhoheit steht nach wie vor weitgehend den Mitgliedstaaten zu. Das bedeutet, ein Mitgliedstaat ist in seinem Hoheitsgebiet nicht gehindert, flankierend zum Emissionshandel fiskalische Maßnahmen zu ergreifen. Daran vermag auch der Emissionshandel nichts zu ändern. Die Emissionshandels-Richtlinie sieht im Gegenteil in ihren Erwägungsgründen ausdrücklich die Möglichkeit einer Kombination des Emissionshandels mit anderen, gerade auch steuerpolitischen, Instrumenten vor. Auf mitgliedstaatlicher Ebene kann mithin ein CO<sub>2</sub>-Mindestpreis festgesetzt werden. Von dieser Möglichkeit hat Großbritannien ebenfalls Gebrauch gemacht. Seit April 2013 wird dort pro emittierter Tonne CO<sub>2</sub> einen Zuschlag auf den CO<sub>2</sub>-Zertifikatepreis erhoben.

13. In Deutschland dürfte allerdings eine CO<sub>2</sub>-Steuer, die an den CO<sub>2</sub>-Ausstoß von Kraftwerken anknüpft, auf Grund der mehrheitlichen Verneinung eines Steuererfindungsrechts finanzverfassungsrechtlich ausscheiden. Danach sind nämlich nur diejenigen Steuertypen zulässig, die in Art. 106 GG aufgezählt sind. Eine CO<sub>2</sub>-Steuer ließe sich aber kaum als Verbrauchssteuer im Sinne von Art. 106 GG zu qualifizieren. Die anderen Steuertypen kommen von vornherein nicht in Betracht. Das wiederum bedeutet, eine CO<sub>2</sub>-Steuer müsste erst durch eine Finanzverfassungsänderung als neuartiger Steuertypus eingeführt werden.

14. Statt an die ausgestoßenen CO<sub>2</sub>-Emissionen könnte jedoch an die Inanspruchnahme von Emissionsrechtezertifikaten angeknüpft werden. Das heißt, ein CO<sub>2</sub>-Mindestpreis würde durch eine Steuer auf Emissionsrechtezertifikate umgesetzt werden, die bei niedrigen CO<sub>2</sub>-Preisen die Differenz zwischen dem Börsenpreis und dem Mindestpreis ausgleiche. Dem Emissionshandelssystem ist gerade immanent, dass Zertifikate gekauft und in Anspruch genommen und somit „verbraucht“ werden. Eine an den Verbrauch des Wirtschaftsguts Emissionsrechtszertifikat anknüpfende Steuer schöpfte mithin die dem Verbrauch korrespondierende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ab. Damit dürften die an eine Verbrauchssteuer zu stellenden Voraussetzungen gegeben sein. Ein nationaler CO<sub>2</sub>-Mindestpreis könnte demnach auf Grundlage von Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG eingeführt und durch ein Gesetz des Deutschen Bundestages beschlossen werden.

## I. Anlass des Gutachtens

Der Ausbau der Erneuerbaren Energien hat in 2013 mit einem Anteil von 24,7 Prozent an der Stromversorgung<sup>1</sup> einen neuen Rekordwert erreicht. Gleichzeitig sind die CO<sub>2</sub>-Emissionen in Deutschland im vergangenen Jahr erneut angestiegen. Hauptgrund dafür sind die Inbetriebnahme großer neuer Kohlekraftwerke sowie die hohe Auslastung von Bestandsanlagen. Kohlekraftwerke haben in 2013 in Deutschland noch einmal 8,9 Terawattstunden mehr als im Jahr 2012 produziert.<sup>2</sup> Die Stromzeugung ist durch den zunehmenden Einsatz von Kohle klimaschädlicher statt klimafreundlicher geworden.<sup>3</sup>

Der europäische Emissionshandel bietet in seiner konkreten Ausgestaltung keinen Anreiz für die Energieversorgungsunternehmen in der EU, frühzeitig und nachhaltig umzusteuern und in klimafreundliche Technologien zu investieren.<sup>4</sup> Es gibt ein massives Überangebot an Emissionsrechtezertifikaten. Das gilt unverändert trotz der nunmehr im Januar beschlossenen zeitweisen Verknappung („Backloading“) von Zertifikaten. Denn damit werden lediglich 900 Millionen Zertifikate vom Markt genommen. Tatsächlich gibt es einen Überschuss von zwei Milliarden Emissionsrechtezertifikaten.<sup>5</sup> Die 900 Millionen Zertifikate werden dem Markt zudem nicht dauerhaft entzogen, sondern kommen nur später (2019 und 2020) und nicht bereits zwischen 2014 und 2016 auf den Markt.<sup>6</sup> Aktuell, also auch nach dem Backloading-Beschluss, liegt der Preis für ein Zertifikat bei lediglich um die sieben Euro pro Tonne CO<sub>2</sub>.

Das vorliegende Gutachten untersucht vor diesem Hintergrund, ob und welche Instrumente kumulativ zum Emissionshandel auf nationaler Ebene zur Verfügung stehen, um der zunehmenden Kohleverstromung zu begegnen, die CO<sub>2</sub>-Emissionen

---

<sup>1</sup> AG Energiebilanzen, Stromerzeugung 1990-2013, download unter [www.ag-energiebilanzen.de](http://www.ag-energiebilanzen.de).

<sup>2</sup> AG Energiebilanzen a.a.O.; siehe auch Umweltbundesamt, Kohlestrom erhöht die Emissionen – und gefährdet so das nationale Klimaschutzziel, [http://www.umweltbundesamt.de/presse/presseinformationen/treibhaus\\_gasausstoss-im-jahr-2013-erneut-um-12](http://www.umweltbundesamt.de/presse/presseinformationen/treibhaus_gasausstoss-im-jahr-2013-erneut-um-12).

<sup>3</sup> Sog. „Energiewende-Paradox“, siehe auch Agora, <http://www.agora-energiewende.de/themen/die-energiewende/detailansicht/article/neuer-rekord-ein-viertel-des-stroms-stammt-2013-von-wind-sonne-und-co/>.

<sup>4</sup> Siehe zur grundsätzlichen Kritik am Emissionshandelssystem bzw. dessen konkreter Ausgestaltung bereits Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung, 2011, Tz. 444; Wegener, B., Die Novelle des Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 283 ff.; Winter, Das Klima ist keine Ware, ZUR 2009, 289 ff.; Ziehm, Eine Kritik am Emissionshandel – Sackgasse oder Königsweg?, Solarzeitalter 2008, 34 ff.

<sup>5</sup> [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/hedegaard/headlines/news/2013-05-16\\_01\\_de.htm](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/hedegaard/headlines/news/2013-05-16_01_de.htm).

<sup>6</sup> In 2014 werden die Zertifikate um 400 Millionen reduziert, in 2015 um 300 Millionen und in 2016 um 200 Millionen.

zu reduzieren und den Systemwandel der Stromversorgung in Richtung effizienter und flexibler Kraftwerke zu forcieren. Geprüft wird die europarechtliche Zulässigkeit einer Festlegung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards und von Mindestwirkungsgraden sowie der gesetzlichen Verankerung von Flexibilitätskriterien für Kohlekraftwerke. Darüber hinaus ist das fiskalische Instrument eines nationalen CO<sub>2</sub>-Mindestpreises in den Blick zu nehmen.

Aufgabe des Gutachtens ist es dabei nicht, eine konkrete Empfehlung für ein oder mehrere dieser Instrumente auszusprechen. Aufgabe des Gutachtens ist es, Handlungsmöglichkeiten und die damit einhergehenden Regelungsbedarfe auf nationaler Ebene aufzuzeigen und so der (Schutz)Behauptung entgegenzutreten, die Mitgliedstaaten seien auf Grund des europäischen Emissionshandels gehindert, eigenständige Maßnahmen im Hinblick auf Kohlekraftwerke zu ergreifen.

## **II. Rechtliche Vorgaben für Bau und Betrieb von Kohlekraftwerken in Deutschland**

### **1. Unbefristete immissionsschutzrechtliche Genehmigung**

Kohlekraftwerke bedürfen gemäß § 4 Abs. 1 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) in Verbindung mit der 4. Bundesimmissionsschutzverordnung (BImSchV) einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für den Bau und Betrieb. Die Genehmigung ergeht als gebundene Entscheidung (§ 6 Abs. 1 BImSchG) und wird grundsätzlich unbefristet erteilt. Genehmigungs- und Betriebsvoraussetzung ist die Einhaltung der Grundpflichten des § 5 BImSchG, das heißt unter anderem des Schutzgrundsatzes, des Vorsorgegebots sowie des Gebots effizienter Energieverwendung (dazu im Einzelnen sogleich unter II.2.). Diese Grundpflichten werden wiederum durch Bundesimmissionsschutzverordnungen konkretisiert. Einschlägig in Bezug auf Kohlekraftwerke ist insbesondere die Verordnung über Großfeuerungs- und Gasturbinenanlagen (13. BImSchV). Sie gibt beispielsweise Emissionsgrenzwerte für Schwefeldioxid und Quecksilber vor.

Außerdem dürfen „andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“ der Errichtung und dem Betrieb eines Kohlekraftwerks nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Zu diesen „anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ zählen etwa Vorschriften des Bauplanungsrechts, des Naturschutzrechts, aber auch des Energiewirtschaftsgesetzes.

Zur Erfüllung immissionsschutzrechtlicher Pflichten können auch nach Genehmigungserteilung gemäß § 17 Abs. 1 BImSchG so genannte nachträgliche Anordnungen erlassen werden.

## **2. Sonderregelung für CO<sub>2</sub>-Emissionen: § 5 Abs. 2 BImSchG**

CO<sub>2</sub>-Emissionstandards und auch Mindestwirkungsgrade für Kohlekraftwerke sind – im Unterschied etwa zu Grenzwerten für Schwefeldioxid und Quecksilber – nach der geltenden Fassung des BImSchG ausgeschlossen. § 5 Abs. 2 BImSchG schränkt nämlich die grundsätzlich in § 5 Abs. 1 eröffneten Regelungsmöglichkeiten im Hinblick auf Treibhausgasemissionen für solche Anlagen ein, die dem Emissionshandel unterfallen. Konkret heißt es in § 5 Abs. 2 BImSchG:

*„Soweit genehmigungsbedürftige Anlagen dem Anwendungsbereich des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes unterliegen, sind Anforderungen zur Begrenzung von Emissionen von Treibhausgasen nur zulässig, um zur Erfüllung der Pflichten nach Satz 1 Nummer 1 sicherzustellen, dass im Einwirkungsbereich der Anlage keine schädlichen Umwelteinwirkungen entstehen; dies gilt nur für Treibhausgase, die für die betreffende Tätigkeit nach Anhang 1 des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes umfasst sind. Bei diesen Anlagen dürfen zur Erfüllung der Pflicht zur effizienten Verwendung von Energie in Bezug auf die Emissionen von Kohlendioxid, die auf Verbrennungs- oder anderen Prozessen der Anlage beruhen, keine Anforderungen gestellt werden, die über die Pflichten hinausgehen, welche das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz begründet.“*

### **a) Schutzgrundsatz**

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG dürfen durch Errichtung und Betrieb von Kohlekraftwerken keine schädlichen Umwelteinwirkungen hergerufen werden. § 5 Abs. 2 BImSchG stellt in Bezug auf Treibhausgasemissionen klar, dass Maßnahmen auf Grundlage des Schutzgrundsatzes nur in Betracht kommen, um zu verhindern, dass im Einwirkungsbereich einer Anlage schädliche Umwelteinwirkungen entstehen. Der „Einwirkungsbereich“ einer Anlage ist zwar nicht notwendig auf deren unmittelbare Umgebung begrenzt, er verlangt indes eine Begrenzung auf den lokalen

Einwirkungsbereich; die Belastungen der Quelle müssen hinreichend zuverlässig zurechenbar sein.<sup>7</sup> Das ist bei Fernwirkungen wie der Klimawirksamkeit von CO<sub>2</sub> regelmäßig nicht der Fall. Bestätigung findet das in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2010/75/EG<sup>8</sup> über Industrieemissionen (IE-Richtlinie). Die Vorschrift stellt in Bezug auf Emissionsgrenzwerte für Treibhausgase ausdrücklich allein auf „lokale Umweltverschmutzungen“ ab.

Die Möglichkeit der Begrenzung von CO<sub>2</sub>-Emissionen, um globale Auswirkungen wie die weitere Klimaerwärmung zu verhindern, besteht auf der Grundlage des Schutzgrundsatzes des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG mithin nicht.

### **b) Vorsorgegebot**

Das immissionsschutzrechtliche Vorsorgegebot im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG verlangt, dass genehmigungsbedürftige Anlagen so errichtet und betrieben werden, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt „Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen“. Das Vorsorgegebot ist das maßgebliche Instrument zur Bekämpfung des Schadstofffernstransports, der nicht mit dem Schutzgrundsatz (siehe oben) bewältigt werden kann.<sup>9</sup> Es ist damit eigentlich *das* Instrument des Anlagenrechts zum Klimaschutz.<sup>10</sup>

Für dem Treibhausgas-Emissionshandelgesetz unterliegende Anlagen wird jedoch allein in der Beteiligung am Emissionshandel eine hinreichende Vorsorge gesehen. Selbst eine technisch ohne Weiteres mögliche Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen ist nicht erforderlich, wenn entsprechende Emissionsrechtezertifikate gekauft werden.

Von der Einhaltung des Vorsorgegebots des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG sind Anlagen, die dem Emissionshandel unterfallen, im Hinblick auf CO<sub>2</sub>-Emissionen wegen § 5 Abs. 2 BImSchG freigestellt. § 5 Abs. 2 BImSchG schließt damit zugleich

---

<sup>7</sup> H. Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 3 Rn. 33; Dietlein, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 70. Ergänzungslieferung 2013, § 5 Rn. 88.

<sup>8</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung), ABl. L 334 vom 17. Dezember 2010, S. 17.

<sup>9</sup> BVerwGE 69, 37, 44 - Heidelberger Fernheizwerk.

<sup>10</sup> Siehe auch Koch/Wieneke, Klimaschutz durch Emissionshandel, DVBl 2001, 1085, 1087.

die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards im Rahmen der Vorsorgepflicht des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG aus.

### **c) Gebot effizienter Energieverwendung**

§ 5 Abs. 2 BImSchG begründet ferner einen Konflikt mit dem Energieeffizienzgebot des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG. Gemäß dieser Vorschrift sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt „Energie sparsam und effizient verwendet wird“. Mindestwirkungsgrade sind Energieeffizianzforderungen. Auch sie dürfen aber für dem Emissionshandel unterfallende Anlagen auf Grund von § 5 Abs. 2 BImSchG nicht eigenständig auf Basis von § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG festgelegt werden.

### **3. Sonderregelung für Emissionen krebserzeugender Stoffe**

Die 13. BImSchV enthält in ihrem § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 für Großfeuerungsanlagen bei Einsatz fester Brennstoffe Emissionsgrenzwerte etwa für Schwefeldioxid und Quecksilber. Diese Werte gelten auch für den Betrieb von Kohlekraftwerken (siehe oben). Darüber hinaus normiert § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 der 13. BImSchV in Verbindung mit Anlage 1 lit a) – c) Emissionsgrenzwerte für bestimmte krebserzeugende Stoffe, und zwar für Cadmium, Thallium, Antimon, Arsen, Blei, Chrom, Cobalt, Kupfer, Mangan, Nickel, Vanadium, Zinn und Benzo(a)pyren und Verbindungen dieser Stoffe.

§ 4 Abs. 2 der 13. BImSchV bestimmt sodann jedoch, dass diese Emissionsgrenzwerte für krebserzeugende Stoffe „nicht für den Einsatz von Kohle gelten“.

Die 13. BImSchV dient ausweislich ihres § 1 Abs. 3 unter anderem der Konkretisierung des Vorsorgegebots des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Für Kohlekraftwerke wird das Vorsorgegebot also nicht nur über § 5 Abs. 2 BImSchG in Bezug auf CO<sub>2</sub> außer Kraft gesetzt, sondern über § 4 Abs. 2 der 13. BImSchV zusätzlich auch für bestimmte krebserzeugende Stoffe.

### **III. Europarechtliche Zulässigkeit nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards und Mindestwirkungsgrade für Kohlekraftwerke**

Ein solcher absoluter Ausschluss ordnungsrechtlicher Steuerungskonzepte,<sup>11</sup> wie das deutsche Immissionsschutzrecht sie gegenwärtig in § 5 Abs. 2 BImSchG vorsieht, ist europarechtlich mitnichten zwingend. Es gibt auch keinen absoluten Vorrang des Emissionshandels. Nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards für Kohlekraftwerke sind europarechtlich zulässig. Gleiches gilt für nationale Mindestwirkungsgrade für Kohlekraftwerke.

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

##### **a) Überholte Entscheidungsgrundlage**

Mit der Emissionshandels-Richtlinie 2003/87/EG<sup>12</sup> wurde europaweit ein Handelssystem für CO<sub>2</sub>-Emissionen aus bestimmten Industrieanlagen eingeführt. Im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/87/EG heißt es:

*„Mit der Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung wurde eine allgemeine Regelung zur Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung eingeführt, in deren Rahmen auch Genehmigungen für Treibhausgasemissionen erteilt werden können. Die Richtlinie 96/61/EG sollte dahin gehend geändert werden, dass - unbeschadet der sonstigen in jener Richtlinie geregelten Anforderungen - keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen von Treibhausgasen aus Anlagen, die unter die vorliegende Richtlinie fallen, vorgeschrieben werden...“*

Zuvor hatte die Europäische Kommission zur Begründung des Vorschlags für die Emissionshandels-Richtlinie ausgeführt:<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Siehe auch *Wolf*, Die Genehmigung von Kohlekraftwerken im Zeichen der Europäisierung des Rechtsrahmens, NuR 2010, 244, 248; *SRU* a.a.O., Tz. 445.

<sup>12</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. L 275 vom 25. Oktober 2003, S. 32, geändert durch die Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. L 140 vom 5. Juni 2009, S. 63.

<sup>13</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, KOM (2001) 581 endg., S. 10.



*„Um das reibungslose Zusammenspiel des Emissionshandels mit der IVU-Richtlinie zu gewährleisten, ist eine Änderung der IVU-Richtlinie erforderlich. In dieser Änderung würde deutlich gemacht, dass für Schadstoffe einer Anlage, die unter diese Richtlinie fallen, nur dann im Rahmen der IVU-Richtlinie Emissionsgrenzwerte für die direkten Emissionen dieser Gase durch die Anlage festgesetzt werden, wenn sie erhebliche lokale Auswirkungen haben.“*

Durch Art. 26 der Richtlinie 2003/87/EG wurde daher die Richtlinie 96/61/EG<sup>14</sup> über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (IVU-Richtlinie) in Art. 9 Abs. 3 UAbs. 3 um eine entsprechende Regelung ergänzt. Die IVU-Richtlinie wurde 2008 novelliert und mittlerweile durch die IE-Richtlinie ersetzt. Art. 9 Abs. 1 der IE-Richtlinie hat die 2003 erfolgte Änderung der ursprünglichen IVU-Richtlinie mehr oder weniger wortgleich übernommen und lautet:

*„Sind Treibhausgasemissionen einer Anlage in Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG in Zusammenhang mit einer in dieser Anlage durchgeführten Tätigkeit aufgeführt, so enthält die Genehmigung keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen dieses Gases, es sei denn, dies ist erforderlich, um sicherzustellen, dass keine erhebliche lokale Umweltverschmutzung verursacht wird.“*

Für CO<sub>2</sub>-Emissionen hat der europäische Gesetzgeber seit 2003 im Sekundärrecht also Emissionsstandards neben dem Emissionshandelsregime ausgeschlossen. Grundlage dieser Entscheidung war seinerzeit allerdings, dass der Emissionshandel die von ihm erwartete Lenkungswirkung hin zu klimafreundlichen Techniken auch tatsächlich entfalten und maßgeblich zur Verwirklichung des in den Erwägungsgründen der Emissionshandels-Richtlinie benannten Ziels der Bekämpfung der Klimaänderung und der Umsteuerung hin zu klimafreundlichen Technologien beitragen würde. Diese Annahme hat sich als unzutreffend erwiesen. Die damalige Entscheidungsgrundlage ist überholt.

---

<sup>14</sup> Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. L 257 vom 10. Oktober 1996, S. 26.

## b) Konterkarierung des Vorsorgeprinzips

Art. 191 Abs. 2 S. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verpflichtet die Umweltpolitik der EU auf ein hohes Schutzniveau. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV legt sodann fest, dass die Umweltpolitik der EU auf den „Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung“ beruht. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV konstituiert einen allgemeinen verbindlichen Handlungsauftrag für die Unionsorgane. Das Vorsorgeprinzip im Sinne dieser Vorschrift legitimiert zum Handeln bereits bei einer bloßen Besorgnis möglicher Umweltbeeinträchtigungen unterhalb der Gefahrenschwelle. Es verpflichtet – unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – auf eine Risikovermeidung.<sup>15</sup> Maßnahmen zum Schutz der Umwelt sollen nicht erst bei drohenden Schäden durch konkrete Umweltgefahren eingreifen, sondern bereits im Gefahrenvorfeld bei der Risikominimierung ansetzen. Daraus folgt eine Pflicht zu einer möglichst weit vorausschauenden und planenden Umweltvorsorge, die darauf ausgerichtet ist, Umweltschäden erst gar nicht entstehen zu lassen.

Die IE- und die Emissionshandels-Richtlinie treffen jedoch noch nicht einmal Vorkehrungen, um sicherzustellen, dass selbst leicht vermeidbare CO<sub>2</sub>-Emissionen durch den ergänzenden Erlass von Emissionsstandards oder anderen Instrumenten tatsächlich auch vermieden werden. Der CO<sub>2</sub>-Ausstoß ist vielmehr unabhängig von seiner Vermeidbarkeit bis zum Erreichen des auf der Grundlage der Emissionshandels-Richtlinie bestimmten Caps uneingeschränkt zulässig. IE- und Emissionshandels-Richtlinie setzen damit im Ergebnis in weiten Teilen das für die Umweltpolitik grundlegende und im europäischen Primärrecht verankerte Vorsorgeprinzip außer Kraft.

IE- und Emissionshandels-Richtlinie enthalten darüber hinaus auch keine Regelung für den Fall, dass die Emissionshandels-Richtlinie in der Praxis nicht die Wirkung zeigt, die bei ihrem Erlass erwartet worden war. Im 23. Erwägungsgrund der Emissionshandels-Richtlinie findet sich allein der (selbstverständliche) Hinweis, dass bei Überprüfung der Richtlinie berücksichtigt werden sollte, in welchem Umfang die

---

<sup>15</sup> Siehe nur *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Auflage 2011, Art. 191 AEUV Rn. 28, 31; *ders.*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, S. 153 ff.; *Schröder*, *Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes*, in: *Rengeling* (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Neuausgabe 2003, § 9 Rn. 35; *Lübbe-Wolff*, *Präventiver Umweltschutz – Auftrag und Grenzen des Vorsorgeprinzips im deutschen und europäischen Recht*, in: *Bizer/Koch* (Hrsg.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität*, 1998, S. 51 ff.; *Wahl/Appel*, *Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 58 ff.; *Rengeling*, *Umweltvorsorge und ihre Grenzen im EWG-Recht*, 1989, S. 24.

Ziele der Richtlinie erreicht wurden. Auch derartige „Regelungslücken“ sind mit dem primärrechtlichen Vorsorgeprinzip schwerlich vereinbar.<sup>16</sup>

Maßgeblich ist stets der Stand des gegenwärtigen Wissens. Dem Vorsorgeprinzip ist notwendig immanent, dass überholte Beurteilungen nicht nur revidiert werden können, sondern sogar müssen.<sup>17</sup> Das gilt erst recht, wenn, wie beim Klimawandel, irreversible und schwere, vielfach existentielle Schäden zu befürchten stehen. Das Ergebnis einer solchen aus Vorsorgegründen gebotenen Revision muss dabei weder die Ersetzung des Emissionshandels durch andere Instrumente noch die alleinige Fokussierung auf eine – politisch derzeit auf Unionsebene kaum wahrscheinliche – grundlegende Reform des Emissionshandels sein. Zur Verfügung steht vielmehr auch und vor allem die Möglichkeit, den Emissionshandel durch anderweitige Instrumente zu flankieren, um auf diese Weise auf die ausbleibende Lenkungswirkung des Emissionshandels zu reagieren und dem Vorsorgeprinzip genüge zu tun. Das kann auch auf nationaler Ebene geschehen.

Die Europäische Kommission hatte seinerzeit in ihrem „Grünbuch zum Handel mit Treibhausgasemissionen“<sup>18</sup> schon eine lediglich ergänzende Funktion des Emissionshandels neben ordnungsrechtlichen Instrumentarien erwogen. Darüber hinaus benennt die Emissionshandels-Richtlinie – wiederum im 23. Erwägungsgrund – ausdrücklich die Möglichkeit einer Kombination des Emissionshandels mit anderen Instrumenten. Danach soll nämlich der Emissionsrechtezertifikatehandel Teil eines umfassenden und kohärenten Politik- und Maßnahmenpakets sein, das auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durchgeführt wird. Die Mitgliedstaaten können, so heißt es weiter, bei Tätigkeiten, die unter das Gemeinschaftssystem fallen, die Auswirkungen von ordnungs- und steuerpolitischen sowie sonstigen Maßnahmen prüfen, die auf die gleichen Ziele wie die Emissionshandels-Richtlinie gerichtet sind. Auch wenn grundsätzlich einheitliche Klimaschutzvorgaben auf Unionsebene wünschenswert wären, so recurriert damit im Ergebnis die Emissionshandels-Richtlinie selbst bereits auf die primärrechtliche Schutzverstärkungsklausel.

---

<sup>16</sup> Siehe auch *Epiney*, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236, 242; *Diehr*, Rechtsschutz im Emissionszertifikate-Handelssystem, 2006, S. 168 f.

<sup>17</sup> Siehe auch *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 169, sowie *Ramsauer*, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Auflage 2014, § 3 Rn. 131.

<sup>18</sup> KOM (2000) 87 endg.

### **c) Schutzverstärkung**

Im Rahmen so genannter Schutzverstärkungen auf der Grundlage von Art. 193 AEUV können nationale CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards auch für diejenigen Anlagen festgelegt werden, die am Emissionshandel teilnehmen.

#### **aa) Anwendbarkeit von Art. 193 AEUV**

Gemäß Art. 193 AEUV sind die Mitgliedstaaten durch europarechtliche Schutzmaßnahmen im Umweltbereich nicht gehindert, ihrerseits verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, sofern die betreffenden Maßnahmen mit den Verträgen vereinbar sind und der Europäischen Kommission notifiziert werden. Art. 193 AEUV sieht für den Umweltbereich eine Ausnahme von dem Grundsatz des Ausschlusses abweichender nationaler Vorschriften vor. Der Verbesserung des Umweltschutzes wird unter bestimmten Voraussetzungen Vorrang vor der Harmonisierung des Rechtssystems eingeräumt. Gemäß Art. 193 AEUV können die Mitgliedstaaten über Umwelanforderungen des Gemeinschaftsrechts hinausgehen, wenn diese auf der Grundlage des Umwelttitels in Art. 192 AEUV – auf der auch IE- und Emissionshandels-Richtlinie fußen – getroffen wurden.

Zwar hat der europäische Gesetzgeber in der IE-Richtlinie in Art. 9 Abs. 1 den Ausschluss von Emissionsgrenzwerten aus Art. 9 Abs. 3 der IVU-Richtlinie übernommen, zugleich hat er aber explizit die Geltung von Art. 193 AEUV betont. Im zehnten Erwägungsgrund der IE-Richtlinie heißt es nämlich:

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

Damit wird nicht nur die Anwendbarkeit des Primärrechts klargestellt. Darüber hinaus wird vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass der in Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie formulierte Ausschluss gerade kein absoluter ist und Treibhausgasemissionen eigenständigen nationalen Regelungen zugänglich sind.

Etwas anderes wäre auch kaum mit Art. 7 der Elektrizitätsbinnenmarkts-Richtlinie<sup>19</sup> vereinbar. Denn danach legen die *Mitgliedstaaten* die Kriterien für die Erteilung von Genehmigungen zum Bau von Erzeugungsanlagen in ihrem Hoheitsgebiet fest. Kriterien im Sinne der Richtlinie sind dabei unter anderem die „Art der Primärenergieträger“ sowie die „Energieeffizienz“. Die Entscheidungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Festlegung von Primärenergieträgern und Effizienzanforderungen ist in der Neufassung der Elektrizitätsbinnenmarkts-Richtlinie 2009, mithin nach Erlass der Emissionshandels-Richtlinie im Jahre 2003, ausdrücklich beibehalten worden.

Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses für die IE-Richtlinie war übrigens sogar die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards in der Richtlinie selbst diskutiert worden. Mitglieder des Europäischen Parlaments hatten insbesondere die Einführung eines europaweiten CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards für neue Kraftwerke gefordert.<sup>20</sup> Dazu kam es dann zwar letztlich nicht.<sup>21</sup> Dem lagen jedoch nicht rechtliche Bedenken im Hinblick auf das Zusammenwirken der IE- mit der Emissionshandels-Richtlinie, sondern vielmehr anscheinend in erster Linie politische sowie möglicherweise auch formelle Erwägungen zugrunde.<sup>22</sup>

## **bb) Systemkonformität**

Der Europäische Gerichtshof betont in ständiger Rechtsprechung zwar das Gebot der einheitlichen Anwendung des europäischen (Umwelt)Rechts. Denn die Frage, ob ein anderer Weg eines Mitgliedstaates im Ergebnis zu mehr Umweltschutz führt, wird nicht immer einfach zu beantworten sein. Das bedeutet indes nicht, dass Art. 193 AEUV als Schutzverstärkungen nur solche systemimmanenten Konkretisierungen zulässt, die unter Anwendung des europarechtlich vorgegebenen Instrumentariums strengere Bestimmungen treffen, also beispielsweise den von der IE-Richtlinie

---

<sup>19</sup> Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. L 211 vom 14. August 2009, S. 55.

<sup>20</sup> Siehe ENDS Europe, IPPC should include CO<sub>2</sub> limit for power plants, 15. Oktober 2008.

<sup>21</sup> Siehe auch ENDS Europe, Game over for CO<sub>2</sub> limit in revised IPPC law, 28. Januar 2010.

<sup>22</sup> Die Einführung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards auf Grund von Änderungsanträgen von Mitgliedern des Europäischen Parlaments wäre über bloße Klarstellungen hinausgegangen und hätte die Bestimmungen der zu novellierenden IVU-Richtlinie in der Fassung des Vorschlags der Europäischen Kommission inhaltlich geändert. Im Hinblick auf das Verfahren hätte dafür gemäß der „Interinstitutionellen Vereinbarung über die systematischere Neufassung von Rechtsakten“ (ABl. C 77 vom 28. März 2001, S. 1) allein für diesen Punkt das gesamte Gesetzgebungsverfahren neu durchgeführt werden müssen. Das war anscheinend nicht durchsetzbar.

bereits vorgegebenen Emissionsgrenzwert für Schwefeldioxid auf nationaler Ebene „lediglich“ weiter verschärfen.

Ausgehend von Sinn und Zweck des Art. 193 AEUV ist vielmehr eine Entscheidung im Einzelfall erforderlich, die den Prinzipien und Zielen des Art. 191 AEUV<sup>23</sup> im Rahmen des jeweiligen Wortlauts der zugrunde liegenden sekundärrechtlichen Gemeinschaftsregelung systematisch Rechnung trägt. Eine mitgliedstaatliche Schutzverstärkung ist danach zulässig, wenn sie in dieselbe Richtung wie die Gemeinschaftsregelung zielt, diese in systematisch vergleichbarer Weise weiterführt und dazu beiträgt, den Zielen und Prinzipien des Art. 191 AEUV näherzukommen.<sup>24</sup>

Bestätigung findet das in der IE-Richtlinie selbst. Denn die Schadstoffliste in Anhang II der IE-Richtlinie führt keine Treibhausgasemissionen auf, mithin trifft die Richtlinie auch keine Regelungen im Hinblick auf Treibhausgasemissionen. Im zehnten Erwägungsgrund der IE-Richtlinie werden jedoch ausdrücklich „Vorschriften für Treibhausgasemissionen“ auf mitgliedstaatlicher Ebene für zulässig erklärt (siehe oben). Das heißt, die Mitgliedstaaten sind im Rahmen nationaler Schutzverstärkungen danach gerade nicht allein darauf festgelegt, strengere Vorgaben für vom Europarecht bereits durch Emissionsstandards reglementierte Schadstoffe zu normieren. Sie können auch europarechtlich bislang nicht durch Emissionsstandards reglementierte Stoffe in den Blick nehmen, vorausgesetzt, dies geschieht in einer systematisch vergleichbaren Weise und zur Verwirklichung der Ziele und Prinzipien des Art. 191 AEUV.

Das ist in Bezug auf Emissionsstandards für CO<sub>2</sub>-Emissionen der Fall. Die IE-Richtlinie verlangt die Festlegung ordnungsrechtlicher Emissionsstandards für bestimmte Schadstoffe wie beispielsweise Schwefeldioxid oder Stickstoffoxide im nationalen Recht sowie sodann in den jeweiligen Anlagengenehmigungen (Art. 14 der IE-Richtlinie). Ordnungsrechtliche nationale Emissionsstandards für CO<sub>2</sub> führten diesen Ansatz der IE-Richtlinie in systematisch gleicher Weise fort. Es handelte sich um einen zu den Instrumenten der IE-Richtlinie parallelen Ansatz für zusätzliche

---

<sup>23</sup> Art. 191 EUV definiert die Ziele der Umweltpolitik der EU. Diese muss insbesondere zur Erhaltung und zum Schutz der Umwelt sowie zur Verbesserung ihrer Qualität beitragen. Die Umweltpolitik der EU zielt dabei unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen auf ein hohes Schutzniveau ab. Sie beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip.

<sup>24</sup> *Callies* a.a.O., Art. 193 AEUV Rn. 9.

Stoffe.<sup>25</sup> In Anbetracht der wissenschaftlichen Erkenntnisse über die schädlichen Auswirkungen bestimmter CO<sub>2</sub>-Konzentrationen in der Atmosphäre ist CO<sub>2</sub> auch als (Luft)Schadstoff einzustufen.<sup>26</sup>

Mit nationalen CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards würde auch keineswegs das System der Emissionshandels-Richtlinie konterkariert werden. Denn dieses fände ja weiterhin für die unter Beachtung der festgelegten Standards emittierten CO<sub>2</sub>-Mengen Anwendung.<sup>27</sup>

Das Emissionshandelssystem selbst enthält im Übrigen bereits ordnungsrechtliche Elemente.<sup>28</sup> Das gilt etwa im Hinblick auf das brennstoffbezogene Benchmarking-System, die Mindeststandards für industrielle Großemittenten sowie schließlich für das Cap, mit dem die Gesamtmenge der zuzuteilenden Zertifikate bestimmt wird. Die CCS-Richtlinie<sup>29</sup> sieht überdies vor, dass für Anlagen, die ihre erste Genehmigung nach Inkrafttreten der CCS-Richtlinie erhalten, die räumlichen Voraussetzungen für die Nachrüstung der Anlage mit CCS-Technologie geschaffen werden müssen (so genanntes capture ready). Konkret muss auf dem Betriebsgelände genügend Platz freigehalten werden. Hierbei handelt es sich aber in der Sache um nichts anderes als eine Anforderung zur Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen, die über das immissionsschutzrechtliche Anlagenrecht auch gegenüber den am Emissionshandel teilnehmenden Betreibern durchzusetzen ist.<sup>30</sup> Die Trennung zwischen Ordnungsrecht einerseits und Emissionshandelssystem andererseits ist also auch deshalb keine absolute. Vielmehr existiert bereits gegenwärtig eine Kombination von Handelsmechanismus und Ordnungsrecht.

### **cc) Verbesserung des Klimaschutzes**

Nationale CO<sub>2</sub>-Emissionstandards würden aus Gründen eines effektiveren Klimaschutzes erlassen werden, sie dienen folglich dem Umweltschutzziel des Art.

---

<sup>25</sup> *Epiney* a.a.O., S. 242; *SRU* a.a.O., Tz. 449.

<sup>26</sup> Vgl. US Supreme Court, Urteil "Massachusetts et al. versus Environmental Protection Agency" vom 12. April 2007, <http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-1120.pdf>.

<sup>27</sup> *Epiney* a.a.O., S. 242.

<sup>28</sup> *Ziehm* a.a.O., S. 38.

<sup>29</sup> Richtlinie 2009/31/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die geologische Speicherung von Kohlendioxid und zur Änderung der Richtlinie 85/337/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2000/60/EG, 2001/80/EG, 2004/35/EG, 2006/12/EG und 2008/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 1013/2006, ABI L 140 vom 5. Juni 2009, S. 114.

<sup>30</sup> Vgl. *Wickel*, Die Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid (Carbon Capture and Storage) – Eine neue Technik als Herausforderung für das Umweltrecht, ZUR 2011, 115, 117.

191 AEUV. Zwar verlangt das Emissionshandelssystem die Einhaltung einer bestimmten Obergrenze von CO<sub>2</sub>-Emissionen durch das verbindlich vorgegebene Cap. An der Maßgeblichkeit dieses Caps für sämtliche europaweit dem Emissionshandelsregime unterfallenden CO<sub>2</sub>-Emissionen änderte sich auch bei Festsetzung nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards nichts. Das eigentliche – und aus Klimaschutzgründen gebotene - Ziel des Emissionshandels ist aber nicht die Einhaltung des Caps, sondern die Bekämpfung der Klimaänderung und das nachhaltige Umsteuern unter anderem der Energieversorgungsunternehmen hin zu klimafreundlichen Techniken. Das bewirkt der Emissionshandel in der Praxis gerade nicht.

CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards setzten genau an diesem Defizit an und bedeuteten daher mindestens mittelfristig im Ergebnis mehr Klimaschutz insgesamt. Sie trügen zur Umsteuerung der Investitionen in klimafreundlichere Technologien bei und gewährleisteten Planungssicherheit.

Hinzukommt das Folgende: Wollte man für die Zulässigkeit nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards unmittelbar eine Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht nur in Deutschland, sondern in Europa überhaupt als Voraussetzung für eine Schutzverstärkung nach Art. 193 AEUV fordern, bedeutete das, dass ein Mitgliedsstaat auch gegenüber neuen Großanlagen, die dem Emissionshandel unterliegen, auf nationaler Ebene keine Vorgaben erlassen dürfte, obwohl vom Emissionshandelssystem offensichtlich keine wirksame Lenkungswirkung ausgeht und der Kraftwerkspark in dem Mitgliedstaat deshalb eine Ausrichtung hin auf fossile Kraftwerke nimmt, die mit dem Klimaschutzzielen des Mitgliedstaates nicht vereinbar ist. Ein offenkundig unwirksames System kann aber nicht über seine eigene Wirkungslosigkeit hinaus auch noch das Ergreifen wirksamer Maßnahmen verbieten. Wollte man das anders sehen, bedeutete das eine Manifestierung einer in hohem Maße unzureichenden Lenkungswirkung und damit letztlich Passivität in der europäischen und nationalen Klimaschutzpolitik. Das wiederum ist schwerlich mit dem eigentlichen Sinn und Zweck des Emissionshandels und dem Vorsorgeprinzip sowie dem in Art. 20a GG verankerten Staatsziel Umweltschutz vereinbar.

Bestätigung findet das auch in der Emissionshandels-Richtlinie selbst. Gemäß dem bereits zitierten 23. Erwägungsgrund der Richtlinie müssen nationale ordnungs- und steuerpolitische sowie sonstige Maßnahmen „lediglich“ auf das gleiche Ziel wie die



Emissionshandels-Richtlinie gerichtet sein (siehe oben). Eine sofortige europaweite Verringerung der CO<sub>2</sub>-Emissionen auf Grund mitgliedstaatlicher Maßnahmen wird hingegen nicht verlangt.

Andernfalls liefe im Übrigen auch der zehnte Erwägungsgrund der IE-Richtlinie leer. Denn es ist Schutzverstärkungen nach Art. 193 AEUV aus der Natur der Sache heraus immanent, dass sie (zunächst) auf nationaler Ebene wirken. Eröffnet man einerseits den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, nationale Schutzverstärkungen im Hinblick auf CO<sub>2</sub>-Emissionen zu ergreifen, setzte aber – andererseits – voraus, dass sich auf Grund eben dieser Maßnahmen die CO<sub>2</sub>-Emissionen unmittelbar in Europa verringern, wäre das offensichtlich in hohem Maße in sich widersprüchlich.

Schließlich hat Großbritannien im Rahmen der Energy Market Reform im Energy Act vom Dezember 2013 CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards für (neue) Kohlekraftwerke festgelegt.<sup>31</sup> Die CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards in Kapitel Acht des Energy Act sollen ausdrücklich das Ziel der Dekarbonisierung unterstützen. Der Energy Act nimmt dabei nicht auf das im Rahmen des Emissionshandels festgelegte Cap, sondern explizit und zu Recht gerade auf das Umsteuern hin zu klimafreundlichen Technologien und das Erreichen von Klimaschutzziele Bezug. Großbritannien hat die Europäische Kommission während des Gesetzgebungsprozesses über die beabsichtigte Festsetzung nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards informiert und den Energy Act nach Verabschiedung gegenüber der Europäischen Kommission notifiziert.<sup>32</sup> Die Europäische Kommission ist – soweit ersichtlich - der britischen Regelung über CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards im Energy Act nicht entgegengetreten.

#### **d) Spezifische CO<sub>2</sub>-Grenzwerte oder maximale CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge**

Nach alledem ist die Festsetzung nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards auch für dem Emissionshandel unterfallende Anlagen auf Grundlage von Art. 193 AEUV europarechtlich zulässig, wenn nicht sogar aus Vorsorgegründen zur Bekämpfung des Klimawandels geboten. CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards können dabei in Form spezifischer CO<sub>2</sub>-Grenzwertes pro erzeugter Strommenge (in Gramm pro Kilowattstunde) oder absolut durch Festsetzung einer zulässigen CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge normiert werden.

---

<sup>31</sup> [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/32/pdfs/ukpga\\_20130032\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/32/pdfs/ukpga_20130032_en.pdf).

<sup>32</sup> [http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2012-2013/0100/cbill\\_2012-20130100\\_en\\_5.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2012-2013/0100/cbill_2012-20130100_en_5.htm).

Spezifische CO<sub>2</sub>-Grenzwerte gibt es in den USA und in Kanada. In den USA gilt für Kraftwerksneubauten ein rohstoffabhängiger Grenzwert von 450 g/kWh für Gaskraftwerke und von 500 g/kWh für Kohlekraftwerke.<sup>33</sup> In Kanada tritt ab 1. Juli 2015 ein CO<sub>2</sub>-Grenzwert von 420 g/kWh rohstoffabhängig für Kohlekraftwerke in Kraft.<sup>34</sup> Dieser Wert gilt für Neubauten sowie für Bestandsanlagen ab einer Laufzeit von 50 Jahren.

Durch den britischen Energy Act wird eine zulässige CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge pro Kraftwerksstandort festgesetzt. Konkret wird eine maximale CO<sub>2</sub>-Jahresfracht pro Megawatt/Kapazität vorgegeben. Benchmark ist ein modernes Gaskraftwerk, wobei eine Auslastung von 85 Prozent sowie ein spezifischer CO<sub>2</sub>-Grenzwert von 450 g/kWh zugrunde gelegt werden (8760 h \* 0,85 \* 450g/kWh). In Abhängigkeit von der jeweiligen Kapazität wird daraus sodann die maximal zulässige CO<sub>2</sub>-Jahresfracht pro Jahr in Tonnen berechnet. Der Energy Act bezieht sich auf Neuanlagen sowie auf essentielle Retrofits.

#### **e) Bestandsanlagen**

Tatsächlich können CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards nicht nur für Neuanlagen, sondern aus übergeordneten Klimaschutzpolitischen Gründen auch im Hinblick auf Bestandsanlagen festgesetzt werden.

#### **aa) Grundrechtsrelevanz**

Der Eigentumsschutz aus Art. 14 GG und die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG sind als Wirtschaftsgrundrechte grundsätzlich auf die Betreiber von Kohlekraftwerken anwendbar. Art. 12 GG erfasst auch die freie Betätigung von Unternehmen. Beide Grundrechte sind auf gesetzgeberische Gestaltung angewiesen. So wie Art. 14 GG nicht nur die Schranken-, sondern bereits die Inhaltsbestimmung dem Gesetzgeber zuweist, bedarf auch die Berufsfreiheit der gesetzgeberischen Ausgestaltung. Nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt der Gesetzgeber den Inhalt des Eigentums und zwar im Spannungsfeld zwischen Eigentumsgarantie und Allgemeinwohlbindung (Art. 14 Abs. 2 GG). Insofern hat der Gesetzgeber des BImSchG mit den Vorschriften

---

<sup>33</sup> Siehe <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2014-01-08/pdf/2013-28668.pdf>.

<sup>34</sup> Siehe <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2012/2012-09-12/html/sor-dors167-eng.html>.

über nachträgliche Anpassungsmöglichkeiten in § 17 BImSchG (siehe oben) den Inhalt des Anlageneigentums in Fragen des Bestandsschutzes verbindlich normiert. Es gibt keinen Bestandschutz „aus“ Art. 14 GG, der sich neben oder gar gegen das Gesetzesrecht durchsetzt.<sup>35</sup> Auch für die Berufsfreiheit ist die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers für Berufsbilder anerkannt.<sup>36</sup>

Über die dogmatische Einordnung einer Festlegung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards für Bestandsanlagen in den Schutzbereich von Art. 14 GG oder Art. 12 GG lässt sich streiten. Der Schutz von künftigen Gewinnen und Erwerbschancen ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht vom Grundrechtsschutz nach Art. 14 Abs. 1 GG umfasst. Auch originär staatlich gewährte Rechte, wie eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, sind nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Vermögenspositionen im Sinne von Art. 14 GG.<sup>37</sup> Eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse könnte indes darin gesehen werden, dass die Nutzung des Grund- bzw. Anlageneigentums beeinträchtigt und mithin der Schutzbereich von Art. 14 GG eröffnet ist. Andererseits geht es in der Sache gerade wesentlich um die Möglichkeit angemessener Gewinnerzielungschancen, die vorrangig im Rahmen eines Eingriffs in die Berufsfreiheit zu prüfen wären.

Einer endgültigen Entscheidung im Hinblick auf Art. 14 GG oder Art. 12 GG bedarf an dieser Stelle jedoch nicht. Denn die Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards auch für Bestandsanlagen ließe sich jedenfalls verhältnismäßig ausgestalten. Insoweit ist auf die Erwägungen, die im Rahmen der Atomausstiege 2002 und 2011 angestellt wurden, Bezug zu nehmen.

Ausgangspunkt war seinerzeit, dass die Amortisation getätigter Investitionen sowie eine angemessene Gewinnerzielung für die Betreiber der Atomkraftwerke möglich bleiben sollten. Es wurde daher ermittelt, wann sowohl die getätigten Investitionen erwirtschaftet als auch Gewinnerwartungen realisiert werden konnten. Jedenfalls nach Ablauf einer Frist von 32 Jahren seit Aufnahme des kommerziellen Leistungsbetriebs wurde ein entschädigungsfreier Entzug der Betriebsgenehmigungen der Atomkraftwerke angenommen.<sup>38</sup> Ausweislich eines vom damaligen Bundesumweltministerium in Auftrag gegebenen Gutachtens waren die

---

<sup>35</sup> Koch, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 204.

<sup>36</sup> BVerfGE 13, 97, 106; 75, 246, 265 f.; 119, 59, 78.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 48, 403, 413; 53, 336, 348 f.; 84, 90, 126; 102, 254, 300 ff.

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6890.

Erstinvestitionen in die Atomkraftwerke sogar schon nach etwa 19 Jahren bilanziell abgeschrieben; spätestens nach 27 Jahren hatten sich die Investitionen in die Anlagen nicht nur amortisiert, sondern mit einem Gewinn verzinst, welcher der Höhe der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen entsprach.<sup>39</sup> Danach wäre bereits mit einer Frist von 28 Jahren dem Schutz des Vertrauens der Betreiber in den Bestand ihrer Rechtspositionen – aus Art. 14 GG oder Art. 12 GG - ausreichend Rechnung getragen gewesen. Dass die Kraftwerke technisch tatsächlich länger betrieben werden können, liegt ebenso in der Risikosphäre der Betreiber wie Hinderungsgründe für einen tatsächlichen Betrieb in der Vergangenheit.

Dementsprechend wäre auch für Kohlekraftwerke zu ermitteln, wann sich dort die getätigten Investitionen erwirtschaftet haben. Zusätzlich wäre die Realisierung einer angemessenen Gewinnerwartung in Ansatz zu bringen. Aus der Literatur lassen sich Amortisationszeiträume von 20 Jahren ableiten.<sup>40</sup> Möglicherweise sind aber auch kürzere Fristen anzunehmen.

#### **bb) Festsetzung eines spezifischen CO<sub>2</sub>-Grenzwertes**

Aus dem Vorstehenden folgt: Die Festsetzung eines spezifischen CO<sub>2</sub>-Grenzwertes pro erzeugter Strommenge von beispielsweise 420 oder 500 g/kWh führte zwar im Ergebnis regelmäßig zur Stilllegung von Kohlekraftwerken, weil diese den Grenzwert nur mit CCS-Technologie einhalten könnten, CCS-Technologie in Deutschland aber nicht zur Verfügung steht und bislang rechtlich weitgehend ausgeschlossen ist.

Doch selbst wenn die Festsetzung eines solchen spezifischen CO<sub>2</sub>-Grenzwertes im Rahmen einer nachträglichen Anordnung nach § 17 BImSchG faktisch einem Entzug der Betriebsgenehmigung gleichkäme, läge im Hinblick auf diejenigen Kraftwerke, die bereits abgeschrieben sind, kein unverhältnismäßiger Eingriff in Grundrechte der Betreiber und mithin kein entschädigungspflichtiger Tatbestand vor. Das gilt erst recht bei zusätzlicher Berücksichtigung einer angemessenen „Gewinnrealisierungszeit“. Für noch nicht abgeschriebene Bestandsanlagen wären

---

<sup>39</sup> Pressemitteilung des BMU (heute BMUB) vom 27. Januar 2000.

<sup>40</sup> Siehe etwa *Buttermann/Baten*, Wirtschaftlichkeit des Neubaus von Braunkohlekraftwerken, Energiewirtschaftliche Tagesfragen vom 27. März 2014, Tabelle 1 (Kapitalbindungsdauer), <http://www.et-energie-online.de/Zukunftsfragen/tabid/63/Year/2013/Month/4/NewsModule/413/NewsId/499/Wirtschaftlichkeit-des-Neubaus-von-Braunkohlekraftwerken.aspx>; *Gerbaulet et al.*, Die Zukunft der Braunkohle in Deutschland im Rahmen der Energiewende, 2012, Tabelle 5, (Kapitalbindungsdauer), [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.412261.de/diwkompakt\\_2012-069.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.412261.de/diwkompakt_2012-069.pdf).

angemessene Übergangsfristen sowie gegebenenfalls Entschädigungen vorzusehen.

### **cc) Festlegung einer zulässigen CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge**

Bei Anwendung des britischen Modells auch auf Bestandsanlagen - also bei Festlegung einer zulässigen CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge - könnten existierende Kohlekraftwerke ohne Nachrüstung oder CCS-Technologie jährlich solange betrieben werden, bis die maximal zulässige CO<sub>2</sub>-Jahresfracht pro Megawatt/Kapazität emittiert ist. Das heißt, selbst abgeschriebene Kohlekraftwerke könnten danach weiter betrieben werden und Gewinn machen, nur eben nicht über die gesamte Zeitspanne eines Jahres. Wann genau das jeweilige Kraftwerk Strom produzieren würde, läge in der Entscheidungshoheit des Betreibers.

Wenn sogar die Festlegung eines spezifischen CO<sub>2</sub>-Grenzwertes für fossile Kraftwerke und in der Folge eine faktische Stilllegung von Kohlekraftwerken nach Ablauf der Amortisationszeit verfassungsrechtlich entschädigungsfrei zulässig wäre (siehe oben), gilt das erst recht für CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards, die den Betrieb auch abgeschriebener Kraftwerke zwar einschränken, aber weiter zulassen.

Die jährlich zulässige CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge könnte dabei entweder auf die einzelnen Kraftwerksblöcke bezogen oder für einen Standort insgesamt festgelegt werden. Mit letzterer Alternative würde den Kraftwerksbetreibern eine weitere Wahlmöglichkeit dahingehend eröffnet werden, welchen Block oder welche Blöcke eines Kraftwerksstandorts sie überhaupt, wann und wie lange bis zu Erreichung der für den Standort zulässigen maximalen Jahresfracht betreiben.

## **2. Nationale Mindestwirkungsgrade**

### **a) Zulässigkeit bereits auf Grund Sekundärrechts**

Die Zulässigkeit der Festsetzung von Mindestwirkungsgraden für fossile Kraftwerke folgt bereits aus dem europäischen Sekundärrecht, konkret aus der Emissionshandels-Richtlinie selbst sowie der IE-Richtlinie. Gemäß Art. 26 Emissionshandels-Richtlinie und Art. 9 Abs. 2 IE-Richtlinie steht es nämlich ausdrücklich „den Mitgliedstaaten ... frei, für die in Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG aufgeführten Tätigkeiten keine Energieeffizienzanforderungen in Bezug

auf Verbrennungseinheiten oder andere Einheiten am Standort, die Kohlendioxid ausstoßen, festzulegen“. Dieselbe Formulierung findet sich im 21. Erwägungsgrund der Emissionshandels-Richtlinie.

Während den Mitgliedstaaten ebenfalls in Art. 26 Emissionshandels-Richtlinie und Art. 9 Abs. 1 IE-Richtlinie im Hinblick auf CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards eine klare Vorgabe gemacht wird („enthält die Genehmigung keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen dieses Gases“, siehe oben), wird den Mitgliedstaaten im Hinblick auf Energieeffizienzanforderungen explizit eine Wahlmöglichkeit eingeräumt. Es steht ihnen frei, derartige Anforderungen nicht festzulegen. Ein Verbot, flankierende Effizienzanforderungen zu stellen, wird gerade und im Unterschied zu Emissionsgrenzwerten nicht normiert. Im Gegenteil geht der Gesetzgeber mit dieser Formulierung zunächst von einer Festlegung von Energieeffizienzanforderungen durch die Mitgliedstaaten auch für dem Emissionshandel unterfallende Anlagen aus. Sodann legt er fest, dass aber auch diejenigen Mitgliedstaaten richtlinienkonform handeln, die auf solche Anforderungen verzichten.

Die Unterscheidung ist auch keineswegs willkürlich. Zwar lassen sich auch über Effizienzanforderungen Emissionen begrenzen. Das geschieht indes nur mittelbar. Wirkungsgrade setzen nicht an einem bestimmten Schadstoff an. Der unmittelbare Anknüpfungspunkt für Wirkungsgrade ist vielmehr die Anlagentechnik insgesamt sowie die Effektivität der Umwandlung von einer Energieform in eine andere. Das hat der Gesetzgeber zum Anlass genommen, getrennte Regelungen in Art. 9 Abs. 1 und 9 Abs. 2 IE-Richtlinie zu treffen.

Eine nationale Festlegung von Energieeffizienzanforderungen in Form von Mindestwirkungsgraden für fossile Kraftwerke ist mithin bereits auf Grund des europäischen Sekundärrechts zulässig. Unabhängig davon gelten die obigen Ausführungen zum Vorsorgeprinzip sowie zur Schutzverstärkungsklausel in Bezug auf die Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards selbstverständlich in gleicher Weise auch im Hinblick auf Mindestwirkungsgrade.

## **b) Bestandsanlagen**

Mindestwirkungsgrade können grundsätzlich auch für Bestandsanlagen normiert werden. Im Hinblick auf die Grundrechtsrelevanz derartiger Festlegungen ist insoweit auf die Ausführungen oben unter Ziffer III.1. e) aa) zu verweisen.

### **3. Regelungsbedarf im deutschen Recht**

Zur Festsetzung nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards oder Mindestwirkungsgrade müsste zunächst § 5 Abs. 2 BImSchG ersatzlos gestrichen werden. Sodann wären seitens der Bundesregierung in der 13. BImSchV konkrete CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards oder Mindestwirkungsgrade festzusetzen. CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards könnten dabei in Form spezifischer CO<sub>2</sub>-Grenzwerte oder absolut als maximale zulässige CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge festgeschrieben werden. Grundsätzlich in Betracht käme auch eine differenzierte Festsetzung spezifischer CO<sub>2</sub>-Grenzwerte für Neuanlagen und einer CO<sub>2</sub>-Gesamtmenge pro Jahr für Bestandsanlagen.

### **IV. Europarechtliche Zulässigkeit nationaler Flexibilitätskriterien**

Im Rahmen der Energiewende geht es nicht um die Frage, wie die Erneuerbaren Energien in das bestehende System und den bestehenden Markt integriert werden können. Es geht vielmehr umgekehrt darum, wie und mit welchen Maßnahmen der bestehende Kraftwerkspark an die Erfordernisse Erneuerbarer Energien anzupassen ist. Erforderlich ist der Übergang vom Grundlastprinzip hin zu einer Strategie der „flexiblen Residuallast“ konventioneller Kraftwerke. Dafür muss der flexible Einsatz des konventionellen Kraftwerksparks zum Lastmanagement gewährleistet werden. Das kann durch Festlegung von Anforderungen an die Schnellstartfähigkeit (etwa geringe technische Mindestbetriebszeit und geringe Mindeststillstandszeiten) oder an die Fähigkeit zur flexiblen Fahrweise (etwa hoher Leistungsgradient und geringe Mindestleistung) von Anlagen geschehen.

#### **1. Verordnungsermächtigung im Hinblick auf Neuanlagen**

Bei Flexibilitätsanforderungen handelt es sich um energiewirtschaftliche Anforderungen. Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) enthält in § 49 „Anforderungen an Energieanlagen“, trifft dort aber keine Aussagen im Hinblick auf die Regelbarkeit dieser Anlagen. Allerdings ermächtigt § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, im Rahmen einer Verordnung „Anforderungen an die technische und betriebliche Flexibilität neuer Anlagen zur Erzeugung von Energie zu treffen“. § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG wurde 2011 im Rahmen

der „Energiewendegesetze“ in das EnWG eingefügt,<sup>41</sup> von ihr wurde allerdings bis heute kein Gebrauch gemacht.

Die Verordnungsermächtigung zur Festlegung von Flexibilitätskriterien ist – ebenso wenig wie etwa die Verordnungsermächtigung in § 49 Abs. 4 Nr. 1 EnWG, die „Anforderungen an die technische Sicherheit von Anlagen, insbesondere an ihre Errichtung und ihren Betrieb“, ermöglicht – keineswegs auf Vorgaben ausschließlich aus Gründen der Netzstabilität beschränkt. § 49 EnWG enthält vielmehr ausweislich der Überschrift und seines Absatzes 1 ausdrücklich Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von Energieanlagen als solchen. Dementsprechend ist auch die Gesetzesbegründung zu § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG eindeutig. Dort heißt es:<sup>42</sup>

*„Die Energieversorgung soll zukünftig zunehmend aus erneuerbaren Energien gedeckt werden, so dass deren Anteil an der Energieversorgung zunehmen wird. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, dass neue Anlagen zur Erzeugung von Energie flexibel auf die fluktuierende Einspeisung aus erneuerbaren Energiequellen reagieren können, um die Einspeiseschwankungen erforderlichenfalls ausgleichen zu können. Daher wird die Bundesregierung mit Buchstabe c ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Rahmenbedingungen für die erforderliche Flexibilisierung zu schaffen, was spezieller mit Buchstabe d geregelt wird und sich bei neuen konventionellen Kraftwerken insbesondere auf Höhe der Mindestteillast, Leistungsänderungsgeschwindigkeit und Anfahrzeiten bezieht.“*

Die europarechtliche Zulässigkeit der Verordnungsermächtigung und einer sie ausfüllenden Verordnung ist ohne Weiteres gegeben. Denn energiewirtschaftliche Fragen – wie beispielsweise die Frage der Regelbarkeit von Energieanlagen - sind dem Anwendungsbereich der Emissionshandels-Richtlinie und der IE-Richtlinie von vornherein entzogen.<sup>43</sup> Das heißt, die Problematik, die oben im Hinblick auf die europarechtliche Zulässigkeit nationaler CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards und Mindestwirkungsgrade im Immissionsschutzrecht erörtert wurde, stellt sich für die

---

<sup>41</sup> Eingefügt durch das „Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften“ vom 26. Juli 2011, BGBl. I, S. 1554.

<sup>42</sup> BT-Drs. 17/6072.

<sup>43</sup> Siehe auch *Klinski*, Genehmigungsrechtliche Rahmenbedingungen für Kraftwerksneubau und -fortbetrieb in der Energiewende, ER 2012, 47, 52.



Zulässigkeit nationaler Flexibilitätskriterien im Energiewirtschaftsrecht bereits überhaupt nicht.

Anforderungen spezieller energiewirtschaftlicher Anforderungen im EnWG bzw. einer Verordnung auf der Grundlage von § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG zur Regelbarkeit von fossilen Kraftwerken würden als „andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“ über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zum Gegenstand der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für neue Kohlekraftwerke werden.

## **2. Regelungsbedarf im deutschen Recht für Bestandsanlagen**

Für Bestandsanlagen fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, um nachträglich Flexibilitätsanforderungen durchsetzen zu können. Eine nachträgliche Anordnung nach § 17 Abs. 1 BImSchG verlangt einen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus dem BImSchG, Verstöße gegen andere öffentliche-rechtliche Vorschriften werden dagegen von § 17 Abs. 1 BImSchG nicht erfasst.<sup>44</sup>

Die Verordnungsermächtigung in § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG wäre deshalb zunächst auf bestehende Anlagen zu erweitern, das heißt, § 49 Abs. 4 Nr. 8 EnWG müsste generell zur Festlegung von „Anforderungen an die technische und betriebliche Flexibilität von Anlagen zur Erzeugung von Energie“ ermächtigen. Eine solche Regelung entspräche im Übrigen auch der Verordnungsermächtigung in § 49 Abs. 4 Nr. 1 EnWG, wonach das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ohne Einschränkung auf Neuanlagen ermächtigt wird, „Anforderungen an die technische Sicherheit von Anlagen, insbesondere an ihre Errichtung und ihren Betrieb“, festzulegen.

Sodann wäre auf Grundlage dieser erweiterten Verordnungsermächtigung eine Verordnung auch mit Nachrüstungsanforderungen im Hinblick auf die Flexibilität von Energieanlagen zu erlassen.

Insofern ist ebenfalls auf § 49 Abs. 4 Nr. 1 EnWG zu rekurrieren. So ist beispielsweise die „Verordnung zur Gewährleistung der technischen Sicherheit und Systemstabilität des Elektrizitätsversorgungsnetzes (Systemstabilitätsverordnung - SysStabV)“ auf Basis von § 49 Abs. 4 Nr. 1 EnWG ergangen. §§ 4, 5 und 7 SysStabV enthalten gerade und ausdrücklich Verpflichtungen zur Nachrüstung der

---

<sup>44</sup> Siehe nur *H. Jarass* a.a.O., § 17 Rn. 8 ff. m.w.N.

Wechselrichter von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus solarer Strahlungsenergie. § 8 SysStab sieht sodann aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bestimmte Fristen für die Durchführung der Nachrüstungen vor.

Genauso wie Nachrüstanforderungen gegenüber den Betreibern Erneuerbarer-Energien-Anlagen zulässig sind, sind sie grundsätzlich gegenüber den Betreibern fossiler Kraftwerke zulässig. Das BImSchG stünde einer solchen Verordnung mit Nachrüstanforderungen nicht entgegen. Denn die Feststellungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung erstreckt sich allein darauf, dass die Anlage zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung mit den geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Einklang steht. Vor nachträglichen Änderungen der Rechtslage lässt sie keine Schutzwirkung entstehen.<sup>45</sup> Im Übrigen gelten auch hier die Ausführungen zum Bestandsschutz im Zusammenhang mit der Einführung von CO<sub>2</sub>-Emissionsstandards und Mindestwirkungsgraden (siehe oben Ziffer III.1.e)aa)).

Erlaubt sei an dieser Stelle schließlich folgender Hinweis: Im Rahmen einer Änderung des EnWG wäre auch die Abschaffung, mindestens aber die Neufassung der Vorschrift des § 12 Abs. 3 EnWG zu prüfen. Danach haben Betreiber von Übertragungsnetzen dauerhaft die Fähigkeit des Netzes sicherzustellen, die Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen und insbesondere durch entsprechende Übertragungskapazität und Zuverlässigkeit des Netzes zur Versorgungssicherheit beizutragen. Das bedeutet faktisch eine mit den Zielen der Energiewende schwer vereinbare „Einspeisegarantie“ für fossile Kraftwerke.<sup>46</sup>

## **V. Europarechtliche Zulässigkeit eines nationalen CO<sub>2</sub>-Mindestpreises**

### **1. Steuerhoheit der Mitgliedstaaten**

Die Mitgliedstaaten haben sich aus Sorge um den Verlust ihrer staatlichen Souveränität nach wie vor die (nahezu) ausschließliche Kompetenz auf dem Gebiet der Steuern vorbehalten. Der EU stehen allenfalls begrenzte Kompetenzen zu, die zudem nur einstimmig, das heißt unter Zustimmung aller Mitgliedstaaten ausgeübt werden können. Die Steuerhoheit ist auch im Rahmen zunehmender europäischer Integration also nach wie vor weitgehend in den Händen der Mitgliedstaaten.

---

<sup>45</sup> BVerwG, ZUR 2009, 83 f.

<sup>46</sup> Siehe auch *L. Jarass*, Verbrauchsvorrang für Erneuerbare Energien wieder einführen, Einspeisegarantie für Kohlestrom abschaffen, ZNER 2013, 572, 574 f.

Dementsprechend werden den Mitgliedstaaten etwa für die Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom durch die Richtlinie 2003/96/EG<sup>47</sup> lediglich Rahmenvorgaben gemacht. Für eine an CO<sub>2</sub>-Emissionen bzw. der Inanspruchnahme von Emissionsrechtezertifikaten ansetzende Steuer gibt es bislang keine solchen Rahmenvorgaben. 2011 hatte die Europäische Kommission zwar einen Vorschlag für eine Revision der Richtlinie 2003/96/EG vorgelegt. Danach sollten Mindeststeuersätze festgelegt und in eine Energieträgerkomponente (wie bisher) und eine CO<sub>2</sub>-Komponente aufgeteilt werden.<sup>48</sup> Damit wären Rahmenbedingungen für eine Besteuerung auf der Grundlage der CO<sub>2</sub>-Emissionen eines Energieerzeugnisses geschaffen worden. Geplant war das allerdings nur für nicht dem Emissionshandelssystem unterfallende Unternehmen. Auch ist es bislang nicht zur Verabschiedung des Vorschlags gekommen.

Auf Grund der ihnen zustehenden Steuerhoheit können die Mitgliedstaaten mithin – vorbehaltlich ihres jeweiligen nationalen Finanzverfassungsrechts - in ihrem Hoheitsgebiet auch bzw. gerade ohne europarechtliche Vorgaben eine an CO<sub>2</sub>-Emissionen bzw. der Inanspruchnahme von Emissionsrechtezertifikaten ansetzende Steuer erheben.

Daran vermag auch der Emissionshandel nichts zu ändern. Die Emissionshandels-Richtlinie sieht im Gegenteil in ihrem 23. Erwägungsgrund ausdrücklich die Möglichkeit einer Kombination des Emissionshandels mit anderen Instrumenten vor. Danach soll der Emissionsrechtezertifikatehandel Teil eines umfassenden und kohärenten Politik- und Maßnahmenpakets sein, das auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durchgeführt wird. Die Mitgliedstaaten können, so heißt es weiter, bei Tätigkeiten, die unter das Gemeinschaftssystem fallen, die Auswirkungen von ordnungs- und *steuerpolitischen* sowie sonstigen Maßnahmen prüfen, die auf die gleichen Ziele wie die Emissionshandels-Richtlinie gerichtet sind.

Von dieser Möglichkeit hat Großbritannien Gebrauch gemacht. Großbritannien erhebt seit April 2013 pro emittierter Tonne CO<sub>2</sub> einen Zuschlag auf den CO<sub>2</sub>-Zertifikatepreis. Festgelegt wurde ein CO<sub>2</sub>-Mindestpreis, der zunächst bei 16 Pfund (knapp 19 Euro) pro emittierter Tonne CO<sub>2</sub> lag. Der Zuschlag richtet sich sodann nach der Differenz zwischen diesem Mindestpreis und dem Zertifikatepreis. Liegt

---

<sup>47</sup> Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABl. L 283 vom 31. Oktober 2003, S. 51.

<sup>48</sup> Siehe KOM (2011) 169/3.

also der Preis für eine Tonne CO<sub>2</sub> unterhalb von 16 Pfund müssen Unternehmen, die mit fossilen Brennstoffen arbeiten, die Differenz zwischen Marktpreis und diesem Mindestpreis an die Regierung zahlen. Ursprünglich geplant war, dass der CO<sub>2</sub>-Mindestpreis bis 2020 auf 30 Pfund (36 Euro) und bis 2030 auf 70 Pfund (84 Euro) steigen sollte. Im März dieses Jahres hat die britische Regierung den Mindestpreis für CO<sub>2</sub> jedoch eingefroren. Der Preis für eine emittierte Tonne CO<sub>2</sub> soll danach von 2016 bis 2020 nun auf lediglich 18 Pfund, also rund 22 Euro, festgeschrieben werden, um die Energiekosten für die britischen Unternehmen zu reduzieren.<sup>49</sup>

## 2. Regelungsbedarf im deutschen Recht

Anknüpfungspunkt des englischen Modells ist der Ausstoß von CO<sub>2</sub>-Emissionen, die bei der Verbrennung fossiler Energieträger entstehen. Bemessungsgrundlage ist nicht - wie bei Energiesteuern wie beispielsweise der deutschen Stromsteuer - die verbrauchte Energie. In der Sache handelt es sich daher um eine CO<sub>2</sub>-Steuer.

In Deutschland können Umweltsteuern erhoben werden, wenn wesentlicher Zweck der Erhebung die Erzielung von Einnahmen ist. Daneben können aber auch andere Zwecke wie etwa die Erzielung von Vermeidungseffekten verfolgt werden. Die früher übliche Unterscheidung von Haupt- und Nebenzwecken der Steuer wurde vom Bundesverfassungsgericht fallen gelassen.<sup>50</sup>

Verneint wird von der herrschenden Meinung indes unverändert ein Steuererfindungsrecht.<sup>51</sup> Weil Art. 105 GG und Art. 106 GG in einem systematischen Zusammenhang zueinander stünden, beschränke sich die Erfindung neuer Steuern auf die in Art. 106 GG aufgezählten Steuertypen. Folgt man dieser herrschenden Auffassung, dürfte eine CO<sub>2</sub>-Steuer auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen von Kraftwerken in Deutschland nur dann neu eingeführt werden, wenn sie als eine der in Art. 106 GG genannten Steuertypen ausgestaltet werden könnte. Während die Neuregelung der Kfz-Steuer (Bemessung nach Hubraum und CO<sub>2</sub>-Ausstoß) auf Art. 106 Abs. 1 Nr. 3 GG basiert, müsste eine CO<sub>2</sub>-Steuer auf Kraftwerksemissionen als Verbrauchsteuer im Sinne von Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG zu qualifizieren sein, um verfassungsmäßig zulässig zu sein.

---

<sup>49</sup> <https://www.gov.uk/government/speeches/chancellor-george-osbornes-budget-2014-speech>.

<sup>50</sup> BVerfGE 55, 274, 305 – st. Rspr.

<sup>51</sup> Vgl. die Nachweise bei Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht – Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 143.

Das dürfte nicht der Fall sein. Denn einer an dem Ausstoß von CO<sub>2</sub>-Emissionen ansetzenden Steuer fehlte es an der Verbrauchsfähigkeit, die das wesentliche Element des Verbrauchsteuerbegriffs bildet. Das wiederum bedeutet, eine CO<sub>2</sub>-Steuer müsste erst durch eine Finanzverfassungsänderung als neuartiger Steuertypus eingeführt werden.

Statt an die ausgestoßenen CO<sub>2</sub>-Emissionen könnte jedoch an die Inanspruchnahme von Emissionsrechtezertifikaten angeknüpft werden. Das heißt, ein CO<sub>2</sub>-Mindestpreis würde durch eine Steuer auf Emissionsrechtezertifikate umgesetzt werden, die bei niedrigen CO<sub>2</sub>-Preisen die Differenz zwischen dem Börsenpreis und dem Mindestpreis ausgleiche.

Zwar könnte ein produktiver Verbrauch von Gütern nicht unter die vom Bundesverfassungsgericht für eine Verbrauchssteuer im Sinne von Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG geforderte Verbrauchsfähigkeit<sup>52</sup> zu subsumieren sein. Denn dabei handelt es sich nicht um eine konsumtive Verwendung. Bei Emissionsrechtezertifikaten liegt es indes anders. Mit dem Emissionshandelssystem wurde ein eigenständiger Markt geschaffen, gehandelt werden Emissionsrechtezertifikate. Diesem System ist es immanent, dass diese Zertifikate gekauft und in Anspruch genommen und somit „verbraucht“ werden. Eine an den Verbrauch des Wirtschaftsguts Emissionsrechtszertifikat anknüpfende Steuer schöpfte mithin die dem Verbrauch korrespondierende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ab. Damit dürfte die im Rahmen von Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG geforderte Verbrauchsfähigkeit gegeben sein. Ein nationaler CO<sub>2</sub>-Mindestpreis könnte dann auf Grundlage von Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG eingeführt und durch ein Gesetz des Deutschen Bundestages beschlossen werden.

---

<sup>52</sup> BVerfGE 65, 325, 346 – st. Rspr.





