

## GUTACHTEN

---

### **Fehlinvestitionen vermeiden – Eine Untersuchung zu den rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen zur Defossilisierung der deutschen Volkswirtschaft bis 2045**

**im Auftrag der**

Stiftung Denkfabrik Klimaneutralität GmbH,  
Friedrichstrasse 140, 10117 Berlin,  
vertreten durch den Direktor, Herrn Rainer Baake

**erstellt durch**

RA Prof. Christian Held, WP/StB Rudolf Böck, RA Dr. Martin Altrock,  
RA Dr. Olaf Däuper, RA Dr. Roman Ringwald, RA Dr. Sascha Michaels,  
StB Andreas Fimpel, RAin Christine Kliem, LL.M., RA Vuong Nguyen,  
RAin Lisa Angela Gut, RAin Nurelia Kather

Becker Büttner Held · Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbH  
Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin

T +49 (0)30 611 28 40-0 · F +49 (0)30 611 28 40-99 · [bbh@bbh-online.de](mailto:bbh@bbh-online.de)



Dieses Gutachten wurde für unsere Mandantin und auf der Grundlage des mit unserer Mandantin bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist für den eigenen Gebrauch unserer Mandantin bestimmt. Vor einer Weitergabe des Gutachtens, ganz oder in Teilen, oder einer Bezugnahme im Außenverhältnis der Mandantin bedarf es einer schriftlichen Zustimmung durch uns. Einer Veröffentlichung in autorisierter Fassung wird zugestimmt.

Gegenüber Dritten, die den Inhalt dieses Gutachtens ganz oder in Teilen zur Grundlage eigener Entscheidungen machen, übernehmen wir keine Verantwortung oder Haftung, es sei denn, dieser Dritte wurde ausdrücklich und durch schriftliche Vereinbarung in den Schutzbereich des Mandatsvertrages mit unserer Mandantin einbezogen, oder wir haben mit diesem Dritten schriftlich etwas Abweichendes vereinbart.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>Teil 1</b>	<b>Problemaufriss und Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	<b>4</b>
<b>A.</b>	<b>Sachverhalt und Gutachtauftrag</b>	<b>4</b>
<b>B.</b>	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	<b>7</b>
<b>Teil 2</b>	<b>Fehlinvestitionen vermeiden – die ökonomische Ratio von Investitionen</b>	<b>11</b>
<b>A.</b>	<b>Grundlagen der Investitionstheorie</b>	<b>11</b>
	I. Investitionszyklen in der (karbonisierten) Energiewirtschaft	12
	II. Einfluss der Dekarbonisierung	15
<b>B.</b>	<b>Investitionssteuerung am Beispiel regulierter Gasverteilnetze</b>	<b>16</b>
	I. Daten zur Gasverteilnetzinfrastruktur in Deutschland	16
	II. Regulatorischer Rahmen in Bezug auf Investitionen	18
	III. Besonderheiten bei einem möglichen Rückbau von Gasverteilnetzen	25
<b>C.</b>	<b>Rechtlich-regulatorische Ableitungen für den Ordnungsrahmen</b>	<b>28</b>
	I. Gesetzlich definierter Endpunkt der fossilen Wärmeversorgung	28
	II. Der zunächst „passive“ Gesetzgeber	36
<b>D.</b>	<b>Zusammenfassendes Ergebnis</b>	<b>39</b>

<b>Teil 3</b>	<b>Rechtsrahmen zur Bestimmung eines gesetzlichen Endpunktes für den Einsatz fossiler Energieträger</b>	<b>39</b>
<b>A.</b>	<b>Einsatz fossiler Brennstoffe in Stromerzeugungsanlagen</b>	<b>39</b>
	I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	39
	II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	49
	III. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht	68
	IV. Zusammenfassendes Ergebnis	98
<b>B.</b>	<b>Einsatz fossiler Brennstoffe in Industrieanlagen</b>	<b>100</b>
	I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	100
	II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	100
	III. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht	103
	IV. Zusammenfassendes Ergebnis	116
<b>C.</b>	<b>Einsatz fossiler Kraftstoffe im Verkehrssektor</b>	<b>117</b>
	I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	117
	II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	118
	III. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht	136
	IV. Zusammenfassendes Ergebnis	156
<b>D.</b>	<b>Einsatz fossiler Brennstoffe zur Kälte- und Wärmeversorgung</b>	<b>157</b>
	I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	157
	II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	159
	III. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht	178
	IV. Zusammenfassendes Ergebnis Heizungsanlagen	200
<b>E.</b>	<b>Anlagen zur Förderung von Erdgas und Erdöl (Verbot der Förderung fossiler Brennstoffe)</b>	<b>201</b>
	I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	201
	II. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	202
	III. Zusammenfassendes Ergebnis	208

## Teil 1 Problemaufriss und Zusammenfassung der Ergebnisse

### A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag

Deutschland hat sich als Vertragspartei des Pariser Klimaschutzabkommens dazu verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die dazu beitragen, den globalen Temperaturanstieg auf deutlich unter 2 Grad, möglichst auf 1,5 Grad zu begrenzen. Im Rahmen des Bundes-Klimaschutzgesetzes (im Folgenden: **KSG**) vom 12.12.2019 hatten sich Bundesregierung und Deutscher Bundestag zum Ziel der Klimaneutralität bis 2050 bekannt (§ 1 KSG). Eine aktuelle Studie im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität et al. hat herausgearbeitet, dass Klimaneutralität auch schon 2045 möglich ist.<sup>1</sup> Dies reduziert die insgesamt freigesetzten Treibhausgasemissionen noch einmal deutlich.

Es kommt ganz aktuell hinzu, dass das Bundesverfassungsgericht (im Folgenden: **BVerfG**) in einem Beschluss vom 24.03.2021 (veröffentlicht am 29.04.2021)<sup>2</sup> entschieden hat, dass die Regelungen des KSG über die nationalen Klimaschutzziele und die bis zum Jahr 2030 zulässigen Jahresemissionsmengen insofern mit Grundrechten unvereinbar sind, als hinreichende Maßgaben für die weitere Emissionsreduktion ab dem Jahr 2031 fehlen. Das BVerfG hat damit also nicht nur den Zielen des Pariser Klimaschutzabkommens Verfassungsrang eingeräumt und hierbei explizit auch den Ansatz eines maximal zum Verbrauch stehenden CO<sub>2</sub>-Budgets anerkannt, sondern schützt im Wege einer intertemporalen Freiheitssicherung vor allem Freiheitsgrundrechte nachwachsender Generationen, die durch einseitige Verlagerung der durch Art. 20a Grundgesetz (im Folgenden: **GG**) aufgegebenen Treibhausgas-minderungslast in die Zukunft gefährdet werden könnten. Konkret verlangt das BVerfG frühzeitig transparente Maßnahmen für die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion, die für die notwendigen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln.

Als Reaktion auf den Beschluss des BVerfG vom 24.03.2021 hat die Bundesregierung am 12.05.2021 im Kabinett den Entwurf eines überarbeiteten KSG beschlossen. Dieser sieht u.a. in § 3 Abs. 2 KSG (Entwurf 2021) ebenfalls Klimaneutralität bis 2045 vor.

<sup>1</sup> Vgl. Prognos, Öko-Institut, Wuppertal-Institut (2021): Klimaneutrales Deutschland 2045. Wie Deutschland seine Klimaziele schon vor 2050 erreichen kann. Zusammenfassung im Auftrag von Stiftung Klimaneutralität, Agora Energiewende und Agora Verkehrswende. Unter Klimaneutralität ist dabei zu verstehen, dass die (wenigen, bis dahin noch verbleibenden) Treibhausgasemissionen (CO<sub>2</sub> und CO<sub>2</sub>-Äquivalente) komplett kompensiert werden müssen. Entsprechend verschiedener Berechnungen und Szenarien dürfen die tatsächlich emittierten Treibhausgase CO<sub>2</sub> im Vergleich zum Referenzjahr 1990 nicht mehr als 5 % betragen, um noch eine Kompensation zu ermöglichen.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20.

Das Ziel Klimaneutralität bis 2045 zu erreichen, bedeutet im Ergebnis, dass Deutschland bis 2045 die Nutzung der fossilen Energieträger Kohle, Erdgas und Erdöl in emittierenden Anlagen komplett beenden und – um Fehlinvestitionen und staatliche Entschädigungen zu vermeiden - diesen Endpunkt gesetzlich frühzeitig festlegen muss. Alternativ zur Beendigung kommt nur in Betracht, diese Energieträger – wenn sie nicht komplett substituierbar sind – klimaneutral, etwa synthetisch aus regenerativem Strom, herzustellen oder die bei der Nutzung freiwerdenden Treibhausgase komplett abzuscheiden und dauerhaft einzulagern (Carbon Capture and Storage, im Folgenden: **CCS**) oder wieder als Rohstoff zu verwenden (Carbon Capture and Usage, im Folgenden: **CCU**).

Um den am Wirtschaftsleben partizipierenden Unternehmen, aber auch der Gesellschaft insgesamt zu ermöglichen, sich auf dieses Zieldatum frühzeitig und mit rechtlicher Verbindlichkeit einzustellen, bedarf es auch nach dem BVerfG einer möglichst frühzeitigen gesetzlichen (damit auch rechtsverbindlichen) Definition des Ziels mitsamt der Festlegung eines konkreten Zieldatums. Die Festlegung von konkret unterliegenden Pfaden und konsistenten Rahmenbedingungen neben der Festlegung des Ziels sind häufig notwendig (wie nachfolgend in Teil 2 am Beispiel der Gasinfrastruktur beschrieben), stehen aber nicht im Fokus des Gutachtens.

Leitendes Motiv und damit auch Fokus dieses Gutachtens ist die Vermeidung von Fehlinvestitionen in fossile Technologien. Es soll also durch eine frühzeitige und verlässliche Festlegung von einem fixen Ausstiegsdatum verhindert werden, dass noch Investitionen in Technologien getätigt werden, die vor dem Ziel, Klimaneutralität bis 2045 zu erreichen, nicht sinnvoll erscheinen und von vornherein unrentabel sind.

Grundsätzlich ist dabei zu differenzieren: Zum einen werden durch die Festlegung des Ziels der Klimaneutralität bis 2045 und dem Setzen der entsprechenden Rahmenbedingungen neue Investitionen in Technologien, die des Einsatzes von fossilen Energieträgern bedürfen, gesetzlich in ihrer Laufzeit beschränkt und dadurch solche Investitionen ökonomisch nicht rentabel, wenn sie sich nicht innerhalb der kommenden rund 24 Jahre amortisieren. Zum anderen wird aber auch der Einsatz fossiler Energieträger zeitlich befristet und damit auch bereits getätigte Investitionen in fossile Technologien nachträglich ökonomisch beeinträchtigt, allerdings mit einem jahrzehntelangen zeitlichen Vorlauf, um branchenspezifische Investitionszyklen mit zu berücksichtigen und letztendlich sog. *stranded investments* komplett zu vermeiden.

Beides soll und wird Unternehmen incentivieren und in die Lage versetzen, unternehmensspezifisch rechtzeitig Vorsorge für das fixe Ausstiegsdatum und den Zeit-

raum danach zu treffen, und zusätzlich quasi „aus dem laufenden Betrieb“ ihre unternehmerische Transformation zu klimaneutralen Unternehmen frühzeitig anzustoßen und zu bewältigen. Gleiches gilt im übertragenen Sinne auch für die Gesellschaft insgesamt.

Die Vorteile dieses Vorgehens – also im Vorhinein und mit ausreichend langer Vorlaufzeit einen gesetzlich bestimmten Endpunkt für die Nutzung fossiler Energieträger – zu definieren, liegen auf der Hand: Die vom Gesetzgeber gesetzten Rahmenbedingungen mit zumindest mittelbaren Auswirkungen auf die von Unternehmen und Bürgern getätigten oder noch zu tätigen Investitionen erleichtern deren Planbarkeit bei gleichzeitig größtmöglicher Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen und privaten Haushalte.

Dabei ergibt sich ein erwünschter positiver Nebeneffekt für den staatlichen Haushalt: Die Zahlungen von Entschädigungen an Unternehmen und Bürger infolge einer zu kurzfristigen Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers für eine klimaneutrale Ausrichtung der Volkswirtschaft (und einer damit einhergehenden, möglicherweise unangemessenen Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheiten) sollten bei sorgfältiger und in zeitlicher Hinsicht rechtzeitiger Ausgestaltung weitestgehend vermieden werden können.

Vor diesem Hintergrund hat uns der Auftraggeber gebeten, zwei Aspekte in diesem Gutachten zu untersuchen: Erstens geht es darum, die Investitionslogik, insbesondere von Unternehmen in der Energiewirtschaft, zu erläutern, und am Beispiel einer Infrastruktur – hier der Gasverteilnetze – konkret darzustellen, was die Voraussetzungen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht und wie die regulatorischen Rahmenbedingungen konsistent anzupassen wären, um Fehlinvestitionen zu vermeiden.

Zweitens sollen die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen zur Bestimmung eines gesetzlichen Endpunktes bei der Verwendung von fossilen Energieträgern in emittierenden Anlagen rechtsgutachterlich untersucht werden. Hierzu haben wir uns auf den Einsatz dieser Brenn- und Kraftstoffe in den Bereichen Stromerzeugung, Industrie, Kraftstoffe, Kälte- und Wärmeversorgung sowie Erdgas- und Erdölproduktion fokussiert. Damit sollen möglichst für alle Bereiche, in denen fossile Energieträger verwendet oder genutzt werden, gesetzliche Anknüpfungspunkte identifiziert werden, mittels derer die Verwendung bzw. Nutzung fossiler Brenn- und Kraftstoffe ab 2045 rechtstechnisch sauber und, ohne sich mit höherrangigem Recht in Widerspruch zu begeben, untersagt werden können. Wir haben dies umfassend nach europäischem und nationalem Recht (ohne Berücksichtigung von WTO-Recht) untersucht.

## B. Zusammenfassung der Ergebnisse

In Teil 2 des vorliegenden Gutachtens wird – ausgehend von der Investitionslogik von Unternehmen in der von langlebigen Infrastrukturen und Anlagen geprägten Energiewirtschaft – herausgearbeitet, dass es aus Perspektive des Gesetzgebers, sinnvoll erscheint, sich möglichst frühzeitig auf ein gesetzgeberisches Ziel (hier: Klimaneutralität 2045) und eine konsistente Anpassung des Rechts- und Regulierungsrahmens zur Zielerreichung festzulegen. Zumindest gilt dies, wenn der Gesetzgeber nicht entgegen der Investitionslogik von Unternehmen, sondern dieser folgend agieren möchte, und damit Fehlinvestitionen (und in der Folge mögliche Entschädigungsansprüche) in diesem Bereich besonders langer Investitionszyklen vermeiden möchte.

Dabei ist es in erster Näherung aus juristischer Sicht trotz (oder gerade wegen) des BVerfG-Beschlusses vom 24.03.2021 nicht entscheidend, ob der Gesetzgeber einen bestimmten (Technologie-)Pfad vorgibt, beispielsweise zur Erreichung von Klimaneutralität, im Wärmemarkt, oder ob er das Ziel technologieneutral angeht, solange nur die Anpassung des Rechtsrahmens konsistent zum Ziel erfolgt und damit ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit entsteht.

Von großer Wichtigkeit ist sowohl aus ökonomischer als auch aus juristischer Perspektive, dass der Übergangszeitraum zwischen den Zeitpunkten der gesetzlichen Festlegung des Ziels und der Zielerreichung möglichst lang bemessen wird. Dann steht für die notwendigen Transformationsprozesse – insbesondere in Unternehmen, aber etwa im Bereich Wärmeversorgung und Mobilität auch für private Haushalte – und die konsistenten Anpassungen des übrigen Rechtsrahmens ausreichend Zeit zur Verfügung. Auf diesem Weg können die Belastungen für betroffene Unternehmen und Bürger hinsichtlich ihrer Grundrechte möglichst gering gehalten werden, die Eingriffe in Grundrechte also, wie vom BVerfG gefordert, vorausschauend in grundrechtsschonender Weise über die Zeit verteilt werden.<sup>3</sup> Dieser zeitliche Aspekt einer möglichst langen Streckung zwischen gesetzlicher Festlegung des Ziels einerseits und dem Zeitpunkt der finalen Zielerreichung – hier 2045 – spielt auch in Teil 3 des Gutachtens – dem rechtlichen Teil – immer wieder eine entscheidende Rolle.

Dort werden die gesetzlichen Anknüpfungspunkte und rechtlichen Grenzen aus europa- und verfassungsrechtlicher Sicht zur gesetzlichen Festlegung eines Endzeitpunktes der Verwendung und Nutzung von fossilen Energieträgern rechtsgutachterlich untersucht. Nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung waren

---

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, Rn. 194

12.05.2021

die Bereiche Landwirtschaft und Müllentsorgung als weitere klassische emissionsintensive Sektoren, deren Transformation für ein klimaneutrales Deutschland ebenfalls notwendig wäre.

Betrachtet werden nachfolgend der Einsatz fossiler Brenn- und Kraftstoffe (jedoch ohne die stofflichen Nutzungen von Kohlenwasserstoffen etwa in der chemischen Industrie) in den Bereichen

- Stromerzeugung,
- Industrie,
- Verkehr,
- Kälte- und Wärmeversorgung sowie
- inländische Erdgas- und Erdölproduktion.

Angeknüpft wird hierbei ausschließlich an die Nutzung der fossilen Energieträger, nicht an die Infrastrukturen, Anlagen oder Verkehrsmittel, in denen sie verbrannt werden.

Im Ergebnis bestehen keine durchgreifenden Bedenken, dass eine gesetzliche Festlegung des Ziels eines klimaneutralen Deutschlands bis 2045 – hier unter dem zentralen Aspekt des energetischen Einsatzes fossiler Brenn- und Kraftstoffe, also ohne die weiteren Emissionsquellen Landwirtschaft und Müllverwertung – rechtlich zulässig ausgestaltet werden kann.

Auf europarechtlicher Ebene im Sekundärrecht enthalten insbesondere die Emissionshandels- und die Industrieemissions-Richtlinie keine gesetzlichen Vorgaben, die die Möglichkeiten der Mitgliedsstaaten beschränken würden, den Einsatz fossiler Brennstoffe komplett auszuschließen, da diese (wie z.B. in Art. 9 Abs. 1 der Industrieemissions-Richtlinie) sich auf die Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten beziehen. Eine darüber hinausgehende Beschränkung des nationalen Gesetzgebers wäre auch schon kompetenzrechtlich wegen Art. 192 Abs. 2 AEUV nicht zulässig.

Für den Verkehrsbereich gilt auf sekundärrechtlicher Ebene die Besonderheit, dass Rechtsakte, die technische Anforderungen an Fahrzeuge aufstellen, nicht die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Fahrzeuge regeln. Daraus folgt nach unserem Verständnis, auch wenn derzeit die Emission von Luftschadstoffen bis zu bestimmten Grenzwerten zulässig ist, dass die Regelungen einem Verbot fossiler Kraftstoffe nicht entgegenstehen. Auch das europäische System zur Festlegung von Flottengrenzwerten für Pkw,



leichte Nutzfahrzeuge und Lkw kann nicht so verstanden werden, dass es weiteren Maßnahmen zur Reduzierung von CO<sub>2</sub>-Emissionen entgegensteht.

Primärrechtlich wären durch die gesetzliche Bestimmung des Endpunkts regelmäßig Eingriffe (im Sinne von Maßnahmen gleicher Wirkung) in die Warenverkehrs- oder auch die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit anzunehmen, die allerdings im Ergebnis mittels des ungeschriebenen, aber allgemein anerkannten Rechtfertigungsgrundes „Umweltschutz“ (worunter auch der „Klimaschutz“ fällt) gerechtfertigt sein dürften.

Verfassungsrechtlich wären vor allem die Art. 14 Abs. 1, Art. 12 und Art. 3 Abs. 1 GG berührt. Hier lässt sich festhalten, dass entsprechende gesetzliche Regelungen nach unserer Einschätzung so ausgestaltet werden könnten, dass sie mit der Verfassung vereinbar wären. Die Eingriffe in die Eigentums- und Berufsfreiheit von Herstellern, Verkäufern, Händlern, Transporteuren, Käufern und Nutzern solcher Anlagen und Verkehrsmittel sind nicht von der Hand zu weisen, wären nach unserer Prüfung aber regelmäßig verfassungsrechtlich rechtfertigbar.

Zum Ersten würden die Verbote dem Umwelt- und Klimaschutz und damit gemäß Art. 20a GG ebenfalls einem herausragenden Gut mit Verfassungsrang dienen. Art. 20a GG stellt nicht nur ein unverbindliches Programm dar, sondern eine justiziable Rechtsnorm, die den Gesetzgeber bindet und fordert.<sup>4</sup>

Hinzu kommt zum Zweiten, dass den Grundrechtsbetroffenen in der Regel noch ausreichend Zeit bis 2045 eingeräumt würde, ihre Geschäftsmodelle anzupassen, z.B. durch ein Umsteigen auf alternative Technologien oder regenerative Brenn- und Kraftstoffe. Es bestünde jedenfalls hinreichend Gelegenheit zur Amortisation der vorgenommenen Investitionen insbesondere in ihre Anlagen. Im Rahmen der Prüfung des Eingriffs in Art. 14 Abs. 1 GG ist festzuhalten, dass es sich durchgängig nicht um eine Enteignungen, sondern um Inhalts- und Schrankenbestimmungen handeln würde. Eine (ausnahmsweise) Ausgleichspflicht über eine Entschädigung bestünde in diesem Zusammenhang, wenn in einer Gesamtabwägung der Umstände ein besonders schwerer und intensiver Eingriff in das Eigentum vorliegt. Entscheidend ist dabei im Wirtschaftsverkehr, ob sich die Investition in ein Wirtschaftsgut bis 2045 überhaupt hätte amortisieren können und ob – mit Blick auf bereits getätigte Investitionen – ein schutzwürdiges Vertrauen bestand, das hierdurch verletzt würde. Ein Anspruch auf Vollamortisation besteht im Rahmen des Art. 14 GG nicht. Mit Blick auf die betriebsgewöhnlichen Abschreibungszeiträume (Afa) dürfte der

---

<sup>4</sup> BVerfG Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, Rn. 205.

Zeitraum bis 2045 selbst bei einem – hier angesetzten – 25%-igen „Sicherheitsaufschlag“ noch (knapp) ausreichend sein, um besondere Ausgleichspflichten (Entschädigungszahlungen; Einräumung steuerlicher Sonderabschreibungen etc.) des Staates regelmäßig nicht annehmen zu müssen.

Dies gilt besonders vor dem Hintergrund der überragenden Wichtigkeit des durch Art. 20a GG „gebotenen“ Klimaschutzes und dem damit zwangsläufig verbundenen zeitlichen Druck hin zu einer möglichst schnellen Herbeiführung von Klimaneutralität. Dies dient dem Zweck, das Ausmaß der Klimaveränderung entsprechend der Paris-Ziele auf eine Erwärmung von maximal 2° C, besser 1,5° C zu begrenzen. Lediglich bei den Betreibern sehr junger Bestandsanlagen, die also gerade erst in Betrieb gegangen sind, oder von Anlagen mit sehr langen Abschreibungszeiträumen (vor allem im Industriebereich) könnte es aufgrund der erheblichen Folgen für die Nutzbarkeit der Anlagen und mit Blick auf die Langlebigkeit und Kapitalintensität der getroffenen Investitionen im Einzelfall angeraten erscheinen eine gesetzliche Ausgleichspflicht oder eine Härtefallregelung von vornherein vorzusehen, um ein Restrisiko der Verfassungswidrigkeit auszuschließen.

Drittens soll die Verwendung klimaneutral hergestellter, synthetischer Energieträger in allen Anwendungsbereichen zulässig bleiben und zudem eine Ausnahme für den Einsatz fossiler Brennstoffe unter Anwendung des CCS-/CCU-Verfahrens vorsehen, sofern die bei der Verbrennung frei werdenden CO<sub>2</sub>-Emissionen komplett abgeschieden und dauerhaft sicher eingelagert werden. Auch dies mindert die Schwere und Intensität der grundrechtlichen Eingriffe und sorgt für ihre Verhältnismäßigkeit. Mit Blick auf die Förderung von Erdgas und Erdöl erscheint uns lediglich ein Verbot zum Zwecke der anschließenden Verbrennung der geförderten Rohstoffe verhältnismäßig und damit verfassungsrechtlich zulässig.

Diese Rechtfertigungsansätze können im Grundsatz auch auf Art. 12 und 3 Abs. 1 GG übertragen werden.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Ziel, Deutschland bis 2045 klimaneutral zu machen, bei sachgerechter Weiterentwicklung der in den Blick genommenen Regelungen europa- und verfassungsrechtlich hinsichtlich der Beendigung des Einsatzes von fossilen Bren- und Kraftstoffen in emittierenden Anlagen und Verkehrsmitteln zulässig ausgestaltbar ist. Eine frühzeitige gesetzliche Festlegung und Umsetzung des Ziels erscheint speziell vor dem Hintergrund des aktuellen Beschlusses des BVerfG vom 24.03.2021 sogar geboten, um frühzeitig transparente Maßnahmen zu beschließen, die ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit in Wirtschaft und Gesellschaft auslösen, mit dem Ziel die rechtliche Zulässigkeit abzusichern und volkswirtschaftlich verfehlte Investitionen zu vermeiden.

## Teil 2 Fehlinvestitionen vermeiden – die ökonomische Ratio von Investitionen

Im investitionstheoretisch engen Sinne versteht man unter einer Investition den Erwerb von langlebigen Vermögenspositionen, die dem dauernden Geschäftsbetrieb dienen. Im weiteren Sinne wird unter einer Investition ein Strom von Auszahlungen für die Anschaffung eines Gutes verstanden, durch dessen Nutzungen Einzahlungen oder Minderungen der Auszahlungsverpflichtungen erzielt werden sollen. Der zahlungsstromorientierte Investitionsbegriff eignet sich vor allem für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer Investition, da eine Gegenüberstellung von Ein- und Auszahlungen möglich ist.<sup>5</sup>

### A. Grundlagen der Investitionstheorie

Investitionen sind unabhängig von ihrer Art im Wesentlichen durch vier Merkmale gekennzeichnet.<sup>6</sup> Dazu gehören die

- Mehrperiodigkeit: Die Zahlungsströme der Investitionen betreffen i.d.R. mehrere zukünftige Perioden. Entsprechend hat der Zeitwert des Geldes eine hohe Bedeutung.
- Unsicherheit: Das Investitionsergebnis ist abhängig von zukünftigen Umweltzuständen bzw. Rahmenbedingungen, die ein Unternehmen selbst nicht beeinflussen kann. Je länger die Nutzungsdauer einer Investition ist, desto größer sind die Unsicherheiten.
- Irreversibilität: Einmal getroffene Investitionsentscheidungen können zwar rückgängig gemacht werden, sind jedoch mit Einbußen verbunden. Falls keine Einschränkungs- bzw. Abbruchoptionen vorliegen, kann es auch zu weiteren Auszahlungen kommen.
- Interdependenz: Unternehmen vereinen mehrere Einzelinvestitionen in sich, deren Zahlungsströme sich in gegenseitiger Abhängigkeit befinden. Dadurch ergeben sich Probleme der Zuordnung von Ein- und Auszahlungen zu einzelnen Investitionsobjekten.

Unter Berücksichtigung dieser Merkmale und dem Umstand, dass Investitionen einen weitreichenden Einfluss auf die Ergebnisgestaltung eines Unternehmens einnehmen, haben sich in den letzten Jahrzehnten verschiedene Bewertungsmethoden

<sup>5</sup> Vgl. Boffer, Eisner, Gerlach (2017), S. 11.

<sup>6</sup> Vgl. Nöll, Wiedemann (2011), S. 5; Wiedemann (2013), Skript Investitionstheorie, S. 6.

zur Beurteilung einer Investition etabliert. In der Praxis sind u.a. die Kapitalwertmethode oder Rentabilitätskennzahlen, wie z.B. der Return on Investment (ROI), gängige Verfahren. Bei der Kapitalwertmethode werden alle Ein- und Auszahlungen einer Investition miteinander verglichen und durch einen Kalkulationszinssatz unter Berücksichtigung des Zeitfaktors auf den heutigen Wert abgezinst. Der Kalkulationszinssatz wird gemäß dem Opportunitätskostenprinzip aus der besten Alternativenanlagemöglichkeit ausgewählt. Wenn in der Summe der abgezinsten Zahlungsströme ein positiver Wert resultiert, so ist die Investition als wirtschaftlich vorteilhaft anzusehen.<sup>7</sup> Beim ROI wird die Rentabilität des eingesetzten Kapitals berechnet. Je höher die Rentabilität ist, desto besser ist das Verhältnis zwischen Gewinn und dem eingesetzten Kapital.<sup>8</sup>

Allerdings können aufgrund der investitionstheoretischen Merkmale insbesondere Investitionsentscheidungen, die mit hohen Investitionssummen verbunden sind, dazu führen, dass diese nur unter hohen Verlusten zu revidieren sind, wenn sich die Investition zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund geänderter Rahmenbedingungen als Fehlentscheidung erweist (sog. „stranded investments“). Eine solche Änderung der Rahmenbedingungen kann durch den Markt oder auch den Gesetzgeber verursacht sein.

## I. Investitionszyklen in der (karbonisierten) Energiewirtschaft

Die Rückflüsse aus Investitionen sind maßgeblich abhängig von ihrer Lebensdauer. Im Energiebereich entstehen besondere Investitionsrisiken insbesondere durch die speziellen Merkmale der Investitionsprojekte, sowie durch die hohen Systemabhängigkeiten. Da viele Investitionsprojekte in der (karbonisierten) Energiewirtschaft durch eine hohe Kapitalintensität geprägt sind, erfolgt die Refinanzierung typischerweise über einen langen Zeitraum. Dadurch sind diese Investitionsprojekte auch grundsätzlich mit Unsicherheit behaftet. Darüber hinaus sind – wie bereits im vorhergehenden Punkt aufgegriffen – viele Projekte durch ein hohes Maß an Irreversibilität gekennzeichnet.<sup>9</sup> Eine tiefergehende Analyse zur Beurteilung von Investitionen ist in der Energiewirtschaft damit von essenzieller Bedeutung, da die Anlagen sehr langlebig sind, und dies auch in den Einzahlungsströmen, die die Refinanzierung gewährleisten, entsprechend berücksichtigt wird. Diese Langlebigkeit spiegelt sich auch in den jeweiligen Nutzungsdauern wider. Die meisten Anlagen in der Energiewirtschaft weisen im Vergleich zu anderen Wirtschaftssektoren sehr lange Lebenszyklen bzw. Nutzungsdauern auf. Grundsätzlich sind Nutzungsdauern nach

---

<sup>7</sup> Vgl. Heesen (2021), Investitionsrechnung für Praktiker, S. 26 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Heesen (2021), Investitionsrechnung für Praktiker, S. 12.

<sup>9</sup> Vgl. Steggals et al. (2011), Winds of change: How high wind penetrations will affect investment incentives in the GB electricity sector, Energy Policy, 39, 1389- 1396.

verschiedenen Kriterien zu differenzieren. Es kann sich dabei entweder um die Beschreibung der technisch möglichen Nutzungsdauer handeln oder um die wirtschaftliche Nutzungsdauer. Die technische Nutzungsdauer ist abhängig von der Instandhaltungsstrategie und stellt gleichzeitig die Obergrenze für eine wirtschaftlich orientierte Nutzungsdauer dar. Mit dieser ist der Zeitraum gemeint, in dem ein Anlagegut wirtschaftlich sinnvoll und damit gewinnbringend genutzt werden kann.

Häufig handelt es sich im Rahmen von Kalkulationen (Investitionsentscheidungen und Entgeltkalkulationen) um planerisch erwartete, wirtschaftliche Nutzungsdauern auf Basis von Erfahrungswerten. Es gibt aber auch Studien über tatsächlich erreichte Nutzungsdauern. Diese Analysen bezüglich der tatsächlichen Nutzungsdauern vereinfachen dabei häufig insofern, als wesentliche Teile eines gesamten Anlagegutes (bspw. bei einem Gaskraftwerk die Turbine) im relevanten Zeitraum komplett erneuert oder sogar ausgetauscht wurden.

Folgende Tabelle zeigt auf empirischer Grundlage beispielhaft sowohl technische Lebensdauern als auch kalkulatorische Nutzungsdauern<sup>10</sup> in der (karbonisierten) Energiewirtschaft:<sup>11</sup>

Anlagegüter	Lebensdauer [Jahre]	Kalkulations- dauer [Jahre]
Kohlekraftwerke	40-50	20
Gaskraftwerk	35-40	15-20
Gasverteilnetzleitungen (Polyethylen)	>100	45-55
Pipeline (Öl und Gas)	50	25-30
Ölheizung	>20	20
Gasheizung	>20	15-20

Im regulierten Bereich der Energiewirtschaft gibt es in den kalkulatorischen Grundlagen regelmäßig Angaben von Bandbreiten der wirtschaftlichen Nutzungsdauern. Die technischen Nutzungsdauern sind hierbei meist noch länger. Insbesondere auf-

<sup>10</sup> Im Gegensatz zu „Lebensdauer“ und „Kalkulationsdauer“ beschreibt die Afa-Tabelle die Nutzungsdauer von Wirtschaftsgütern im Anlagevermögen von Unternehmen und ist daher Maßstab für die Höhe von Abschreibungen und die steuerrechtliche Absetzung für Abnutzung. Im Rahmen dieses Gutachtens spielt die Afa zur Bestimmung von Amortisationszeiträumen eine besondere Rolle, vgl. dazu Teil 3.

<sup>11</sup> Vgl. Markewitz, Robinius (2017), Technologiebericht 2.1 Zentrale Großkraftwerke innerhalb des Forschungsprojekts TF\_Energiewende, S. 47, Verband Kunststoff-Rohre und –Rohrleitungsteile (2017), Richtlinie / Leitfaden für erdverlegte PE-Druckrohrleitungen in der Gas- und Wasserversorgung, S. 7; Treibhausgas-Profile für Erdgas-Transporte, S. 32; Prognos, Frauenhofer et al (2014), Potenzial- und Kosten-Nutzen-Analyse zu den Einsatzmöglichkeiten von Kraft-Wärme-Kopplung, S. 33; GasNEV Anlage 1; F.A.Z. (2019). Dänen verzögern Nord Stream 2; Verein Deutscher Ingenieure (2012), VDI-Richtlinie 2067 Blatt 1, S. 22

grund der Langlebigkeit der Anlagen und - damit verbunden - auch der zugrundeliegenden Einzahlungsströme ist es wichtig, dass die Energiewirtschaft ihr Handeln möglichst langfristig voraus plant, um ihr finanzielles Gleichgewicht zu sichern und um Fehlinvestitionen zu vermeiden.

Deutschland muss zur Erreichung der Klimaneutralität (sehr weitgehend) von dem Einsatz fossiler Brennstoffe Abschied nehmen. Die umfassende Dekarbonisierung (und die damit einhergehende, massive Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen) wird große Auswirkungen insbesondere auf die Erdgaswirtschaft haben.<sup>12</sup>

Der weitaus wichtigste Absatzmarkt für Erdgas in Deutschland ist der Wärmemarkt. Im Raumwärmemarkt spielt Erdgas mit einem Marktanteil von ca. 50 % eine wichtige Rolle; aber auch Heizöl hat noch einen Marktanteil von rund einem Viertel.<sup>13</sup> Daher muss in den von der Dekarbonisierung betroffenen Bereichen das Investitionsverhalten hinterfragt werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der steigenden Unsicherheiten hinsichtlich zukünftiger Zahlungszuflüsse aus getätigten und noch geplanten Investitionen bei sich verändernden Märkten.

Der deutsche Gasmarkt besteht aus einer Vielzahl von (privatrechtlich organisierten) Marktakteuren. Einen wesentlichen Bereich stellt hierbei der Gastransport (Fernleitung und Verteilung) dar. Aufgrund ihrer (natürlichen) Monopolstellung werden die Gasnetze reguliert. Die Regulierung in ihrer Gesamtheit ist darauf ausgelegt, dass Investitionen getätigt werden. Dabei wird von einer Nutzung der Netzinfrastruktur *ad infinitum* (also quasi auf „ewig“) ausgegangen. Des Weiteren besteht eine Verpflichtung zur dauerhaften Versorgung der Netzkunden. Dies umfasst nach § 11 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz<sup>14</sup> (im Folgenden: **EnWG**) auch ausdrücklich den Netzausbau und die Erweiterung der bestehenden Infrastruktur (dynamische Betrachtung).

Allerdings stellt sich aus Sicht der (potenziellen) Investoren, insbesondere der Gasverteilernetzbetreiber, die Frage, ob die Wirtschaftlichkeit von langlebigen Investitionen in die Gasinfrastruktur auf lokaler Ebene aufgrund ihrer faktischen „Befristung“

---

<sup>12</sup> Von der Dekarbonisierung ist auch der Verkehrssektor betroffen, dieser spielt aber mit Blick auf Fehlinvestitionen aufgrund der relativ kurzen Nutzungsdauern der Fahrzeuge keine zentrale Rolle. Auch Kohle hat in Deutschland mittlerweile eine untergeordnete Relevanz, da der Kohleausstieg bis spätestens 2038 realisiert wird und dahingehend keine Unsicherheit mehr herrscht. Bereits 2020 wurden erste Braunkohle-Kraftwerke stillgelegt und die erste Ausschreibungsrunde zur Abschaltung von Steinkohlekraftwerken durchgeführt, vgl. dazu BMU, Fragen und Antworten zum Kohleausstieg in Deutschland, online abrufbar unter: <https://www.bmu.de/themen/klima-energie/klimaschutz/nationale-klimapolitik/fragen-und-antworten-zum-kohleausstieg-in-deutschland/> (abgerufen am 11.05.2021)

<sup>13</sup> Vgl BDEW-Statistik 1/2021.

<sup>14</sup> Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 25. Februar 2021 (BGBl. I S. 298) geändert worden ist.

ökonomisch noch sinnvoll gewährleistet werden kann. Aus dem noch im Detail unklaren Transformationspfad hin zur Zielerreichung (Klimaneutralität bis 2045) entstehen Unsicherheiten für den Planungshorizont von Investitionsentscheidungen, die eine latente Gefahr für die Ertragsprognosen der betroffenen Projekte / Infrastrukturen darstellen. Es stellt sich die Frage, ob die im Zeitablauf generierten Zahlungsmittelzuflüsse die getätigten bzw. geplanten Investitionsausgaben decken, oder ob man auf einem Teil der Investitionsausgaben ohne Refinanzierungsmöglichkeit „sitzenbleibt“. Diese Investitionen wären dann Fehlinvestitionen, sogenannte „stranded investments“.<sup>15</sup>

## II. Einfluss der Dekarbonisierung

Die Dekarbonisierung hat daher insbesondere Auswirkungen auf die Investitionsentscheidungen in langlebige Anlagegüter (wie z.B. Gasverteilnetze). Hierbei entsteht durch den Ausstieg aus der fossilen Erdgaswirtschaft eine Unsicherheit in Bezug auf die weitere Nutzung der Verteilnetze. Hintergrund ist, dass in verschiedenen Studien zur Dekarbonisierung im Wärmemarkt ganz unterschiedliche Szenarien in Bezug auf die zukünftige Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der Verwendung von gasförmigen Energieträgern wie grünem Wasserstoff, Biogas oder synthetischem Methan dargestellt werden<sup>16</sup>, so dass auch die Zukunft von den vornehmlich zur Wärmeversorgung benötigten Gasverteilnetzen ganz grundsätzlich in Frage steht.

Die Erwartung, dass in Gasverteilnetzen noch langfristig Erdgas transportiert wird, wird bereits heute allgemein vor dem Hintergrund der Klimaschutzziele nicht mehr als realistisch angesehen.<sup>17</sup> Allerdings können sich bei Annahme eines zukünftigen, breiten Einsatzes von grünen Gasen, wie z.B. grünem Wasserstoff auch im Wärmemarkt, Anreize für mögliche Investitionen in Gasverteilnetze (z.B. zwecks technischer Aufrüstung der Netze für einen Wasserstofftransport) ergeben. Die Annahme ist allerdings mit Blick auf die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit und auf energiewirtschaftliche Alternativen mit Unsicherheiten verbunden.

---

<sup>15</sup> Neben den Betreibern von Fernleitungs- und Verteilnetzen agieren im Gasmarkt auch noch die Betreiber von Produktionsstätten und Gasspeichern sowie der Gashandel und Gasvertrieb, die allesamt ihre Zahlungsmittelzuflüsse am Markt erwirtschaften. Dabei sind Investitionen in Produktionsstätten und Gasspeicher durch ihre längeren Nutzungsdauern grundsätzlich ähnlich von der Dekarbonisierung betroffen wie Gasnetze allgemein. Im Gashandel und -vertrieb müssen hinsichtlich der Investitionen keine derart weit vorausschauenden Überlegungen angestellt werden, da die Nutzungsdauern der dafür benötigten Anlagegüter relativ kurz sind und die Kapitalintensität des Geschäftsmodells ebenfalls niedriger ist als in den Gasnetzen.

<sup>16</sup> Im Rahmen der BBH-/ BBHC-Wärmewendestudie (2018) wurden in einer Meta-Analyse verschiedene Studien analysiert und inhaltlich gegenüber gestellt, vgl. Wärmewendestudie (2018) Management Summary, S. 3.

<sup>17</sup> Dies ergibt sich im Besonderen, wenn man wie die deutsche Bundesregierung das Ziel der Klimaneutralität anstrebt, wobei das anvisierte Jahr in diesem Zusammenhang dann nicht mehr entscheidend ist.

Diese Unsicherheit wird von den Gasverteilnetzbetreibern unterschiedlich in ihren Investitionsplanungen und -entscheidungen berücksichtigt. Zumindest teilweise erfolgt eine unveränderte Investitionstätigkeit in Gasverteilnetze in der Erwartung, dass diese später umfassend zur Wasserstoffverteilung im lokalen Wärmemarkt genutzt werden können.

Daher wäre aus diesem Blickwinkel mehr Klarheit bezüglich des Einsatzes und der Verwendung von Wasserstoff als Energieträger wünschenswert, und das möglichst kurzfristig. Im Falle des Verbots fossiler Brennstoffe ab dem Jahr 2045 sollte darüber hinausgehend aus Sicht der Verteilnetzbetreiber auch bald Klarheit über die Marktchancen für alternative grüne Gase entstehen bzw. vom Gesetzgeber vorgegeben werden.

## **B. Investitionssteuerung am Beispiel regulierter Gasverteilnetze**

Vor diesem Hintergrund erscheint die Darstellung der Investitionssteuerung am Beispiel der unsicheren und sich im Fluss befindlichen Randbedingungen für regulierte Gasverteilnetze besonders interessant.

### **I. Daten zur Gasverteilnetzinfrastruktur in Deutschland**

In Deutschland gibt es 665 Gasverteilnetzbetreiber, die Netze mit einer Gesamtlänge von 522.100 km betreiben.<sup>18</sup> Dabei werden 14,6 Millionen Marktlokationen von Letztverbrauchern versorgt, bei denen es sich zu 87,9 % um Haushaltskunden handelt.

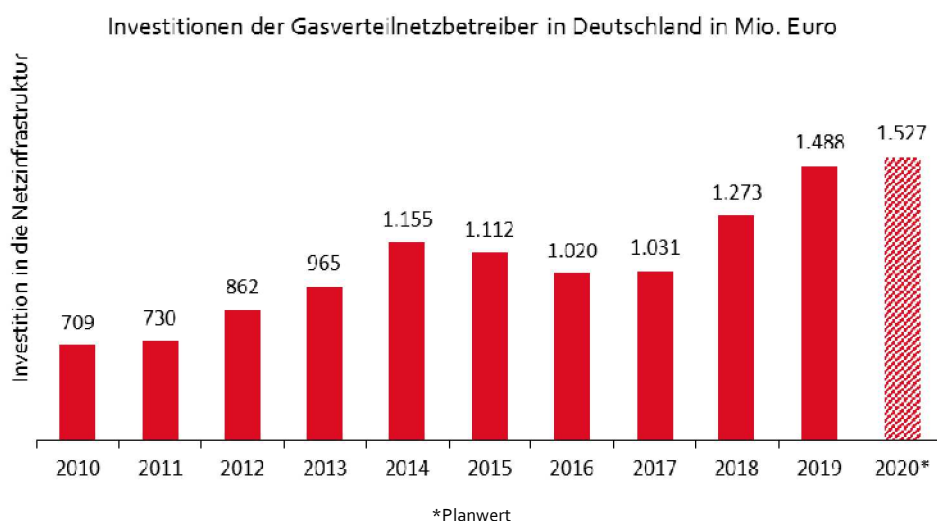
Die Gasverteilnetzbetreiber in Deutschland investieren in jüngerer Vergangenheit jährlich in größeren Volumina in Erweiterung und Ersatz der Gasinfrastruktur.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. Monitoringbericht 2020 der BNetzA und des Bundeskartellamtes, S. 335 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Monitoringbericht 2020 der BNetzA und des Bundeskartellamtes, S. 365 ff.





Die Investitionen der Gasverteilnetzbetreiber nehmen dabei bis ins Jahr 2020 deutlich zu. Dass die Dekarbonisierung und damit zukünftig der (zunehmend wahrscheinlicher werdende) Wegfall der Verteilung von Erdgas bereits einen Einfluss auf die Investitionsentscheidungen hatte, lässt sich daraus nicht ableiten. Grundsätzlich stellt sich aber die Frage vor dem Hintergrund der bis 2045 ins Auge gefassten Klimaneutralität, ob es sich bei den zuletzt rd. € 1,5 Mrd. an jährlichen Investitionen nicht um Fehlinvestitionen handeln könnte, die besser vermieden werden sollten.

Diese Frage stellt sich auch in Bezug auf die bereits in der Vergangenheit in die Netzinfrastruktur erfolgten Investitionen. Die historischen, noch nicht über die Netzentgelte komplett refinanzierten Investitionen der Gasverteilnetzbetreiber können auf Basis der kalkulatorischen Restwerte des Anlagevermögens abgeschätzt werden.<sup>20</sup> Werte für alle Gasverteilnetzbetreiber insgesamt sind nicht veröffentlicht, so dass wir nachfolgend eine eigene Abschätzung vorgenommen haben.

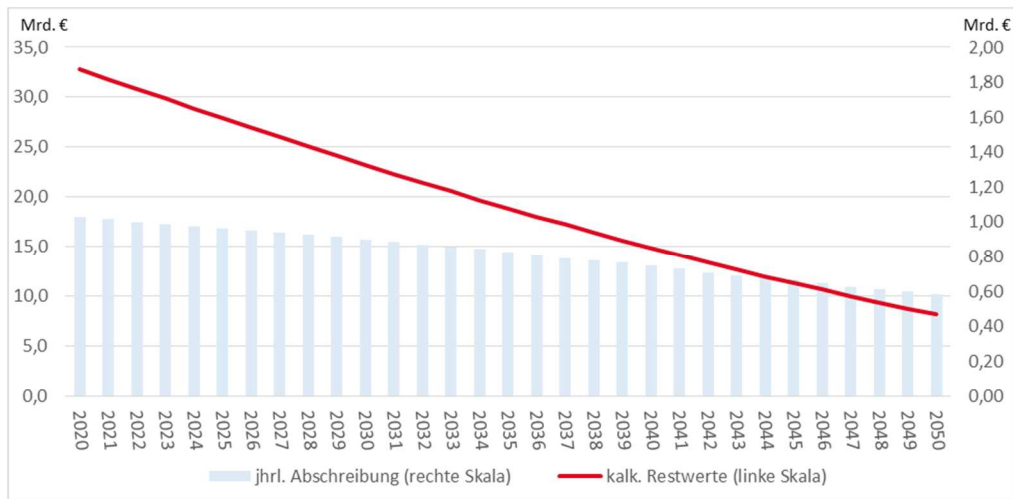
Zur Beurteilung wurde zunächst auf das veröffentlichte Ausgangsniveau aller Gasverteilnetzbetreiber im letzten Basisjahr 2015 abgestellt. Grundlage hierfür sind die Informationen aus dem Monitoringbericht 2019<sup>21</sup>, bezogen auf das genehmigte Ausgangsniveau des Jahres 2015, sowie die aktuellen Erlösobergrenzenanträge der Netzbetreiber im regulären Verfahren, die gemäß § 31 Anreizregulierungsverordnung<sup>22</sup> (im Folgenden: **ARegV**) veröffentlicht wurden. Anschließend haben wir den Anteil der typischerweise in den Erlösobergrenzen enthaltenen kalkulatorischen Abschreibungen abgeleitet und im Zeitablauf ausgerollt.

<sup>20</sup> Zur Systematik, vgl. auch Teil 2B.II.

<sup>21</sup> Vgl. Monitoringbericht 2019 der BNetzA und des Bundeskartellamtes, S. 398.

<sup>22</sup> Anreizregulierungsverordnung vom 29. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2529), die zuletzt durch Artikel 3 der Verordnung vom 23. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2935) geändert worden ist.

Daraus ergeben sich die folgenden Schätzwerte für die kalkulatorischen Restwerte aller Gasverteilnetzbetreiber im Zeitablauf – ohne zukünftige Investitionen:



Dies würde für die Gasverteilnetzbetreiber bedeuten, dass zum 31.12.2044 – dem Ende der planmäßigen Nutzung für die Erdgasverteilung – noch kalkulatorische Restwerte i. H. v. € 12,0 Mrd. nicht refinanziert wären, selbst wenn ab sofort keine Investitionen mehr getätigt würden.

## II. Regulatorischer Rahmen in Bezug auf Investitionen

Die Gasverteilnetzbetreiber befinden sich in einer Marktstruktur, die sich aus dem natürlichen Monopol von Netzinfrastrukturen ergibt und unterliegen damit keinem wirksamen Wettbewerb. Damit die Netzbetreiber keine Monopolgewinne realisieren und die Netze möglichst kosteneffizient betrieben werden, werden Netze auch im Gasbereich mittels einer Reihe von gesetzlichen Vorgaben reguliert, die für ein wettbewerbskonformes Verhalten und wettbewerbsanaloge Entgelte sorgen sollen.<sup>23</sup>

Die Regulierung sieht vor, dass Gasverteilnetzbetreiber – vereinfacht dargestellt – nur ihre effizienten Kosten (bestehend aus operativen Aufwendungen (OPEX) und Kapitalkosten) für die Bereitstellung ihres Netzes gegenüber den Netznutzern in Rechnung stellen dürfen. Bei der Weitergabe der Kosten aus einer effizienten Leistungserbringung wird gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG eine risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Kapitals zugestanden. Die regulatorischen Vorgaben legen damit den theoretisch erzielbaren Jahresüberschuss des Verteilnetzbetreibers gemäß der regulierten Vorgaben fest. Dabei wird kostenbasiert eine Erlösbergrenze

<sup>23</sup> Vgl. Schiffer (2019), S. 148ff.; Theobald, in: Theobald/ Kühling, Energierecht § 1 EnWG Rn.34 ff.

(EOG) festgelegt, die den zulässigen jährlichen Umsatz des Unternehmens bestimmt. Das Verfahren zur Festlegung der Erlösobergrenze eines Gasnetzbetreibers richtet sich nach den Vorschriften der Gasnetzentgeltverordnung<sup>24</sup> (im Folgenden: **GasNEV**) und ARegV. Konkret werden für jedes Jahr einer (aktuell fünfjährigen) Regulierungsperiode auf der Grundlage einer Prüfung der Kosten des Netzbetreibers jeweils in einem Basisjahr<sup>25</sup> sowie anhand eines Effizienzvergleichsverfahrens unternehmensindividuelle Erlösobergrenzen gemäß § 21a EnWG i. V. m. § 4 Abs. 1 ARegV festgelegt.

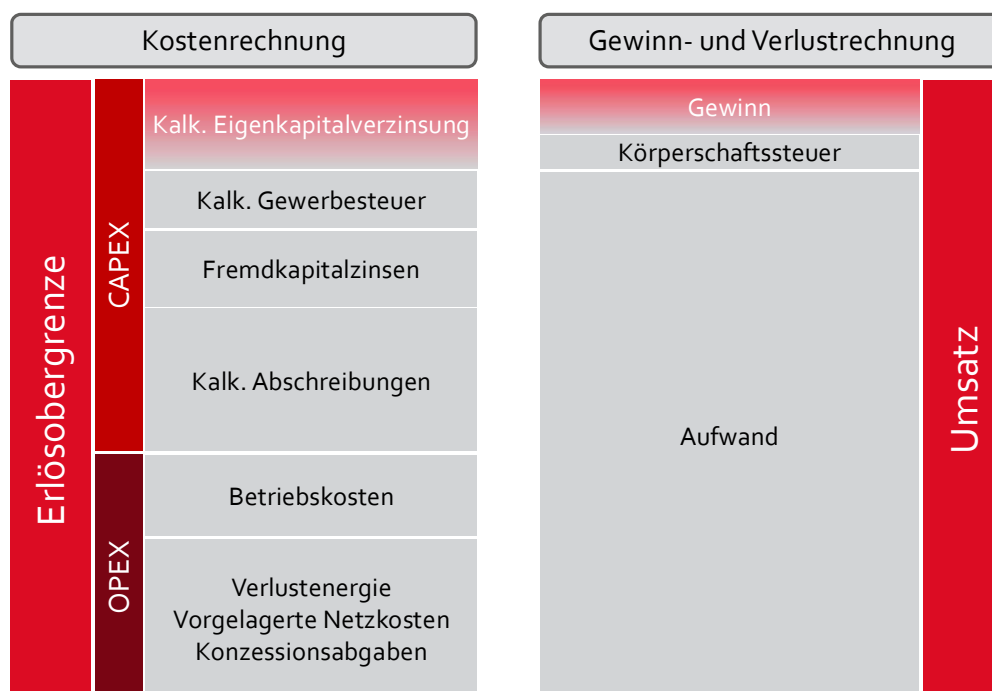
Gegenstand der Kostenprüfung sind die netzbetriebsnotwendigen „aufwandsgleichen“ (§ 5 GasNEV) und „kalkulatorischen“ Kosten (kalkulatorische Abschreibungen, § 6 GasNEV; kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung, § 7 GasNEV und kalkulatorische Steuern, § 8 GasNEV) sowie die „kostenmindernden Erlöse und Erträge“ (§ 9 GasNEV) des jeweiligen Basisjahrs. Die aufwandsgleichen Kosten (OPEX) wie z.B. Material und Fremdleistungen, vorgelagerte Netzkosten, Personalkosten, Fremdkapitalzinsen, Kostensteuern und sonstige Aufwendungen werden auf Basis der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung bestimmt. Die kalkulatorischen Kosten (Abschreibungen, Eigenkapitalverzinsung und Steuern) werden unter Beachtung der regulatorischen Vorgaben abgeleitet. Ein Gewinn kann nach dieser Systematik nur in Höhe der zugestandenen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung erzielt werden.

Folgende Grafik zeigt vereinfacht die Systematik der Regulierung des Netzbetreibers:

---

<sup>24</sup> Gasnetzentgeltverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2197), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 23. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2935) geändert worden ist.

<sup>25</sup> Basisjahr für die 4. Regulierungsperiode Gas (2023-2027) ist das Jahr 2020.



Gelingt es dem Netzbetreiber, die mit dem Netzbetrieb verbundenen Kosten (OPEX) stärker zu senken, als dies von den Erlösobergrenzen (EOG) im Verlauf einer Regulierungsperiode vorgegeben wird, so darf er die sich hieraus ergebende Differenz zusätzlich zu der zugestandenen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung als temporäre Zwischengewinne behalten. Darüber hinaus gibt es aufgrund von Abweichungen bei den zugrundeliegenden Nutzungsdauern (bezogen auf die Abschreibungen) zwischen kalkulatorischen und handelsrechtlichen Ansätzen deutliche Unterschiede, die die handelsrechtlichen Gewinne aus der Gewinn- und Verlustrechnung in den einzelnen Perioden deutlich vom kalkulierten Gewinn abweichen lassen können. Bei Betrachtung über eine Totalperiode gleichen sich diese Abweichungen aber aus.

Mit der Reform der Anreizregulierung im Jahr 2016 wurde für Verteilnetzbetreiber ein jährlicher Kapitalkostenabgleich eingeführt. Damit werden die kalkulatorischen Kosten inklusive der Fremdkapitalzinsen (Kapitalkosten) nicht nur in einem Basisjahr ermittelt, sondern – über die nachfolgende Systematik – im Grunde für jedes Jahr unter Berücksichtigung der Entwicklung des Bestandsvermögens und der neu getätigten Investitionen innerhalb einer Regulierungsperiode jahresscharf bestimmt. Abweichend vom Budgetprinzip können damit die Kapitalkosten ab der 3. Regulierungsperiode sofort refinanziert werden.

Der Kapitalkostenabgleich besteht aus dem Kapitalkostenabzug (im Folgenden: **KKAbzug**) und dem Kapitalkostenaufschlag (im Folgenden: **KKAuf**). Der bereits bei

der Festlegung der Erlösobergrenze zu berücksichtigende KKAbszug ergibt sich aus den im Ausgangsniveau enthaltenen Kapitalkosten im Basisjahr abzüglich der fortgeführten Kapitalkosten im jeweiligen Jahr der Regulierungsperiode (§ 6 Abs. 3 Satz 3 ARegV). Wenn Anlagen kalkulatorisch vollständig abgeschrieben sind, entfällt die kalkulatorische Abschreibung dieser Anlage im Rahmen dieser fortgeführten Kapitalkosten. Darüber hinaus resultiert durch die Berücksichtigung der im Zeitverlauf sinkenden kalkulatorischen Restwerte eine Absenkung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sowie der auf dieser Basis berechneten kalkulatorischen Gewerbesteuer. Der KKAbszug steigt demnach innerhalb einer Regulierungsperiode an und führt damit zu einer entsprechenden Verringerung der zulässigen Kapitalkosten innerhalb einer Regulierungsperiode.

Als Gegenstück zu diesem KKAbszug fungiert der KKAuf, der der Refinanzierung solcher nach dem jeweiligen Basisjahr getätigten Investitionen innerhalb einer Regulierungsperiode dienen soll. Die Möglichkeit, jährlich einen Antrag auf Genehmigung eines KKAuf nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 10a ARegV zu stellen, soll Verteilnetzbetreiber dabei in die Lage versetzen, Kapitalkosten aus Investitionen, die nach dem Basisjahr getätigt wurden, ohne Zeitverzug über die Netzentgelte zu refinanzieren. Der noch nach alter Systematik bestehende Anreiz, Investitionen vornehmlich kurz vor und im Basisjahr zu tätigen, ist damit zugunsten eines laufenden Investitionsanreizes abgelöst worden. Bezogen auf die Investitionen erhalten die Netzbetreiber damit grundsätzlich jährlich die entsprechenden Kapitalkosten für das in dem jeweiligen Jahr investierte Vermögen (sog. (t-0)-Verschiebung). Unverändert bleibt dabei, dass sich der Gewinn systematisch aus der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ergibt.

Die nach der vorgenannten Systematik jährlich bestimmte Erlösobergrenze wird auf Basis der Absatzstruktur jährlich in spezifische Netzentgelte umgerechnet und von den Netzbetreibern veröffentlicht. Die Netzkunden bezahlen die Netzentgelte. Soweit es beispielsweise aufgrund von Mengenabweichungen zu mehr oder weniger Erlösen für den Netzbetreiber kommt, wird der aus dem Delta zur Erlösobergrenze entstandene Betrag verzinst, in den Folgejahren in die Erlösobergrenze einkalkuliert und damit ausgeglichen.

Der Gasverteilnetzbetreiber hat demnach im Wesentlichen zwei Möglichkeiten, zukünftige Zahlungsströme aus seiner Investition im Rahmen der Regulierung zu erlangen: durch die kalkulatorischen Abschreibungen, die als Rückfluss zu den Investitionsausgaben zu verstehen sind, und durch die darauf basierende kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung als Gewinngröße.

Die Notwendigkeit einer Eigenkapitalverzinsung lässt sich durch die Opportunitätskosten begründen. Die Opportunitätskosten stellen nicht realisierte Gewinne einer weiteren Handlungsalternative dar, wie z. B. eine Anlage des Eigenkapitals am Kapitalmarkt zu einem angemessenen Kapitalmarktzins. So könnte der Gasverteilnetzbetreiber das für Investitionen im Netzbereich eingesetzte Eigenkapital alternativ für eine andere Investition mit angemessen höherer Rendite nutzen oder am Kapitalmarkt anlegen.

Die Eigenkapitalverzinsung spielt somit eine entscheidende Rolle für die Investitionsbereitschaft der Gasnetzbetreiber. Eine ausreichende Rendite auf das von dem Betreiber eingesetzte Kapital fördert in der Regel die Investitionstätigkeit. Als Verzinsungsbasis dient hierbei das betriebsnotwendige Eigenkapital. Die Ausgangsbasis für dessen Ermittlung stellen dabei die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens dar. Von diesem sind das Abzugskapital und das verzinsliche Fremdkapital abzusetzen und jeweils der Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand anzusetzen. Zu berücksichtigen ist als Ausgangsbasis hierbei, dass das betriebsnotwendige Eigenkapital einen Anteil von 40 % des gesamten betriebsnotwendigen Vermögens nicht übersteigen darf. Überschießendes Eigenkapital wird mit einem anderen Eigenkapitalzinssatz verzinst, der erheblich niedriger ist und einen fiktiven Fremdkapitalzinssatz repräsentiert.

Die Höhe des Eigenkapitalzinssatzes wird für jede Regulierungsperiode durch die Bundesnetzagentur (im Folgenden: **BNetzA**) festgelegt und setzt sich aus dem Basiszinssatz (risikofreier Zinssatz) und einem sogenannten Wagniszuschlag für die eingegangenen Risiken zusammen. Die Entscheidung erfolgt bereits vor Beginn einer neuen Regulierungsperiode. Zur rechnerischen Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung greift die BNetzA auf das Capital Asset Pricing Model (CAPM) zurück. Der Eigenkapitalzinssatz wurde für die aktuell laufende 3. Regulierungsperiode gerichtlich bestätigt.<sup>26</sup>

Der festgelegte Eigenkapitalzinssatz gilt für Strom- und Gasnetze gleichermaßen, was impliziert, dass beide Medien denselben Risiken unterliegen. Aufgrund der unterschiedlichen Situation bezüglich der Dekarbonisierung ist dies mit einigem Grund kritisch zu hinterfragen. Für Gasverteilnetze bestehen nämlich zukünftig zwei wesentliche Unsicherheiten. Die auslaufende Erdgasversorgung an sich stellt zwar – das Ziel der Klimaneutralität zugrunde legend – keine große Ungewissheit (mehr) dar; aber der konkrete Endzeitpunkt für einzelne Versorgungsgebiete mit Erdgas kann deutlich unterschiedlich ausfallen. Die größere Unsicherheit besteht darin, ob die Gasverteilnetze auch ohne Erdgas sinnvoll weitergenutzt werden können, etwa

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 09.07.2019, EnVR 41/18 und 52/18.

durch Umwidmung für einen eventuellen Wasserstoffeinsatz. Der Theorie der Opportunitätskosten folgend reicht der festgelegte Zinssatz dann möglicherweise nicht mehr aus, da durch die steigenden Unsicherheiten deutlich größere Risiken von Fehlinvestitionen entstehen, zumal wenn eine Refinanzierung bis 2045 erreicht werden soll.

Zusammen mit der bereits andiskutierten Langlebigkeit der Investitionen in Gasverteilnetze kann eine unangemessene Eigenkapitalverzinsung in der Folge auch zu einer sinkenden Investitionsbereitschaft der Netzbetreiber führen, soweit diese die Unsicherheit erkennen. Wie bereits dargestellt, ergeben sich die Rückflüsse der Investitionen über die langen Nutzungsdauern und sind gemäß der GasNEV festgelegt. Die kalkulatorischen Abschreibungen werden unter Beachtung der regulatorischen Vorgaben abgeleitet. Diese bestimmen sich linear auf Basis der jeweiligen kalkulatorischen Nutzungsdauer gemäß Anlage 1 der GasNEV. Mit den kalkulatorischen Abschreibungen sollen Wertminderungen der betriebsnotwendigen Anlagen ausgeglichen werden, um einen dauerhaft leistungsfähigen Netzbetrieb sicherzustellen. Dabei ist eine einmal in Anwendung gebrachte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer für die Restdauer ihrer kalkulatorischen Abschreibung unverändert zu lassen (§ 6 Abs. 5 Satz 2 GasNEV).

Für die vor Ablauf der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer nicht mehr erforderlichen oder einsatzfähigen Betriebsmittel gibt es allerdings keine Möglichkeit der Sonderabschreibungen analog der handelsrechtlichen Wertminderungsgrundsätze. Mit kalkulatorisch anerkannten Sonderabschreibungen in den Netzentgelten könnte der finanzielle Nachteil ausgeglichen werden, der dadurch entstehen kann, dass der Gasverteilnetzbetreiber die kalkulatorische Abschreibung nicht planmäßig bis zum Ende der Nutzungsdauer über die Netzentgelte erhält.<sup>27</sup>

Grundsätzlich ist die GasNEV mit der vorgegebenen Bandbreite der Nutzungsdauern, deren zulässige Untergrenze für die überwiegende Anzahl relevanter Gasnetzanlagegüter bei mindestens 45 Jahren liegen, quasi auf einen „ewigen“ Betrieb der Netze ausgelegt. Wenn allerdings die Dekarbonisierung bis zum Jahr 2045 gleichzeitig mit dem Ende der Gasverteilnetze einhergehen würde, stünden die Netzbetreiber vor einem „endlichen“ Betrieb ihrer Netze mit fixem Enddatum, zu dem die vorgenannten Restwerte größtenteils noch nicht refinanziert wären. Zielorientiert wäre damit eher, eine ausreichende Flexibilität hinsichtlich des Ansatzes von kürzeren Nutzungsdauern in der Regulierung zu schaffen.

---

<sup>27</sup> Allerdings wäre eine Sonderabschreibung zum Zeitpunkt der Stilllegung einer Leitung auch nicht problemorientiert, da zu diesem Zeitpunkt keine Finanzierung über die Netzentgelte mehr möglich wäre.

Generell sind die Kapitalkosten der Gasverteilnetzbetreiber durch die Vorgaben in der GasNEV kaum beeinflussbar. Die wesentliche Entscheidung besteht darin, ob in die Gasverteilnetze weiter investiert wird oder nicht. Hierbei ist grundsätzlich noch zwischen Ersatz und Erweiterungen zu unterscheiden. Aufgrund der Versorgungspflicht und der Versorgungssicherheit werden auch zukünftig noch Ersatzinvestitionen erforderlich sein. Selbst wenn der Netzbetreiber ab sofort keine Investitionen mehr tätigen würde, würden die Kapitalkosten aber nur langsam absinken. Eine weitere, allerdings in ihrer Wirkung nachrangige Reaktionsmöglichkeit bleibt eine Anpassung der Bilanzpolitik im Rahmen der Aktivierungsstrategie. Allerdings beschränkt sich der Handlungsspielraum dabei im Wesentlichen darauf, mehr im operativen Aufwand und weniger als aktivierte Investition zu bilanzieren. So würde in der Folge zumindest bei konstanter OPEX-Höhe eine Refinanzierung zeitnah im Rahmen der Regulierung ermöglicht. Aufgrund der hier geltenden handelsrechtlichen Grundsätze ist der Handlungsspielraum jedoch deutlich eingeschränkt.

Im Gegensatz dazu sind die operativen Kosten (OPEX) für den Fall eines endlichen Netzbetriebs leichter steuerbar. Dies hängt grundsätzlich von der Variabilität der Kosten ab, jedoch ist im Vergleich zu den langsam absinkenden Kapitalkosten bei Investitionsstopp eine kurzfristige Anpassung der betrieblichen Kosten eher möglich. Insbesondere Verträge zu vorgelagerten Netzen und Wartungsverträge sind in der Regel flexibel kündbar. Auch Personal- und Verwaltungskosten sind bei Einstellung des Geschäftsbetriebs zumindest mittelfristig abbaubar.

Zusammenfassend zeichnen sich Investitionen in Gasverteilnetze also besonders durch ihre Langlebigkeit aus. Der Gasverteilnetzbetreiber unterliegt bei der Refinanzierung seiner Investitionen einem (derzeit vielfach unflexiblen) Regulierungsregime. Die zukünftigen Zahlungszuflüsse bestehen aus den kalkulatorischen Kosten, die sich im Wesentlichen aus Abschreibungen und Eigenkapitalverzinsung zusammensetzen. Dies bedeutet, dass bei Investitionen (und damit steigendem Anlagevermögen) auch die Gewinne für den Netzbetreiber höher werden. Diesbezüglich stellen Investitionen eine wichtige Steuerungsgröße der Netzbetreiber dar, da ohne Investitionen langfristig auch keine Gewinne mehr erzielt werden können. Damit ist dem heutigen Regulierungsregime der Anreiz, möglichst viel in die Gasverteilnetze zu investieren, immanent.

Hingegen ergeben sich durch die Systematik des Regulierungsregimes aus dem reinen Betrieb der Netze ohne Investitionen keine Margen- bzw. Gewinnpotenziale. Mit Blick auf die bestehenden Unsicherheiten, welche Rolle die Gasverteilnetzinfrastruktur im Zuge der Konkretisierung von Klimaneutralität bis 2045 zukünftig noch spielt, erscheinen (Erweiterungs-)Investitionen in bestehende Netze unter An-



nahme einer Dekarbonisierung des Wärmemarktes mit wenig oder gar ohne Wasserstoff oder andere grüne Gase aus volkswirtschaftlicher Perspektive nicht mehr sinnvoll, sind regulierungssystematisch aber weiterhin angereizt. Für bereits in der Vergangenheit getätigte Investitionen erscheint schon aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes eine gesicherte Refinanzierung notwendig. Mit Blick auf zukünftige Investitionen wäre eine Festlegung, ob Gase im defossilisierten Wärmemarkt eine Rolle spielen sollen, essentiell. Damit stellt sich auch die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang die existenten Gasverteilnetze auf einen Wasserstoffbetrieb „aufgerüstet“ und umgewidmet werden sollen oder nicht.

### III. Besonderheiten bei einem möglichen Rückbau von Gasverteilnetzen

Das klimapolitische Ziel der Klimaneutralität bis 2045, die damit verbundenen Veränderungen im Wärmemarkt durch Rückgang des Erdgasabsatzes und das mögliche Fehlen gasförmiger Alternativen (wie z. B. grünem Wasserstoff) beeinflussen unmittelbar die Zukunft der Gasverteilnetze.<sup>28</sup> Zumindest ein Teil der Gasverteilnetze würde mit einer nicht zu vernachlässigenden Wahrscheinlichkeit – nämlich, wenn sich ein Szenario realisiert, in dem eine dekarbonisierte Wärmeversorgung gar nicht mehr oder nur noch partiell gasbasiert erfolgt – nicht mehr benötigt werden. In Folge solcher Stilllegungen hätten die Netzbetreiber dem Grunde nach einen (teilweisen) Rückbau der stillgelegten Rohrleitungen vorzunehmen.

Die Gasverteilnetze sind zum größten Teil in den Wegegrundstücken von Kommunen verlegt. Die Nutzung der Wegegrundstücke für Versorgungsleitungen ist in den Landesstraßengesetzen der Bundesländer und in den §§ 46 ff. EnWG geregelt. Es handelt sich um sog. „sonstige Nutzungen“ der Wegegrundstücke, für die die Landesstraßengesetze der Bundesländer auf das bürgerliche Recht verweisen. Wegenutzungsverträge sind deshalb privatrechtliche Verträge, für deren Zustandekommen und Ausgestaltung das EnWG öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen setzt. Endet das Wegenutzungsrecht für das Gasverteilnetz des Netzeigentümers, kann die Kommune von ihm die Entfernung der stillgelegten Gasleitungen aus den Wegegrundstücken verlangen. Die Anspruchsgrundlage für den Beseitigungsanspruch ergibt sich möglicherweise aus konkreten konzessionsvertraglichen Regelungen, jedenfalls aus § 1004 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch<sup>29</sup> (im Folgenden: **BGB**).

Grundsätzlich ist damit in diesem Szenario ein Rückbau nach Stilllegung auf Kosten der Gasverteilnetzbetreiber zu erwarten. Bezüglich des Zeitpunktes der Stilllegung

<sup>28</sup> Steigende CO<sub>2</sub>-Preise, die zu einer Verteuerung des Produktes Erdgas führen, damit die Absatzmengen reduzieren und die Netzentgelte spezifisch ansteigen lassen, könnten diesen Trend sogar noch beschleunigen.

<sup>29</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 6 des Gesetzes vom 7. Mai 2021 (BGBl. I S. 850) geändert worden ist.

selbst ist grundsätzlich eine differenzierte Betrachtung notwendig. Spätester Zeitpunkt ist in diesem Szenario bei Zugrundelegung von Klimaneutralität bis 2045 und bei Annahme einer Dekarbonisierung des Wärmemarktes ohne gasförmige Energieträger der 31.12.2044. In Abhängigkeit von den Grenzkosten eines Netzbetreibers und der Konkurrenzsituation zu einer alternativen Wärmeversorgung im Rahmen der Transformation kommt ggf. aber auch schon ein früherer Zeitpunkt in Betracht.

Die Höhe der Rückbaukosten für die Gasverteilnetze ist grundsätzlich stark davon abhängig, ob andere Medien parallel verlegt sind, und ob der Rückbau erst dann erfolgt, wenn die Oberfläche – in der Regel seitens der Kommune – sowieso erneuert wird. Beides hat Auswirkungen darauf, ob die vollen oder anteiligen Kosten des Rückbaus vom Gasverteilnetzbetreiber zu tragen sind, und zu welchen Preisen. Die Bandbreite der zu erwartenden Rückbaukosten für alle Gasverteilnetze könnte gemäß Frontier Economics et al.<sup>30</sup> in einer Bandbreite von € 20,0 Mrd. bis € 150,0 Mrd. (Preisstand 2015) liegen. Bezogen auf den Preisstand im Jahr 2045 wären dies rd. € 37,0 Mrd. bis € 277,1 Mrd. Aufgrund der Erwartung, dass Leitungsabschnitte, die nicht stören und von denen keine konkrete Gefahr ausgeht, solange in den Wegegrundstücken verbleiben können, bis eine angemessene Kostenteilungsmöglichkeit vorliegt, ist tendenziell von Rückbaukosten auszugehen, die sich am unteren Ende der vorgenannten Bandbreite bewegen.

Auch wenn die Rückbaukosten zunächst durch die Gasverteilnetzbetreiber zu tragen wären, stellt sich die Frage, ob und in welcher Höhe diese Kosten in die Erlösobergrenze einberechnet und damit über die Netzentgelte refinanziert werden können. Üblicherweise werden Rückbaukosten ab Inbetriebnahme über die Abbildung von entsprechenden handelsrechtlichen Rückstellungen berücksichtigt. In diesem Zusammenhang wären die entsprechenden Zuführungsbeträge zu Rückstellungen als aufwandsgleiche Kosten in die Kostengenehmigung eingegangen. Allerdings haben die Gasverteilnetzbetreiber diese Kosten wohl in der Regel bisher nicht in die Entgelte einkalkuliert. So lässt dies die Antwort des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie auf eine schriftliche Anfrage aus dem Deutschen Bundestag an die Bundesregierung vermuten.<sup>31</sup> Dies deckt sich auch mit den uns bekannten Tätigkeitsabschlüssen der Gasverteilnetzbetreiber i. S. d. § 6b EnWG bis zum Jahr 2020, in denen regelmäßig keine Rückbaurückstellungen enthalten waren.

Zumindest teilweise hat im Jahr 2020 – dem Basisjahr für die 4. Regulierungsperiode - ein Umdenken bei den Gasverteilnetzbetreibern stattgefunden. So ist vereinzelt

---

<sup>30</sup> Vgl. frontier economics, Der Wert der Gasinfrastruktur für die Energiewende in Deutschland, IAEW, 4Management und EMCEL im September 2017, S.43.

<sup>31</sup> Vgl. Schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat Februar 2021, Frage Nr. 627.

festzustellen, dass derartige Rückstellungen bilanziert werden. Da der handelsrechtliche Tätigkeitsabschluss maßgeblich für die Erlösbergrenzenfestlegung bezüglich der aufwandsgleichen Kosten i. S. v. § 5 GasNEV ist, stellt dies die Grundlage für eine Anerkennung im Ausgangsniveau nach § 6 ARegV dar. Ob aber tatsächlich die heutigen Gasnetzkunden den Rückbau über entsprechende Kostenanteile in den Netzentgelten refinanzieren, hängt neben der Bildung der Rückstellungen auch von der Anerkennung der Rückbaukosten in der Erlösbergrenzenfestlegung für das jeweilige Basisjahr ab.

Bezüglich der Rückbaukosten aus der vorgenannten Kostenschätzung im Vergleich zu den kalkulatorischen Werten der Gasverteilnetzbetreiber ist die absolute Höhe auffällig. Obwohl beide vorgenannten Werte geschätzt sind, ist auf Basis von Kalkulationen zu einzelnen Teilnetzen zu erwarten, dass die Rückbaukosten mit zukünftigem Preisstand über den aktuellen kalkulatorischen Werten liegen könnten. Bei konsequenter Berücksichtigung der Rückbaukosten in den Netzentgelten würden diese deutlich ansteigen. Aus Sicht der Netzkunden würde hierdurch die Nutzung von Erdgas noch schneller unattraktiv und ein Wechsel zu alternativen Wärmeversorgungsoptionen attraktiver werden. Damit könnte sich die Transformation im Wärmemarkt auf der Zeitachse sogar noch beschleunigen.

Bis zum tatsächlichen Rückbau könnten die Gasverteilnetzbetreiber die vereinnahmten anteiligen Rückbaukosten, die über die Bildung von jährlich zunehmenden (Ansammlungs-)Rückstellungen das Ergebnis mindern, in der Tätigkeit Gasverteilung oder auch allgemein im Unternehmen zur Minderung der Fremdfinanzierung oder für weitere Investitionen einsetzen. Dies bedeutet, dass zumindest temporär in der Zeit bis zum Ausstieg aus der fossilen Erdgaswirtschaft weitere finanzielle Mittel in den Unternehmen vorhanden wären, die ggf. auch in die Transformation der Wärmeversorgung investiert werden können. Dieser Innenfinanzierungseffekt für Gasverteilnetzbetreiber funktioniert grundsätzlich bis zum tatsächlichen Rückbau der Gasverteilnetze. Sollte es definitiv nicht zu einem Rückbau der Gasverteilnetze kommen, so müssten die Rückstellungen zu diesem Zeitpunkt ergebniswirksam - also auch netzentgeltreduzierend - wieder aufgelöst werden.

Die Bildung der Rückstellungen im handelsrechtlichen Tätigkeitsabschluss erfolgt infolge des handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips. Dies bedeutet, dass Rückstellungen zu bilden sind, wenn eine Inanspruchnahme eine gewisse Wahrscheinlichkeit erreicht, die bei Festlegung des Ziels, bis 2045 klimaneutral sein zu wollen, unzweifelhaft überschritten wäre.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu Teil 2C.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass ein Rückbau der Gasverteilnetze erhebliche finanzielle Mittel erfordert, die systematisch im Vorgriff durch die Gasnetzkunden mittels Rückstellungen finanziert werden müssten. Aus der Innenfinanzierungswirkung der anerkannten Rückbaurückstellungen stünden damit mittel- bis langfristig finanzielle Mittel zur Verfügung, die dem Umbau der Energieversorgung vor Ort und damit auch und gerade der Transformation hin zu einer defossilisierten Wärmeversorgung dienen könnten.

### C. Rechtlich-regulatorische Ableitungen für den Ordnungsrahmen

Es dürfte am besonders illustrativen Beispiel der Gasverteilnetze deutlich geworden sein, dass es eines eindeutigen und langfristig angelegten ordnungsrechtlichen Rahmens gerade in der Energiewirtschaft (mit ihren häufig langlebigen Investitionsgütern) bedarf, um Fehlinvestitionen auf dem Weg hin zu einer klimaneutralen Wirtschaft zu vermeiden. Es hängt also im Wesentlichen von den zukünftigen Entscheidungen des Gesetzgebers ab, die Weichen unwiderruflich in Richtung Klimaneutralität bis 2045 zu stellen, ohne Fehlinvestitionen anzureizen oder zu perpetuieren. Gelingt dies nicht, könnten zudem Entschädigungsansprüche ausgelöst werden.

Im Grunde bestehen für den Gesetzgeber hierbei zwei grundsätzlich unterschiedliche Handlungsoptionen, die zwar zum selben Ergebnis (Klimaneutralität bis 2045) führen (als Prämisse). Sie ziehen aber erheblich unterschiedliche volkswirtschaftliche – in einer Konstellation sind *stranded investments* zu konstatieren – und rechtliche Folgen<sup>33</sup> – in derselben Konstellation entstehen vermutlich erhebliche Entschädigungsansprüche gegen den Staat – nach sich. Dies wird im Folgenden erneut am Beispiel der Gasverteilnetzbetreiber skizziert:

#### I. Gesetzlich definierter Endpunkt der fossilen Wärmeversorgung

Als erste Option wäre die Festlegung des Gesetzgebers zum Ausstieg aus jeglicher fossilen Wärmeversorgung bis 2045 zu nennen. Um als Gesetzgeber technologie-neutral zu agieren, würde der Gesetzgeber bewusst neben der gesetzlichen Bestimmung des Endpunktes der Nutzung fossiler Energieträger in der Wärmeversorgung aber keine weitere Festlegung etwa zur möglichen Zukunft einer gasbasierten Wärmeversorgung treffen, sondern dies den Verbrauchern und den Infrastrukturbetreibern, also dem Markt überlassen. Dies hieße für Gasverteilnetzbetreiber, dass die Wärmeversorgung zukünftig entweder weiterhin gasbasiert (mittels der bereits

---

<sup>33</sup> Im Rahmen der rechtlichen Kurzanalyse wird nicht weiter untersucht, ob möglicherweise betroffene Gasverteilnetzbetreiber grundrechtsfähig sind oder nicht. Die nachteiligen volkswirtschaftlichen Effekte würden hiervon unabhängig entstehen.

existenten und nach einer entsprechenden technischen „Aufrüstung“ und Umwidmung zur Verteilung von grünen Gasen, wie etwa grünem Wasserstoff, eingesetzten Gasverteilnetze klimaneutral erfolgen würde. Oder eben klimaneutral ohne Einsatz von Gasen, z. B. mittels direkter erneuerbarer Wärme, grüner Fernwärme oder Stromwärmepumpen, die auf Grundlage von regenerativem Strom betrieben werden, so dass im Ergebnis keine Gasverteilnetze mehr benötigt würden.

In dieser Konstellation müsste eine gesetzliche Festlegung des Ausstiegs aus jeglicher fossiler Wärmeversorgung mit dem Enddatum 2045 erfolgen.

In der Folge würde der Gesetzgeber zur sachgerechten Ausgestaltung dieses konkreten Pfades neben der Festlegung des konkreten Enddatums auch weitere Änderungen am rechtlich-regulatorischen Rahmen vornehmen müssen, um vermeidbare Fehlinvestitionen nicht noch weiter anzureizen und den Gasverteilnetzbetreibern einen adäquaten und konsistenten Gesetzesrahmen zu bieten:

- Erstens wären Verkürzungen der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern in Anlage 1 zur GasNEV erforderlich. Dies gilt insbesondere für Investitionen, die bis zum Zeitpunkt der gesetzlichen Festlegung des Enddatums getätigt würden. Bei einem Ende der Gasverteilung zum Jahr 2045 könnten nämlich ansonsten Leitungen nach bisheriger Gesetzeslage nicht bis zum Ende ihrer betriebswirtschaftlichen oder gar technischen Nutzungsdauern genutzt werden. Durch die sehr langen, in der Anlage 1 zur GasNEV festgelegten kalkulatorischen Nutzungsdauern würden sich die Investitionen der Netzbetreiber bis 2045 nicht gänzlich refinanzieren lassen. Eine Handlungsoption wäre hierbei eine Verkürzung der Nutzungsdauern in Anlage 1 zur GasNEV auf konkret 24 Jahre, wenn die Klarstellung bspw. noch im Jahr 2021 erfolgt. Dies würde eine vollständige Refinanzierung für die Investitionen, die bis zu diesem Zeitpunkt getätigt sind, ermöglichen. In der Folge würden sich die jährlichen Abschreibungen und somit die Netzkosten für die angeschlossenen Kunden spezifisch ggf. deutlich erhöhen.

Allerdings entstünde damit bei den Gasverteilnetzbetreibern ein nicht unwesentliches Risiko, dass bereits einige Jahre vor dem möglichen Ende der Gasverteilung im Jahr 2045 immer mehr Gasnetzkunden zu alternativen Wärmeversorgungsoptionen abwanderten und sich so der Trend zu spezifisch steigenden Netzentgelten immer weiter beschleunigte. Daher verstärkte sich dieses Risiko auch und gerade bei einer Reduzierung der Nutzungsdauern auf ein Ende im Jahr 2045. Zur Minderung des Risikos eines vorzeitigen Endes der Netzkundenversorgung könnte ergänzend bei der Festlegung der Nutzungsdauern entweder ein früheres Ende des Betriebs

als das Jahr 2045 vorgegeben oder dem Netzbetreiber alternativ zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, die Nutzungsdauern für seine Investitionen bis zum Jahr 2021 innerhalb einer bestimmten Bandbreite (bspw. 2035 bis 2040) selbst festzulegen.

Bezüglich der Steuerung künftiger Investitionen hätte man dadurch mittelbar auch eine Lenkungswirkung. Zwar würden die vorgenannten „neuen“ Nutzungsdauern auch auf Investitionen nach dem Jahr 2021 im Rahmen des KKAuf-Antrages und der Basisjahrgenehmigung zur Anwendung kommen. Die Frage nach der vollständigen Refinanzierung der Investitionen bis zum gesetzlich festgesetzten Ende der Verteilnetze wäre allerdings vorab klar, so dass Gasverteilnetzbetreiber, soweit sie trotzdem noch in die Verteilnetze investierten, bewusst auf eine vollständige Refinanzierung verzichten würden. Lediglich für notwendige Erhaltungsinvestitionen sollte es hier ausnahmsweise die Möglichkeit geben, Einzelfallgenehmigungen mit entsprechender Kostenanerkennung (um entsprechend kurzfristiger refinanzieren zu können) bei der zuständigen Regulierungsbehörde einzuholen. Dieses Instrument könnte zudem ergänzt werden um eine Verknüpfung mit einem verbindlichen kommunalen Wärme(leit)plan in dem Sinne, dass Erhaltungsinvestitionen im Rahmen des KKAuf-Antrages nur noch für Gebiete als notwendig anerkannt werden dürften, in denen bis 2045 eine Gasverteilung vorgegeben wird.

Gesetzlicher Anpassungsbedarf ergibt sich daher konkret in Anlage 1 zur GasNEV, in der die betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern von Anlagegütern in der Gasversorgung näher bestimmt werden. Das Bemessungskriterium für alle dort aufgeführten Anlagegüter ist aktuell die übliche technisch-wirtschaftliche Nutzungszeitspanne, wodurch weder dem potentiell möglichen Ende der Gasverteilung im Jahr 2045 noch der Gefahr einer Abwanderung der Gasnetzkunden vor diesem Zeitpunkt überhaupt Rechnung getragen wird. Die Anlage 1 zur GasNEV müsste demnach dahingehend angepasst werden, dass die (verkürzten) betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern als Untergrenze der heutigen Bandbreiten mit „20 bis 24 Jahren“ ausgewiesen werden. Für die Bestandsanlagen wäre es zudem notwendig, dass die Nutzungsdauern innerhalb der Bandbreiten unternehmensindividuell angepasst werden können. Damit könnten die kalkulatorischen Abschreibungen nach § 6 Abs. 5 Satz 2 GasNEV zumindest insoweit modifiziert werden, als einmalig kürzere Nutzungsdauern für die Zukunft (ex nunc) festgelegt würden. Bei der Berechnung der zukünftigen kalkulatorischen Restwerte und

Abschreibungen wäre dem Wechsel zwischen den beiden Nutzungsdauersystematiken angemessen Rechnung zu tragen, um eine vollständige Finanzierung zu gewährleisten.

Parallel hierzu wäre es empfehlenswert, dass für die vor Ablauf der (kürzeren) betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern schon nicht mehr erforderlichen, stillgelegten Betriebsmittel als Sonderabschreibungen bei der Bildung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen berücksichtigt werden könnten. Mit diesen Sonderabschreibungen würde dem Umstand Rechnung getragen, dass einzelne Leitungsteile trotz der kürzeren Nutzungsdauern bereits noch vor dem Erreichen dieses Zeitpunktes stillgelegt werden, so dass der daraus entstehende kalkulatorische Restwertverlust vor Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern entsprechend kostenerhöhend in die Netzentgelte Eingang fände. Hierzu wäre eine entsprechende Ergänzung eines neuen Absatzes in § 6 GasNEV zur Anerkennung im Basisjahr erforderlich.<sup>34</sup>

- Zweitens bewegen sich die Gasverteilnetzbetreiber mit dem Wärmemarkt zukünftig in einem Sektor, für den der Gesetzgeber klar gestellt hat, dass er bis 2045 klimaneutral zu sein hat, ohne jedoch einen konkreten Transformationspfad vorzugeben. Es besteht damit ein erhebliches unternehmerisches Risiko für Gasverteilnetzbetreiber, auf die „falsche“ Technologieentwicklung oder „falsche“ Infrastruktur zu setzen oder von Wettbewerbern vom jeweils relevanten Wärmemarkt verdrängt zu werden. Jedenfalls ist dieses unternehmerische Risiko mit dem bisherigen Risiko als Netzbetreiber, die in einem strikt regulierten Umfeld agieren ohne wesentliches Ausfallrisiko der Marktpartner, in dem zudem der Betrieb der Netze quasi *ad infinitum* erfolgen soll, nicht einmal ansatzweise vergleichbar. Damit besteht mit Blick auf die bis heute getätigten Investitionen und auf die zukünftig noch zu tätigen Investitionen ein hohes zusätzliches Risiko und die bereits heute absehbaren Unsicherheiten rechtfertigen aus betriebswirtschaftlicher Sicht einen entsprechenden Wagnis- oder Risikozuschlag, da das zusätzliche Risiko über die bislang zu Grunde gelegten üblichen Netzbetreiberrisiken deutlich hinausgehen würde.

---

<sup>34</sup> Aufgrund der hieraus resultierenden und wohl kaum beeinflussbaren starken Schwankungen müsste ergänzend eine Regelung in § 11 Abs. 2 ARegV aufgenommen werden, in der die als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten eingestuft Positionen definiert werden, so dass die Netzbetreiber die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 ARegV entsprechend anpassen.

Ansatzpunkt könnte hierbei ein zusätzlicher Aufschlag in der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sein. Da hiermit nach der derzeitiger Systematik aber nur 40 % des betriebsnotwendigen Vermögens (im wesentlichen Anlagevermögen) vergütet wird, die Anforderung eines angemessenen Risikozuschlags aber bezogen auf einen möglichen Untergang von 100 % des zukünftig nicht refinanzierten Anlagevermögens besteht, würde dieser eher hoch<sup>3536</sup> anzusetzen sein.<sup>37</sup>

Die besonderen Risiken könnten in die Regelung zur Bestimmung des Eigenkapitalzinssatzes mit aufgenommen werden. Hierfür könnte insbesondere die in § 7 Abs. 5 GasNEV enthaltene Aufzählung der bei der Ermittlung des Wagniszuschlags relevanten Aspekte um den weiteren Punkt zu ergänzen, dass Gasnetzbetreiber, um das Ziel Klimaneutralität bis 2045 zu erreichen, realistischerweise zukünftig ein höheres Investitionsrisiko eingehen müssen und dabei zumindest potentiell Investitionen tätigen, die weniger oder gar keine Rendite erzielen.

- Drittens ist die Bildung von Rückstellungen als Vorsorge für Rückbauverpflichtungen unstrittig vorzunehmen, wenn das Ende des Betriebs der Gasverteilnetze verbindlich vorgegeben wäre. Ausreichend für eine Rückstellungsbildung ist aber auch schon eine hinreichende Wahrscheinlichkeit desselben.<sup>38</sup> Bezüglich der hierfür zu bildenden handelsrechtlichen Rückstellungen wäre eine Anerkennung als aufwandsgleiche Kostenposition im Sinne des § 5 GasNEV erforderlich. Andernfalls könnte eine Refinanzierung des vorgegebenen Betriebsendes bzw. der Stilllegung mit dem zeitlich nachfolgenden Rückbau für die Gasverteilnetzbetreiber nicht wirtschaftlich erfolgen. Bei Anerkennung der entsprechenden Kosten bezahlten – und dies auch völlig verursachungsgerecht – die Netznutzer indirekt den zukünftigen Rückbau über die Netzentgelte.

Grundsätzlich wäre es auch denkbar, dass zumindest für die kalkulatorische Bemessung von Rückbaukosten spezifische Rückbaukosten oder gar ein

<sup>35</sup> Ein Gasverteilnetzbetreiber, der nicht von den kürzeren Nutzungsdauern oder der Rückstellungen Gebrauch machen kann und damit das volle Risiko eines *stranded investments* trägt, benötigt hierfür je nach (objektivierter) Einschätzung zum Eintrittszeitpunkt einen Risikozuschlag: Bei einer Erwartung von 50% Stilllegungsquote würde der Risikozuschlag rd. 3% für die fehlende Refinanzierung der Restwerte betragen; bei kumulierter Betrachtung mit dem Erwartungswert der dann anfallenden Rückbaukosten würde er einen Zuschlag sogar von ca. 13 % benötigen.

<sup>36</sup> Aber auch die Gasverteilnetzbetreiber, die ein konsistent angepasstes Regulierungssystem nutzen könnten, sind trotzdem höheren Risiken ausgesetzt, z.B. stärkeren Instandhaltungssteigerungen mangels Reinvestition, Gefahr eines marktbedingten früheren Endes als heute absehbar, und auch für diese wäre daher ein gewisser Risikoaufschlag gerechtfertigt.

<sup>37</sup> Grundsätzlich denkbar wäre auch ein separater Risikozuschlag bezogen auf das Anlagevermögen, um die Gasverteilnetzbetreiber für die möglichen bevorstehenden Verluste adäquat zu vergüten.

<sup>38</sup> So schon BFH, Urteil vom 20.03.1980, IV R 89/79.



Kalkulationstool seitens der Regulierungsbehörden vorgegeben würde, um die im Ergebnis doch subjektive Beurteilung der handelsrechtlichen Rückstellungsbildung zu vereinheitlichen. Analog dem handelsrechtlichen Anlagevermögen wäre dann die handelsrechtliche Rückstellungsbewertung durch die kalkulatorische Rückstellungsbewertung zu substituieren.

- Zur Erreichung eines wirtschaftlich sinnvollen Endes in 2045 oder auch generell, um die Handlungsoptionen und Reaktionsmöglichkeiten der Netzbetreiber analog zu den mit dem Betrieb der Netze einhergehenden „neuen“ Risiken zu vergrößern, müssten viertens die Netzbetreiber von der Pflicht zum Anschluss und zur Versorgung von potentiell neuen Gasnetzkunden befreit werden. Auch die Kündigung von bestehenden Netzkunden müsste einfacher durchsetzbar werden. Nur so wäre ein aktiver gestalteter Rückbau der Gasverteilnetze für die Netzbetreiber überhaupt rechtlich durchführbar. Bisher sind die Beendigung bestehender und die Verweigerung neuer Gasnetzanschlüsse in den §§ 17, 18 EnWG geregelt und nur zulässig, wenn der Netzbetreiber dazu nachweislich aus betriebsbedingten, wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht imstande ist (Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit), im Falle des Anschlusses nach § 18 EnWG sogar nur dann, wenn der Anschluss oder dessen Nutzung für den Netzbetreiber alleine aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist (§ 18 Abs. 1 Satz 2 EnWG). Die Ausnahmen von der Pflicht zum Netzanschluss sind also momentan nur unter engen Voraussetzungen möglich.

Blieben die gesetzlichen Regelungen hier unverändert, so wäre der Netzbetreiber nicht in der Lage, die Transformation der Wärmeversorgung aktiv zu gestalten, sondern wäre mehr oder minder dem Willen der Gasnetzkunden ausgeliefert. Um eine etwaige Neuregelung, die dem Netzbetreiber klare Gestaltungsrechte an die Hand gibt, angemessen auszugestalten und jeglichen Anschein von Missbrauch zu vermeiden, müssten diese Gestaltungsrechte (wie z. B. weitergehende Kündigungsrechte) verknüpft werden mit längeren Übergangsfristen, mit der verbindlichen Aufstellung eines kommunalen Wärme(leit)plans, aus der sich die zukünftige Wärmeversorgungsstrategie konkret ergeben müsste, und sogar auch mit der regulatorischen Anerkennung von Abstandszahlungen an einzelne Netzkunden, sofern eine anderweitige Gestaltung nicht möglich wäre.

Um den aktuellen und kommenden netzwirtschaftlichen und technischen Änderungen im rechtlich-regulatorischen Rahmen gerecht zu werden, müssen die §§ 17 und 18 EnWG (und darauf aufbauender Verordnungen, wie

etwa die Niederdruckanschlussverordnung<sup>39)</sup> angepasst werden. Es geht insbesondere um den Begriff der „Zumutbarkeit“ bei der Verweigerung eines neuen Netzanschlusses oder der Kündigung eines bestehenden Gasnetzanschlusses. Es muss als dem Netzkunden unzweifelhaft „zumutbar“ geregelt werden, dass ein Gasnetzbetreiber zwecks Erreichen von Klimaneutralität bis 2045 einen neuen Netzanschluss verweigern oder einen bestehenden kündigen darf, sofern sich dies nachweislich aus dem jeweils für dieses Versorgungsgebiet geltenden kommunalen Wärme(leit)plan ergibt. So könnten in den §§ 17 und 18 EnWG ein weiterer expliziter Verweigerungsgrund „Rückbau des Gasverteilnetzes aufgrund von Maßnahmen zur Dekarbonisierung“ aufgenommen werden. Eine generelle Pflicht zur Aufstellung von kommunalen Wärme(leit)plänen wäre im Bundesklimaschutzgesetz vorzusehen und nach Maßgabe der Bundesländer auszugestalten.

- Wie bereits festgestellt wurde,<sup>40)</sup> werden für die Verlegung und den Betrieb von Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung ebenso wie für Gasleitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern regelmäßig die für den öffentlichen Verkehr gewidmeten Wegegrundstücke der Gemeinde in Anspruch genommen. Die für die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege erforderliche Einräumung entsprechender privatrechtlicher Wegenutzungsrechte durch die Gemeinde müssen allerdings die in den §§ 46 ff. EnWG öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einhalten. Die §§ 46 ff. EnWG sehen für die Vergabe von Wegenutzungsrechten (sog. Konzessionen) ein wettbewerbliches Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren vor, wonach die zulässige Laufzeit von Konzessionsverträgen für die Gasversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung auf maximal 20 Jahre begrenzt und vor dem Ende der Laufzeit für die kommenden maximal 20 Jahre erneut ausgeschrieben wird, vgl. § 46 Abs. 2 und 3 EnWG. Durch diese Pflicht zur Neuausschreibung und zum Neuabschluss ausgelaufener Konzessionsverträge wird der Gemeinde allerdings der Wechsel von der Wärmeversorgung durch Gas zu einer durch Nah- oder Fernwärme, Wärmepumpen, Geothermie oder anderen erneuerbaren Wärmequellen verwehrt.

Damit das derzeit geltende Konzessionsvertragsrecht kein Hemmnis für ein gesetzlich definiertes Ende der fossilen Wärmeversorgung darstellt, wären

---

<sup>39)</sup> Niederdruckanschlussverordnung vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477, 2485), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 30. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2269) geändert worden ist.

<sup>40)</sup> Vgl. dazu Teil 2B.III.

fünftens zwei Anpassungen des aktuellen gesetzlichen Rahmens zu erwägen:

Zum einen könnte der Gesetzgeber das aktuelle Konzessionsrecht dahingehend anpassen, dass sich der Regelungsgegenstand des Konzessionsvertrags auf die gemeindliche Wärmeversorgung allgemein erweitert, so dass der Gemeinde der Wechsel von einer rein gasbasierten Wärmeversorgung in der Gemeinde hin zu einer mittels alternativer Wärmequellen (grüne Fern- und Nahwärme, Wärmepumpen, andere leitungsgebundene erneuerbare Wärmeversorgung) möglich wird, ohne gegen die Pflicht zur Neuausschreibung und zum Neuabschluss von noch nicht ausgelaufenen Konzessionsverträgen zu verstoßen.

Zum anderen könnte der Gesetzgeber eindeutig regeln, dass die Verknüpfung der zukünftigen Wärmeversorgung mit einem rechtsverbindlichen kommunalen Wärme(leit)plan kein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot gemäß § 3 Konzessionsabgabenverordnung<sup>41</sup> darstellt. Umgekehrt könnten und sollten Gemeinden das Vorliegen eines kommunalen Wärme(leit)plans, sowie dessen Inhalte und Leistungen im Rahmen des Konzessionswettbewerbs als wertungsrelevant berücksichtigen dürfen.

Insgesamt würden bei Umsetzung dieses Bündels an gesetzlichen Änderungen der Rahmenbedingungen Gasverteilnetzbetreiber überhaupt erst in die Lage versetzt, unternehmerisch angemessen vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber postulierten technologieneutralen Wärmewende reagieren zu können. Durch den Risikozuschlag auf die Eigenkapitalverzinsung würde dem für die Netzbetreiber deutlich erhöhten Risiko angemessen Rechnung getragen. Dadurch besteht für den Netzbetreiber zwar das Risiko, dass sich geringere Gewinne oder sogar Verluste realisieren. Sie haben aber die Möglichkeit, unternehmerisch zu reagieren, und sind auch rechtlich-regulatorisch in der Lage, den Betrieb ihrer Gasverteilnetze zu angemessenen Bedingungen entweder fortzuführen oder zu beenden. Hierdurch würden die heutigen Gasverteilnetzbetreiber dazu befähigt, den Ausstieg aus dem Gasverteilnetzbetrieb bis 2045 aktiv zu gestalten, ohne dass zwingend bilanzielle Verluste im Unternehmen entstehen. Entstehen Verluste nämlich zwingend, so ist dies ein Indiz für eine Entschädigungsnotwendigkeit zu werten.<sup>42</sup>

Wichtig sind dabei nicht nur die Inhalte des Maßnahmenbündels, sondern auch der Zeitpunkt seiner Verabschiedung. Je näher die Umsetzung des Maßnahmenbündels

<sup>41</sup> Konzessionsabgabenverordnung vom 9. Januar 1992 (BGBl. I S. 12, 407), die zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 der Verordnung vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477) geändert worden ist.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Teil 2C.II

12.05.2021

an dem angestrebten Enddatum 2045 liegt, umso größer ist die Gefahr, dass Verluste beim Gasnetzbetreiber zwingend entstehen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass – sofern der Gesetzgeber den Ausstieg aus einer fossilen Wärmeversorgung bis 2045 tatsächlich umsetzen möchte – er dies möglichst unverzüglich regeln sollte.

## II. Der zunächst „passive“ Gesetzgeber

Sollte sich der Gesetzgeber zunächst gar nicht zu der Frage Klimaneutralität verhalten oder lediglich das Ziel gesetzlich festschreiben, also zunächst keine konsistenten Änderungen in den Rechts- und Regulierungsbedingungen zum Erreichen von Klimaneutralität vornehmen, hieße das beispielsweise, dass das Ziel der Klimaneutralität bis 2045 zwar politisch angestrebt, ggf. sogar gesetzlich festgelegt wird, aber der aktuell geltende Rechts- und Regulierungsrahmen unverändert auf einen quasi „unendlichen“ Betrieb der erdgasbasierten Wärmeversorgung hin ausgerichtet bestehen bliebe. In der Konsequenz würde dies bedeuten, dass ein ökonomisch rationaler Gasverteilnetzbetreiber in seiner Investitionspolitik mehr oder minder unverändert so fortfahren würde wie bisher. Erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt, aber noch vor 2045 – so das Szenario – würde der Gesetzgeber neben der gesetzlichen Festlegung hinsichtlich des Ziels Klimaneutralität auch Änderungen am Rechts- und Regulierungsrahmen vornehmen.

Der Weiterbetrieb auf unbestimmte Zeit als eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb wird durch das Eigentumsgrundrecht gemäß Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes für vermögenswerte Güter hat in Art. 14 Abs. 1 GG eine eigene Ausprägung gefunden.<sup>43</sup> Geschützt ist dabei das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte.<sup>44</sup> Eine Garantie der Erfüllung aller Investitionserwartungen besteht allerdings nicht, d. h. Art. 14 Abs. 1 GG schützt grundsätzlich nicht gegen Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns und deren Auswirkungen auf die Marktchancen.<sup>45</sup> Ob und inwieweit ein solches Vertrauen berechtigt ist, hängt demnach von den Umständen des Einzelfalls ab.

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der bestehende Regulierungsrahmen für den Netzbetrieb kein gesetzlich definiertes Ende der fossilen, und erst recht kein Ende der leitungsgebundenen, gasbasierten Wärmeversorgung vorsieht und Netzbetreiber auf den Fortbestand der derzeit geltenden Rechtslage berechtigterweise vertrauen dürfen. Enttäuscht der Gesetzgeber dieses schutzwürdige Vertrauen und

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.02.1982, 1 BvR 1379/80; BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 23. 11. 1999, 1 BvF 1/94; BVerfG, Beschluss vom 10. 10. 2012, 1 BvL 6/07.

<sup>45</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12.

12.05.2021

werden die in berechtigtem Vertrauen auf eine bestimmte Gesetzeslage getätigten Investitionen ins Eigentum und seine Nutzbarkeit hinfällig (sog. frustrierte Investitionen), so ist dies jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nur unter Beachtung besonderer Anforderungen zulässig. Nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss der Gesetzgeber für frustrierte Investitionen einen Ausgleich in Gestalt von Entschädigungs- oder Übergangsregelungen schaffen, wenn der Gesetzgeber die weitere Verwertbarkeit des Eigentums direkt unterbindet oder faktisch sehr erheblich einschränkt.<sup>46</sup>

Im zugrundeliegenden Szenario wird die Klimaneutralität auf politischer Ebene zwar fortlaufend angestrebt; auf Gesetzesebene erfolgt die konkrete-konsistente Umsetzung jedoch erst später. Fraglich ist demnach, ob Netzbetreiber hier noch auf den Fortbestand der Rechtslage vertrauen können. Das Vertrauen auf die bestehende Rechtslage wird mit der förmlichen Einbringung des Entwurfs einer Gesetzesänderung erschüttert.<sup>47</sup>

Spiegelbildlich hierzu kann berechtigtes Vertrauen auf eine neue Rechtslage, dessen spätere Enttäuschung gegebenenfalls mit einem Entschädigungsanspruch kompensiert werden müsste, erst mit dem Beschluss des Parlaments über das neue Gesetz begründet werden. Die in dem berechtigten Vertrauen auf den Fortbestand einer Gesetzeslage getätigten Investitionen ins Eigentum sind folglich dann nicht mehr als hinfällig zu bewerten, wenn die Rechtslage sich bereits geändert hat. Allerdings wird im zugrundeliegenden Szenario das Erreichen von Klimaneutralität bis 2045 eben erst einmal weder ausdrücklich noch umfassend gesetzlich fixiert, sondern lediglich auf politischer Ebene angestrebt. Der besondere Vertrauenstatbestand seitens der Netzbetreiber bleibt demzufolge nach wie vor bestehen und im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage getätigte Investitionen ins Eigentum und seiner Nutzbarkeit werden vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst.

Eine rein politische Entscheidung, Klimaneutralität bis 2045 anzustreben, kann also das berechtigte Vertrauen der Netzbetreiber nicht erschüttern bzw. den sachlichen Schutzbereich des Art. 14 GG nicht verkürzen. Mit Sicherheit ist ein schutzwürdiges Vertrauen erst dann erschüttert, wenn zur Umsetzung der politischen Entscheidung „Klimaneutralität 2045“ in der Folge auch die unmittelbare Anpassung des Rechtsrahmens für Netzbetreiber im Sinne einer konsistenten Regulierung hinzu tritt, da andernfalls wirtschaftliche Verluste für die Netzbetreiber unvermeidlich würden.

---

<sup>46</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12.

<sup>47</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12; BVerfG, Beschluss vom 10. 10. 2012, 1 BvL 6/07.

Man könnte sogar argumentieren, dass der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der gesetzlichen Zielfestlegung „Klimaneutralität 2045“ zugleich auch zum umfassenden und konsequenten gesetzlichen Handeln verpflichtet wäre. Ansonsten könnte darin eine Art faktischer Eingriff durch Unterlassen beispielsweise in das Eigentumsgrundrecht gesehen werden. Wird das Ziel Klimaneutralität also nur mit einer konkreten Jahreszahl verbunden, und nicht auch mit einer konsistenten Änderung des übrigen Rechts- und Regulierungsrahmens flankiert, so wird es im Ergebnis auf eine Einzelfallbeurteilung hinaus laufen.

Jedenfalls gilt: Enttäuscht der Gesetzgeber ein schutzwürdiges, also berechtigtes Vertrauen und werden die in dem berechtigtem Vertrauen auf den Fortbestand einer Gesetzeslage getätigten Investitionen ins Eigentum hinfällig (frustrierte Investitionen), so ist dies jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes nur unter ganz engen und besonderen Anforderungen möglich. Nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss der Gesetzgeber für frustrierte Investitionen einen Ausgleich in Gestalt von Entschädigungs- oder zumindest Übergangsregelungen schaffen, wenn der Gesetzgeber die weitere Verwertbarkeit des Eigentums direkt unterbindet oder faktisch sehr erheblich einschränkt.<sup>48</sup>

Unabhängig hiervon liegt nach diesem Szenario ein (unmittelbarer) Eingriff in Art. 14 GG spätestens dann vor, wenn der nationale Gesetzgeber erst zu einem späteren Zeitpunkt (aber vor 2045) tatsächlich die bestehende Rechtslage anpasst und dadurch die von Netzbetreibern im Vertrauen auf den Bestand der Rechtslage bis dahin getätigten Investitionen in das Eigentum entwertet würden. Sofern die eben beschriebenen Rahmenbedingungen gegeben und etwaige Übergangsvorschriften nunmehr ungeeignet zur Zielerreichung sind (z.B. infolge Zeitablaufs), ist der nationale Gesetzgeber verpflichtet, eine Ausgleichsregelung unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu schaffen. Das Vertrauen, das sich auf Grundlage der bisher bestehenden Rechtslage weitere Investitionen in Gasnetze rentieren werden, ist demnach grundsätzlich schutzwürdig. Einzelne rein politische Äußerungen, die ein Ende der Gasverteilnetze bis 2045 prophezeien, oder auch gesetzliche Zielbestimmungen, die vom sonstigen Rechtsrahmen nicht nur nicht gestützt, sondern der Zielerreichung objektiv zuwider laufen, bleiben in diesem Kontext unbeachtlich.

Im Ergebnis könnte der Staat also entschädigungspflichtig werden, wenn er zunächst in seiner Rolle als Gesetzgeber komplett passiv oder mit Blick auf konkrete

---

<sup>48</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12. Da der finanzielle Ausgleich im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 GG die Ausnahme darstellen soll, wären wohl vorrangig Übergangsvorschriften mit angesichts der langen Investitionszyklen in der Gaswirtschaft entsprechend langen Vorlaufzeiten zu erwägen, sofern und solange sie gleich geeignet sind.

Maßnahmen unentschieden oder inkonsistent bleibt, und er dann sehr viel kurzfristiger den Rechts- und Regulierungsrahmen in der Weise konkretisiert, dass eine Amortisierung der im Vertrauen darauf getätigten Investitionen nicht mehr möglich ist.

#### **D. Zusammenfassendes Ergebnis**

Im Ergebnis wird in diesem Abschnitt am Beispiel der Gasverteilnetze deutlich, dass es aus gesetzgeberischer Perspektive sinnvoll, ja geradezu zwingend erscheint, sich möglichst frühzeitig auf ein gesetzgeberisches Ziel und eine konsistente Anpassung des Rechts- und Regulierungsrahmens zur Zielerreichung festzulegen. Zumindest gilt dies, wenn der Gesetzgeber Fehlinvestitionen (und in der Folge mögliche Entschädigungsansprüche) in diesem Bereich besonders langlebiger Investitionszyklen vermeiden möchte. Dabei ist es in erster Näherung aus juristischer Sicht nicht entscheidend, ob sich der Gesetzgeber einem bestimmten Pfad, beispielsweise zur Erreichung von Klimaneutralität im Wärmemarkt verschreibt, oder das Ziel technologieneutral angeht, solange die Anpassung des Rechts- und Regulierungsrahmens konsistent zum Ziel erfolgt.

Von hoher Wichtigkeit aus ökonomischer, aber – wie der Beschluss des BVerfG vom 24.03.2021 aktuell unterstreicht – auch aus juristischer Perspektive ist hingegen, dass der Übergangszeitraum zwischen dem Zeitpunkt der gesetzlichen Festlegung des Ziels mitsamt konsistenten Änderungen im übrigen Rechtsrahmen einerseits und dem Zeitpunkt der Zielerreichung andererseits möglichst weit bemessen ist, um den notwendigen Transformationsprozessen ausreichend Zeit zu geben und die betroffenen Unternehmen und Bürger möglichst grundrechtsschonend zu belasten. Konkret erfordert dies, dass der Gesetzgeber frühzeitig transparente Maßgaben für die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion formuliert, die für die erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit bieten.<sup>49</sup>

### **Teil 3 Rechtsrahmen zur Bestimmung eines gesetzlichen Endpunktes für den Einsatz fossiler Energieträger**

#### **A. Einsatz fossiler Brennstoffe in Stromerzeugungsanlagen**

##### **I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt**

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob eine Regelung, die den Einsatz fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung ab einem bestimmten Zeitpunkt im

<sup>49</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Leitsätze, Ziffer 4, Satz 5.

Grundsatz verbietet (als Ausnahme führt insbesondere der Einsatz von CCS/CCU auch bei Einsatz von fossilen Energieträgern zu Emissionsfreiheit), rechtlich umsetzbar wäre (im Folgenden auch: **Null-Emissions-Regelung**). In Anbetracht des Endes der Stein- und Braunkohleverstromung spätestens zum Ende der 2030er Jahre handelt es sich damit um Kraftwerke, die mit Erdgas betrieben werden, sowie die wenigen sonstigen Kraftwerke und Stromerzeugungsanlagen wie Notstromaggregate (dort eingesetzte Brennstoffe sind insbesondere Heizöl, Methanol und Flüssiggas).

### 1) Systematische Einordnung

Als Anknüpfungspunkt für die hier geprüfte Regelung käme zunächst das Bundes-Immissionsschutzgesetz (im Folgenden: **BImSchG**) in Betracht. Dieses bezweckt allgemein den Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen, den Boden, das Wasser und der Atmosphäre vor schädlichen Umwelteinwirkungen. Hierfür werden die Errichtung und der Betrieb bestimmter Anlagen in den §§ 4ff. BImSchG einem Genehmigungserfordernis unterworfen. Dies gilt auch für Stromerzeugungsanlagen. So bedarf die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Strom ab einer Feuerungswärmeleistung von 1 MW nach § 1 i.V.m. Anhang 1 der 4. BImSchV einer Genehmigung nach dem BImSchG. Auch Betreiber von Stromerzeugungsanlagen, die danach keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen, sind nach § 22 BImSchG verpflichtet, ihre Anlage so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden.

Der Anspruch auf die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 6 Abs. 1 BImSchG besteht nach der gegenwärtigen Rechtslage unabhängig davon, ob die eingesetzten Brennstoffe fossiler Herkunft sind oder nicht.<sup>50</sup> Denn Festlegungen zur Wahl der zulässigen Brennstoffarten hat der Gesetzgeber im BImSchG bisher nicht getroffen. Auch der Treibhausgasausstoß einer Stromerzeugungsanlage spielt als Genehmigungsvoraussetzung gegenwärtig noch keine Rolle, da CO<sub>2</sub> als Bestandteil der natürlichen Luftzusammensetzung verstanden wird und deshalb nicht als Luftverunreinigung im Sinne einer schädlichen Umwelteinwirkung eingestuft wird.<sup>51</sup> Dies hindert den Gesetzgeber aber aus unserer Sicht nicht daran, künftig auch im anlagenbezogenen Immissionsschutzrecht aus Umweltschutzgesichtspunkten, Anforderungen an die Art der eingesetzten Energieträger zu stellen. Denn das BImSchG dient dem Umweltschutz und könnte damit grundsätzlich auch eingesetzt werden, um neben der klassischen, auf den reinen Immissionsschutz bezogenen Vorsorge über Regelungen zur Transformation des Energiesystems auch

<sup>50</sup> *Klinski*, Klimaschutz versus Kohlekraftwerke – Spielräume für gezielte Rechtsinstrumente, NVwZ 2015, 1473 (1475).

<sup>51</sup> *Schulte/Michalk*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand 01.07.2020, § 3 BImSchG, Rn. 13; *Klinski*, Klimaschutz versus Kohlekraftwerke – Spielräume für gezielte Rechtsinstrumente, NVwZ 2015, 1473 (1475); *Klinski*, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 10.



12.05.2021

den Klimaschutz zu unterstützen. Dass dies dem Regelungszweck des BImSchG nicht fremd ist, zeigen auch die diversen Regelungen des produktbezogenen Umweltrechtes in den §§ 37a bis f BImSchG, die in Umsetzung der Richtlinie 2009/30/EG<sup>52</sup> (im Folgenden: **Kraftstoffqualitätsrichtlinie**) und der Richtlinie EU 2018/2001 zur (im Folgenden: **Erneuerbare-Energien-Richtlinie**) eingeführt wurden.

Konkret könnte eine solche Regelung bei den Vorschriften des zweiten Teils „Errichtung und Betrieb von Anlagen“ (§§ 4 ff. BImSchG) ansetzen. Im dritten Teil des BImSchG wird die Bundesregierung zwar in § 34 BImSchG ermächtigt, Anforderungen an die Beschaffenheit von Brennstoffen zu stellen. Diese Vorschrift umfasst jedoch nur die Herstellung, das Inverkehrbringen oder Einführen von Brennstoffen, nicht aber deren Einsatz in genehmigungsbedürftigen Anlagen. Mit der Umsetzung einer solchen Vorgabe im BImSchG müsste darüber hinaus die Auflistung der Brennstoffe in der 4. BImSchV angepasst werden.

Alternativ zu einer Regelung im BImSchG käme grundsätzlich auch eine Verortung einer solchen gesetzlichen Regelung im Energiewirtschaftsrecht in Betracht. In § 49 EnWG werden Anforderungen an die Errichtung und Betrieb von Energieanlagen aufgestellt. Auch hier würde sich die geplante Regelung nach unserer Einschätzung einfügen. Alternativ käme auch die Schaffung eines neuen, eigenständigen Gesetzes nach dem Vorbild etwa des § 51 Kohleverstromungsbeendigungsgesetz (im Folgenden: **KVBG**) in Betracht. Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 KVBG darf in einem Steinkohlekraftwerk, das entweder einen Zuschlag nach § 21 Abs. 1 KVBG erhalten hat, die gesetzliche Reduzierung nach § 35 Abs. 1 oder Abs. 2 KVBG angeordnet wurde oder eine Stilllegungs- oder Kohleverfeuerungsverbotsanzeige abgegeben hat, ab einem in § 51 Abs. 2 KVBG bestimmten Zeitpunkt keine Kohle mehr verfeuert werden. In Braunkohleanlagen mit einer Nettonennleistung von mehr als 150 MW darf nach § 51 Abs. 1 Satz 2 ab dem in § 51 Abs. 2 KVBG ab einem bestimmten Zeitpunkt ebenfalls keine Kohle mehr verfeuert werden.

## 2) Sperrwirkung durch § 5 Abs. 2 BImSchG?

Unabhängig von der gesetzlichen Verortung einer solchen Regelung stellt sich die Frage, ob und inwieweit von § 5 Abs. 2 BImSchG eine Sperrwirkung ausgehen kann.

---

<sup>52</sup> Richtlinie 2009/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Spezifikationen für Otto-, Diesel- und Gasölkraftstoffe und die Einführung eines Systems zur Überwachung und Verringerung der Treibhausgasemissionen sowie zur Änderung der Richtlinie 1999/32/EG des Rates im Hinblick auf die Spezifikationen für von Binnenschiffen gebrauchte Kraftstoffe und zur Aufhebung der Richtlinie 93/12/EWG

Wie § 5 Abs. 2 BImSchG zeigt, hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, die Vermeidung von CO<sub>2</sub>-Emissionen vorrangig über das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (im Folgenden: **TEHG**) zu regulieren.<sup>53</sup> Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BImSchG sind bei Anlagen, die dem Anwendungsbereich des TEHG unterliegen, Anforderungen zur Begrenzung von Emissionen daher nur zulässig, um zur Erfüllung der Schutzpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sicherzustellen, dass im Einwirkungsbereich der Anlage keine schädlichen Umweltwirkungen entstehen. CO<sub>2</sub>-Begrenzungen sind damit bei Anlagen, soweit sie dem Anwendungsbereich des TEHG unterliegen, auf der Grundlage des BImSchG nur zur Vermeidung von Immissionen und Emissionen, die im Einwirkungsbereich der Anlage entstehen können, zulässig.<sup>54</sup> Die Regelung schließt darüber hinaus auch Anforderungen an die Begrenzungen von THG-Emissionen in Umsetzung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht aus.<sup>55</sup> § 5 Abs. 2 Satz 2 BImSchG stellt ergänzend klar, dass bei diesen Anlagen zur Erfüllung der Pflicht zur effizienten Verwendung von Energie nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG in Bezug auf CO<sub>2</sub>-Emissionen, die auf Verbrennungs- oder anderen Prozessen der Anlage beruhen, keine Anforderungen gestellt werden, die über die durch das TEHG begründeten Pflichten hinausgehen.

§ 5 Abs. 2 TEHG nimmt damit die Handlungsmöglichkeiten des Immissionsschutzrechtes zur Vermeidung von CO<sub>2</sub>-Emissionen zu Gunsten einer ökonomischen Steuerung durch den Emissionshandel zurück.<sup>56</sup>

Gleichwohl gehen wir davon aus, dass dennoch wohl nicht von einer Sperrwirkung des § 5 Abs. 2 TEHG für die geprüfte Regelung auszugehen sein dürfte: Dafür spricht zunächst der Wortlaut des § 5 Abs. 2 TEHG, der unmittelbar nur Anforderungen zur „Begrenzung von CO<sub>2</sub>-Emissionen“ ausschließt. Dies umfasst nach dem Wortlaut aber nur die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten.<sup>57</sup> Vorliegend würde durch ein grundsätzliches Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe ein Betrieb der Anlagen mit regenerativen Brennstoffen wie Wasserstoff, synthetischem E-Gas oder Biomethan weiter zulässig sein. Dabei würden sich unmittelbar beim Betrieb der Anlage weiter örtlich CO<sub>2</sub>-Emissionen einstellen. Dies zeigt den Unterschied zwischen der geplanten Regelung und eine Festlegung eines CO<sub>2</sub>-Grenzwertes. Bestätigt wird dieser Befund auch durch den Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2010/75/EU (im Folgenden: **Industrieemissions-Richtlinie**), in deren Umsetzung Art. 5 Abs. 2 BImSchG geschaffen wurde. Dieser bestimmt:

<sup>53</sup> Klinski, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 11.

<sup>54</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, August 2020, § 5 BImSchG, Rn. 105a.

<sup>55</sup> BVerwG, Urteil vom 14.09.2017, 4 CN 6/16, NVwZ 2018, 322 (325); Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, August 2020, § 5 BImSchG, Rn. 154c; Jarass, in: Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 5 BImSchG, Rn. 5a.

<sup>56</sup> Dietlein, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand August 2020, § 5 BImSchG, Rn. 154 b.

<sup>57</sup> Dietlein, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand August 2020, § 5 BImSchG, Rn. 154 b.

*„Sind Treibhausgasemissionen eine Anlage in Anhang 1 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.“*

Art. 9 Abs. 1 der Industrieemissions-Richtlinie schließt damit explizit nur Emissionsgrenzwerte aus. Mit der hier geprüften Regelung werden aber eben keine Grenzwerte für CO<sub>2</sub>-Emissionen festgelegt, sondern Vorgaben über die einsetzbaren Primärenergieträger getroffen.

Zwar ließe sich argumentieren, dass ein Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe mittelbar dieselbe Wirkung entfalten würde, wie die von § 5 Abs. 2 BImSchG ausdrücklich umfasste Festlegung strengerer CO<sub>2</sub>-Emissionsgrenzwerte. Auch bezweckte eine solche Regelung eine Reduktion von THG-Emissionen und würde zu einem noch schnelleren Ausbau emissionsfreier Stromerzeugungsanlagen anreizen wollen. Es spricht aber viel dafür, dass primäres Regelungsziel des § 5 Abs. 2 BImSchG tatsächlich nur in dem Ausschluss der Festlegung von unmittelbaren anlagenbezogenen CO<sub>2</sub>-Begrenzungen besteht. Denn, wie noch zu zeigen sein wird, gehört die Wahl über die in einer nach dem BImSchG genehmigungsbedürftigen Anlage eingesetzten Energieträger nicht zum Regelungsbereich der Richtlinie 2003/87/EG (im Folgenden: **Emissionshandels-Richtlinie**) da dies kompetenzrechtlich gemäß Art. 192 Abs. 2 AEUV einen einstimmigen Beschluss erfordert hätte.<sup>58</sup> Nach dieser Vorschrift hat jeder Mitgliedstaat das Recht zur Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und darf selbst die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung bestimmen. Auch der Regelungszusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2019/944 (im Folgenden: **Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie**) bestätigt diese Einschätzung aus unserer Sicht. Danach können die Mitgliedstaaten die für die Erteilung von Genehmigungen neuer Erzeugungskapazitäten zu beachtenden Kriterien selbst festlegen und dabei auch Festlegungen zur Art der eingesetzten Primärenergieträger und zum Umweltschutz treffen.<sup>59</sup> Selbst wenn man dies anders sehen würde, spricht viel dafür, dass die hier geplante Null-Emissions-Regelung auch als schutzverstärkende Maßnahme zulässig wäre.<sup>60</sup>

Schließlich ist nach hiesiger Einschätzung auch nicht davon auszugehen, dass es sich bei einer solchen Regelung um eine reine immissionsschutzbezogene Vorsorgemaßnahme handelt. Sie würde mit der Beendigung des Ausstoßes von Treibhaus-

<sup>58</sup> Klinski, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 74.

<sup>59</sup> Klinski, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 74.

<sup>60</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.1)a)Teil 3A.II.1)a).

gasemissionen durch die Verbrennung fossiler Energieträger zwar auch der Vorsorge gegenüber der Gefahr des Klimawandels dienen. Sie ginge aber andererseits auch über den klassischen Regelungsbereich einer immissionschutzrechtlichen Vorsorgeanforderung weit hinaus, weil Regelungszweck des vorliegend geprüften Regelungsbandels die Transformation des Energiesystems in den Bereichen Stromerzeugung (vorliegender Teil), industrielle Energieversorgung, Wärmeversorgung und Verkehr (nachfolgende Teile des Gutachtens) als Teil der gesamtwirtschaftlichen Transformation ist, um in absehbarer Zeit das insoweit angestrebte Endziel Klimaneutralität zu erreichen und so den deutschen Beitrag zu Begrenzung der Erderwärmung entsprechend dem Paris-Ziel zu leisten.<sup>61</sup>

### 3) Erfordernis einer „bescheidtechnischen“ Umsetzung?

Fraglich ist, ob eine solche gesetzliche Regelung für Kraftwerke auch unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung für die Genehmigungsbescheide entfalten kann, oder ob zusätzlich zu dieser gesetzlichen Regelung noch eine konkrete „bescheidtechnische“ Umsetzung erforderlich wäre, und wenn ja, wie diese erfolgen könnte.

Hierbei ist zunächst nach dem Zeitpunkt der Genehmigung zu differenzieren. Insofern erscheint es uns naheliegend und zielführend, die nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Stromerzeugungsanlage je nach Genehmigungszeitpunkt in unterschiedliche Gruppen einzuteilen (Anlagenkohorten):

Anlagen, die erst nach Inkrafttreten der Regelung, die ein grundsätzliches Verbot des Einsatzes von fossilen Brennstoffen etwa ab dem 01.01.2045 vorsieht genehmigt werden, beispielweise zum 01.01.2023 (im Folgenden: **Neuanlagen**)<sup>62</sup>, würden infolge der Regelung zum Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe in emittierenden Anlagen nur noch mit einer entsprechenden Einschränkung der Betriebsweise genehmigt werden.<sup>63</sup> Einsetzen. Der Genehmigung könnte dann etwa ein Widerrufsvorbehalt beigefügt werden, wonach die Genehmigung widerrufen werden kann, wenn der Anlagenbetreiber der geprüften Regelung nach deren „Scharfschaltung“ nicht nachkommt.

Fraglich ist aber, was für vor diesem Zeitpunkt (etwa 01.01.2023) genehmigte Anlagen (im Folgenden: **Bestandsanlagen**) gilt, gegebenenfalls ergänzt um Anlagen mit Antragstellung vor dem Stichtag. Zunächst würde die Einführung einer solchen Regelung nicht dazu führen, dass die bereits erteilten Genehmigungen rechtswidrig

<sup>61</sup> Vgl. dazu Teil 3A.1.3).

<sup>62</sup> Alternativ könnte auf die Antragstellung ab diesem Stichtag angeknüpft werden.

<sup>63</sup> Im Grundsatz kein Einsatz fossiler Brennstoffe; Ausnahmen insbesondere Verwendung von CCU/CCS-Technologien, die den Kraftwerksbetrieb gleichwohl CO<sub>2</sub>-neutral machen, wären denkbar.

würden. Denn die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist kein Dauer-Verwaltungsakt. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit kommt es nur auf den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung an.<sup>64</sup> Die Genehmigung bewirkt zweierlei: Zum einen gestattet sie die Errichtung und den Betrieb der genehmigten Anlage. Zum anderen stellt sie fest, dass die Anlage – in dem technischen Zustand und Ausbaustand – im Genehmigungszeitpunkt mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist. Diese Gestattungs- und Feststellungswirkung schützen den Anlagenbetreiber allerdings noch nicht vor einer nachträglichen Änderung der Genehmigungsvoraussetzungen. Denn die Gestattungswirkung bezieht sich nur auf den Genehmigungsgegenstand und nicht auf die Genehmigungsvoraussetzungen.<sup>65</sup> Auch die Feststellungswirkung ist auf die im Erteilungszeitpunkt der Genehmigung geltende Rechtslage beschränkt und erstreckt sich damit ebenfalls nicht auf nachträgliche Rechtsänderungen der Genehmigungsvoraussetzungen.<sup>66</sup>

Dennoch wird dem Inhaber einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ein gewisser Schutz gegenüber nachträglichen Rechtsänderungen gewährt, wenn es um die Umsetzung von Vorgaben aus dem Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG geht. Denn in diesem Rahmen kann nur auf Grundlage einer Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG, einer nachträglichen Anordnung nach § 17 BImSchG, einer Untersagung des Betriebs nach § 20 BImSchG oder eines Widerrufs nach § 21 BImSchG in eine bereits erteilte Genehmigung eingegriffen werden.<sup>67</sup> Dies ist wiederum nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wodurch den Betreibern von bereits genehmigten Anlagen Bestandsschutz gewährt wird.<sup>68</sup> So können nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG nur erlassen werden, wenn diese verhältnismäßig sind und der mit der Erfüllung der Anordnung verbundene Aufwand nicht außer Verhältnis zu dem mit der Anordnung erstrebten Erfolg steht.<sup>69</sup> Auch neue Rechtsverordnungen können auf bestehende Anlagen nicht unbegrenzt angewendet werden, sondern müssen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen und auch sonst mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sein.<sup>70</sup>

Geht es demgegenüber um Pflichten aus dem Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG („andere öffentlich-rechtlichen Vorschriften“), greift § 17 BImSchG nicht

<sup>64</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 22.

<sup>65</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 39.

<sup>66</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 38; *Attendorn*, „Die unmittelbar oder mittelbar zulassungsmodifizierende Wirkung von Rechtsnormen in der neuen Umweltgesetzgebung“, NVwZ 2011, 327 (329).

<sup>67</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 46; *Dietlein*, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand August 2020, § 5 BImSchG, Rn. 12 ff.

<sup>68</sup> *Jarass*, in: *Jarass*, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 6, Rn. 54 – 57; *Hansmann/Ohms*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, August 2020, § 17 BImSchG, Rn. 2.

<sup>69</sup> Vgl. § 17 Abs. 2 BImSchG.

<sup>70</sup> *Jarass*, in: *Jarass*, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 6, Rn. 54 – 57.

ein. Denn diese Norm ist nur auf die Durchsetzung von oder zur Erfüllung der Pflichten aus dem BImSchG oder den aufgrund des BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen anwendbar.<sup>71</sup> Die Rechtsprechung hat daher in diesem Bereich die Möglichkeit des Durchgriffs auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigung durch eine unmittelbar konkretisierende Wirkung einer fachrechtlichen Vorschrift anerkannt. So sollen die in der Tierschutznutztierhaltungs-Verordnung enthaltenen Vorgaben über die Haltung von Legehennen auch ohne behördlichen Umsetzungsakt unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung entfalten.<sup>72</sup> Dies begründete das Gericht damit, dass sich diese unmittelbar an den Genehmigungsinhaber richtet, konkrete Voraussetzungen und Anforderungen für die genehmigte Tätigkeit gemacht werden, das vorgeschriebene Verhalten durch Ordnungswidrigkeiten bewährt ist und Übergangsvorschriften vorgesehen sind, die aus der unmittelbaren Geltung entstehende Härten abmildern sollen.<sup>73</sup>

In der Rechtsprechung ist darüber hinaus anerkannt, dass eine unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung möglich ist, wenn die Vorgaben eines Gesetzes *neben* die Vorgaben des BImSchG treten. Dies hat das BVerwG für das TEHG anerkannt. Das TEHG diene zwar der Umsetzung der Grundpflicht nach § 5 BImSchG, tritt aber neben die Gestattungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.<sup>74</sup> Der Gesetzgeber ist bei regelnden Eingriffen in die Emissionsbefugnis auch nicht an die Vorgabe des BImSchG für den Widerruf der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gebunden.<sup>75</sup>

Damit kommt es darauf an, ob die Vorgabe über die Zulässigkeit des Einsatzes bestimmter Brennstoffe den immissionsschutzrechtlichen Pflichten nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG oder den anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zuzuordnen ist, bzw. ob diese nach dem Vorbild des TEHG sogar neben die immissionsschutzrechtliche Genehmigung tritt.

Nach § 6 BImSchG besteht ein Anspruch auf die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, wenn einerseits sichergestellt ist, dass die immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten erfüllt werden (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) und andererseits andere öffentlich-rechtliche Vorschriften sowie Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Die immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten werden in

---

<sup>71</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 46.

<sup>72</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 27; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 55.

<sup>73</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 27.

<sup>74</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2005, 7 C 26/04, Rn. 42.

<sup>75</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2005, 7 C 26/04, Rn. 42.

12.05.2021

§ 5 BImSchG beschrieben. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt „schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können“ (im Folgenden: **Schutzpflicht**). Nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG muss zudem Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren getroffen werden (im Folgenden: **Vorsorgepflicht**).

Während die Schutzpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG dem Schutz vor konkret schädlichen Umwelteinwirkungen dient, soll mit der Vorsorgepflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG dem Entstehen von schädlichen Umwelteinwirkungen vorgebeugt werden.<sup>76</sup> Für den Umstand, dass eine Null-Emissions-Regelung eine Umsetzung der Schutzpflicht darstellen kann, spricht zunächst, dass ein Verbot fossiler Brennstoffe auch das Entstehen von Emissionen und Immissionen im Einwirkungsbereich der Anlage verhindern würde. Andererseits spricht wiederum gegen eine Zuordnung zur Schutzpflicht, dass diese immissionsschutzrechtstypische Wirkung nicht der vorrangige Regelungszweck der vorliegend geprüften Regelung wäre. Denn es ginge primär nicht darum, den Einsatz fossiler Brennstoffe in emittierenden Anlagen zu beenden, um Emissionen und Immissionen im Einwirkungsbereich der Anlage zu verhindern, sondern die angestrebte Klimaneutralität bis 2045 zu erreichen, um so die Erderwärmung zu verlangsamen und den deutschen Beitrag dazu zu beschleunigen und weiter abzusichern. So soll dann auch der weitere Zweck erfüllt werden, Fehlinvestitionen in mittel- und langfristig nicht mehr erforderliche Anlagen zu vermeiden. Zudem bliebe der Einsatz von regenerativen Brennstoffen wie Biomethan, grünem Wasserstoff oder E-Methan zulässig, ebenso der Einsatz fossiler Energieträger, wenn die Anlage gleichwohl Treibhausgase nicht emittiert (etwa durch CCS/CCU). Beim Einsatz regenerativer Energieträger käme es aber örtlich weiterhin zu Emissionen und der „Null-Emissions-Effekt“ ergibt sich erst in einer Gesamtbeurteilung (u.a. Bindung von CO<sub>2</sub> in der Photosynthese der Biomasse für Biomethan oder der grünen Kohlenstoffquelle für synthetisches Methan oder Methanol).

Fraglich ist daher, ob sich die geprüfte Regelung der Vorsorgepflicht zuordnen lässt. Grundsätzlich wird durch die Vermeidung des Ausstoßes von CO<sub>2</sub>-Emissionen der damit verbundenen Gefahr des Klimawandels vorgebeugt, sodass sich Maßnahmen in diesem Bereich grundsätzlich auch der Vorsorgepflicht zuordnen lassen.<sup>77</sup> Wie bereits dargelegt, schließt § 5 Abs. 2 BImSchG solche Maßnahmen für Anlagen, die

<sup>76</sup> Jarass, in: Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 5, Rn. 46.

<sup>77</sup> Stevens, Das CO<sub>2</sub>-emissionsarme Kohlekraftwerk – Rechtsfragen der Errichtung und des Betriebs von Kohlekraftwerken mit CO<sub>2</sub>-Abscheidung, UPR 2007, 281 (285).

dem TEHG unterliegen, sogar aus, soweit mit ihnen CO<sub>2</sub>-Grenzwerte festgelegt werden.

Die hier geprüfte Regelung dient damit nach unserer Einschätzung zwar grundsätzlich auch der Vorsorge im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Sie geht aber auch darüber hinaus, weil sie der Transformation u.a. des Energiesystems dient, indem der Einsatz fossiler Energieträger insgesamt beendet werden soll. Dies spricht dafür, die Null-Emissions-Regelung nicht dem Bereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, sondern des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zuzuordnen. In diesem Rahmen wäre eine unmittelbare konkretisierende Wirkung durch eine gesetzliche Regelung aber möglich.

Sofern man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon ausgeht, dass eine Null-Emissions-Regelung im immissionsschutzrechtlichen Sinne der Vorsorge diene und wesentlich diese Vorsorgepflicht mit umsetzen würde, müsste diese entweder über eine behördliche Anordnung nach § 17 BImSchG – wohl über eine Nebenbestimmung in Form einer Auflage – oder eine Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG – umgesetzt werden. Denn andernfalls könnte der Bestandsschutz umgangen werden. Sowohl eine nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG als auch eine Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG setzten voraus, dass eine Pflicht aus dem BImSchG umgesetzt würde. Es müsste damit im BImSchG durch die Schaffung einer entsprechenden Verpflichtung, dass fossile Brennstoffe nicht mehr eingesetzt werden dürfen, ein entsprechender Bezugspunkt geschaffen werden. Darüber hinaus müssten auch die weiteren Voraussetzungen des § 17 BImSchG erfüllt sein, zu denen insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Anordnung gehört.

Konkret käme in Betracht, den Betrieb der Anlage zukünftig (etwa ab dem 01.01.2045) nur noch unter der Auflage zuzulassen, dass fossile Brennstoffe nur noch verwendet werden dürfen, wenn die Anlage dennoch kein CO<sub>2</sub> emittiert, also etwa durch Einsatz einer CCS- oder CCU-Einrichtung oder einer anderen emissionsverhindernde technische Einrichtung. Alternativ indem die Anlage ausschließlich mit regenerativen Brennstoffen wie Biomethan, Wasserstoff oder synthetischem E-Gas betrieben wird.

Ob eine unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung auch damit begründet werden könnte, dass die Null-Emissions-Regelung nach dem Vorbild des TEHG neben die immissionsschutzrechtliche Genehmigung tritt, erscheint demgegenüber als fraglich, weil die Pflichten nach dem TEHG gerade in einer separaten Genehmigung, nämlich der Emissionsgenehmigung, umgesetzt werden. Dies würde für die hier geprüfte Regelung nicht gelten.



Sofern die Stromerzeugungsanlage „nur“ baurechtlich zu genehmigen ist, sind für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens die jeweiligen landesrechtlichen Bauordnungen einschlägig. § 22 BImSchG stellt aber immissionsschutzrechtliche Pflichten auch für diese Anlagen auf. Danach sind auch die Betreiber nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen verpflichtet, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG); zudem sind nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß zu beschränken (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG). § 17 BImSchG ist hier nicht anwendbar, sondern § 24 BImSchG.<sup>78</sup> Danach kann die zuständige Behörde im Einzelfall die zur Durchführung des § 22 BImSchG und der auf Grund des BImSchG gestützten Rechtsverordnung erforderlichen Anordnungen treffen. Auch Anordnungen nach § 24 BImSchG sind nur zulässig, wenn sie verhältnismäßig sind.<sup>79</sup> Da durch eine Null-Emissions-Regelung aber wohl nicht die immissionsschutzrechtlichen Pflichten umgesetzt würden, spricht aus unserer Sicht viel dafür, dass auch bei diesen Anlagen im Grundsatz keine bescheidtechnische Umsetzung über § 24 BImSchG erforderlich wäre.

Aufgrund der erheblichen Bedeutung einer solchen Regelung könnte es die Rechtspraxis für erwartbar und naheliegend erachten, dass diese nicht ohne eine behördliche Umsetzung per Verwaltungsakt im Einzelfall ausgestaltet werden würde – trotz deren Zulässigkeit und insbesondere deren Verhältnismäßigkeit, dazu sogleich ausführlich. Dann bedürfte es bei einer Regelung außerhalb des BImSchG jedenfalls einer Eingriffsbefugnis in dem Gesetz, in das die Null-Emissions-Regelung aufgenommen wird. Dies wäre eine Norm, die einer geeigneten Behörde die Aufgabe der Umsetzung der Verpflichtung durch Erlass einer Auflage als Nebenbestimmung zur Genehmigung zuweist. Diese wäre, wie üblich, gegebenenfalls durch erforderliche landesrechtliche Regelungen zu ergänzen, wenn die Umsetzung durch Landesbehörden erfolgen sollte.

Im Folgenden wird geprüft, ob eine solche Regelung mit dem Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar ist.

## II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Zu prüfen ist zunächst, ob eine Null-Emissions-Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar wäre. Denn der rechtliche Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers ergibt sich aus den europäischen Vorgaben.

---

<sup>78</sup> Jarass, in: Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 17, Rn. 7.

<sup>79</sup> Jarass, in: Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 24, Rn. 15.

## 1) Vereinbarkeit mit dem Sekundärrecht

Die Mitgliedstaaten können im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, zu der nach Art. 4 Abs. 2 AEUV die Bereiche Umwelt (Buchstabe e), Verkehr (Buchstabe g) und Energie (Buchstabe i) gehören, nur tätig und nationale Regelungen erlassen werden, wenn es keine abschließende sekundärrechtliche Regelung gibt. Dem Unionssekundärrecht kommt andernfalls eine sog. „Sperrwirkung“ zu. Das bedeutet, unionsrechtliche Vorgaben verdrängen entgegenstehendes nationales Recht und verhindern den Erlass von nationalen Regeln, die dem Unionsrecht widersprechen. Dementsprechend hat das Unionsrecht im Fall eines Konflikts mit nationalen Vorschriften einen Anwendungsvorrang.<sup>80</sup>

Zunächst wäre zu prüfen, ob es auf diesem Gebiet Sekundärrecht der EU gibt. Ist das der Fall, ist der Rechtsakt auf einen verbleibenden Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten zu untersuchen. Konkret geht um die Frage, ob ein Rechtsakt zulässigerweise eine abschließende Regelung beabsichtigt und somit eine einzelstaatliche Maßnahme ausschließt. Ausschlaggebend sind dabei die Rechtsgrundlage und die Auslegung des Rechtsakts selbst.

### a) Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie

Die Richtlinie 2009/73/EG (im Folgenden: **Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie**<sup>81</sup>) strebt den „Aufbau eines wirklichen Erdgasbinnenmarktes durch ein in der ganzen Gemeinschaft verbundenes Netz“ an, so Erwägungsgrund 44. Sie steht einem Verbot des Einsatzes fossilen Erdgases in Stromerzeugungsanlagen jedoch nicht entgegen.

Die Richtlinie regelt unter anderem den diskriminierungsfreien Netzzugang, die Anforderungen an die Regulierung der Netze sowie Aspekte des Verbraucherschutzes. Regelungen über die Gase, die im Binnenmarkt transportiert werden, trifft die Richtlinie nur am Rande, indem sie Biogas und Gas aus Biomasse in den Anwendungsbereich aufnimmt, Art. 1 Abs. 2. Sie trifft insbesondere keine Regelung dazu, welche Gase in welchem Umfang in das Netz eingespeist müssen. Die Einspeisung ist in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie geregelt. Dort ist in Art. 20 sogar geregelt, dass die Mitgliedstaaten prüfen, ob es notwendig ist, die bestehende Gasnetzinfrastruktur auszuweiten, um die Einspeisung von Gas aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern.

<sup>80</sup> So bereits EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, S. 1251, 1269.

<sup>81</sup> Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG.

12.05.2021

Im Energiesektor gibt es zudem eine klare Trennung zwischen den einzelnen Marktstufen, also Erzeugung, Transport, Vertrieb und Verwendung. Ein Verbot des Einsatzes fossilen Erdgases in Stromerzeugungsanlagen adressiert die Stufe der Erzeugung, während die Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie den Transport reguliert.

Darüber hinaus spricht Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV den Mitgliedstaaten das Recht zu, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen, ihrer Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur ihrer Energieversorgung zu bestimmen. Eine Auslegung der Regelungen der Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie, welche das Verbot des Einsatzes von Erdgas zur Stromerzeugung verbietet, würde damit im Widerspruch stehen. Die Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie muss in engen Zusammenhang mit Art. 194 AEUV, der die Rechtsgrundlage für die Energiepolitik bildet, verstanden werden. Zwar wurde sie u.a. auf Art. 95 EGV (heute Art. 114 AEUV) gestützt, welcher die Kompetenzgrundlage für Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarkts darstellt. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass Art. 194 AEUV erst nach Erlass der Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie am 01.12.2009 mit dem Vertrag von Lissabon eingeführt wurde. Jedoch wurden die beiden Rechtsakte, welche die Energiebinnenmarkt-Richtlinie änderten, auf Art. 194 Abs. 2 AEUV gestützt.<sup>82</sup>

## b) Emissionshandels- und Industrieemissions-Richtlinie

Fraglich ist zunächst, ob eine nationale Vorgabe, die den Einsatz fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung ausschließt, mit der Emissionshandels-Richtlinie<sup>83</sup> vereinbar wäre.

Die Emissionshandels-Richtlinie dient der Schaffung eines europaweiten Systems über den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten und soll damit in einer kosten- und wirtschaftlich effizienten Weise auf eine Verringerung von Treibhausgasemissionen hinwirken, vgl. Art 1. Nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 unterfallen der Emissionshandels-Richtlinie u.a. Anlagen mit einer Feuerungswärmeleistung von mehr als 20 MW.

Der Emissionshandel stellt das wesentliche Instrument der Europäischen Union zur schrittweisen Reduzierung des Treibhausgasausstoßes dar. Er basiert auf einem marktwirtschaftlichen Ansatz: Für die Betreiber der betreffenden Industrieanlagen wird eine bestimmte Menge von Emissionsberechtigungen festgelegt, die schrittweise abgesenkt wird (sog. „cap“). Die verpflichteten Unternehmen müssen für jede

<sup>82</sup> Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 sowie Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019.

<sup>83</sup> Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 10. 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates.

Tonne CO<sub>2</sub> Emissionszertifikate abgeben und können mit überschüssigen Emissionszertifikaten handeln („trade“). Es stellt sich damit die Frage, ob und inwieweit über das Genehmigungsrecht – als klassisch ordnungsrechtlichem Ansatz – überhaupt noch Maßnahmen in der Zielrichtung des Emissionshandels zulässig sind.

#### aa) Harmonisierungsgrad der Industrieemissions-Richtlinie

Mit der Einführung des Emissionshandels entschied man sich zunächst dafür, die Richtlinie 96/61/EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (im Folgenden: **IVU-Richtlinie**) anzupassen. Art. 9 Abs. 3 dieser Richtlinie wurde dahingehend geändert, dass *„keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen von Treibhausgasen aus Anlagen, die unter die vorliegende Richtlinie fallen, vorgeschrieben werden und dass es den Mitgliedstaaten freisteht, keine Energieeffizienzanforderungen in Bezug auf Verbrennungseinheiten oder andere Einheiten am Standort, die Kohlendioxid ausstoßen, festzulegen.“* Die IVU-Richtlinie wurde dann durch die heutige Industrieemissionshandels-Richtlinie ersetzt. Art. 9 dieser Richtlinie zu „Treibhausgasemissionen“ bestimmt nun:

*„Sind Treibhausgasemissionen einer Anlage in Anhang 1 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.“*

*Den Mitgliedstaaten steht es 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.“*

*Falls erforderlich, wird die Genehmigung durch die zuständigen Behörden entsprechend geändert.“*

Wie aus Art. 9 Abs. 1 der Industrieemissions-Richtlinie folgt, dürfen damit in der Anlagengenehmigung – gemeint ist hier die immissionsschutzrechtliche Genehmigung – keine CO<sub>2</sub>-Grenzwerte aus Klimaschutzgründen festgelegt werden.<sup>84</sup> Denn nach Art. 9 Abs. 1 sind diese nur zulässig, wenn es um die Vermeidung von direkten Emissionen geht, d.h. von Emissionen, die im Einwirkungsbereich der Industrieanlage auftreten können. Wie auch bereits in den Ausführungen zu § 5 Abs. 2 BImSchG dargelegt, bezieht sich Art. 9 Abs. 1 der Industrieemissions-Richtlinie aber nur auf die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten. Dem Wortlaut lässt sich damit nicht entnehmen, dass es den Mitgliedstaaten nicht gestattet ist, generell zu bestimmen, welche

<sup>84</sup> Klinski, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 75.

Energieträger zur Stromerzeugung eingesetzt werden dürfen. Der Wortlaut des Art. 9 der Richtlinie spricht damit grundsätzlich dafür, dass Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, zum Zweck des Klimaschutzes fossile Brennstoffe auszuschließen.<sup>85</sup>

Erwägungsgrund 9 der Industrieemissions-Richtlinie verdeutlicht zudem, dass es vielmehr um die Vermeidung von Doppelregelungen geht:

*„Um Doppelregelungen zu vermeiden, sollte die Genehmigung einer unter die Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft fallenden Anlage keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen von Treibhausgasen gemäß Anhang 1 der genannten Richtlinie enthalten, es sei denn, dies ist erforderlich, um sicherzustellen, dass keine erhebliche lokale Umweltverschmutzung verursacht wird oder wenn eine Anlage aus dem genannten System ausgeschlossen wurde.“*

Damit werden aber nur „strengere“ CO<sub>2</sub>-Grenzwerten ausgeschlossen, nicht aber Maßnahmen anderen Charakters.

Für dieses Verständnis spricht auch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie:

*„Im Einklang mit Art. 193 AEUV des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (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.“*

Daraus folgt, dass der Gesetzgeber der Industrieemissions-Richtlinie keine Sperrwirkung für andersartige nationale Instrumente der Klimaschutzpolitik für die erfassten Anlagen beabsichtigt hat. Denn danach dürfen Mitgliedstaaten „zum Beispiel Vorschriften für die Treibhausgasemissionen“ erlassen und insoweit von Art. 193 AEUV Gebrauch machen.<sup>86</sup>

Für die Zulässigkeit von Festlegungen über die Art der zur Stromerzeugung eingesetzten Brennstoffe sprechen auch Art. 192 Abs. 2 Buchstabe c) AEUV sowie der Zusammenhang mit Art. 8 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie. Art. 192 Abs. 2 AEUV Buchstabe c bestimmt:

<sup>85</sup> Klinski, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 75.

<sup>86</sup> Klinski, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 79.

„Abweichend von dem Beschlussverfahren des Absatzes 1 und unbeschadet des Artikels 114 erlässt der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Europäischen Parlaments, des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen einstimmig

a) ...

b) ...

c) *Maßnahmen, welche die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren.*“

Art. 192 AEUV ist die Kompetenzgrundlage für das Tätigwerden der EU im Bereich des Umweltrechts.<sup>87</sup> Nach Art. 192 Abs. 1 AEUV kann die EU dabei grundsätzlich im regulären Gesetzgebungsverfahren mit Mehrheitsbeschluss tätig werden. Auf dieser Grundlage wurden daher die Emissionshandels- und die Industrieemissions-Richtlinie erlassen. Der zitierte Art. 192 Abs. 2 AEUV nimmt davon allerdings einige Bereiche aus und unterwirft sie einer einstimmigen Beschlussfassung im Rat.<sup>88</sup> Hierzu gehören nach Art. 192 Abs. 2 Buchstabe c) AEUV auch *„Maßnahmen, welche die Wahl eines Mitgliedstaates zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung berühren“*. Dies spricht daher ebenfalls dafür, dass Festlegungen über die Unzulässigkeit des Einsatzes fossiler Brennstoffe auch im Bereich des Emissionshandels zulässig sind, da in den entsprechenden Richtlinien wegen Art. 192 Abs. 2 Buchstabe c) AEUV ein entsprechender Ausschluss auch gar nicht zulässig wäre. Denn bei der hier vorgesehenen Regelung handelt es sich um eine Maßnahme, die die Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen betrifft und die allgemeine Struktur in der Energieversorgung eines Mitgliedstaates berührt.<sup>89</sup>

## bb) Hilfsweise: Schutzverstärkung

Sollte man entgegen dem Wortlaut des Art. 9 der Industrieemissions-Richtlinie auch eine Sperrwirkung im Hinblick auf eine Festlegung der Mitgliedstaaten zu den einsetzbaren Brennstoffen annehmen, wäre zu prüfen, ob eine solche nationale Regelung als schutzverstärkende Maßnahme zulässig wäre.

<sup>87</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, „Das Recht der Europäischen Union, August 2020, Art. 192 AEUV, Rn. 1.

<sup>88</sup> *Callies*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 192 AEUV, Rn. 1-2.

<sup>89</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, „Das Recht der Europäischen Union, August 2020, Art. 192 AEUV, Rn. 81: Eine erhebliche Berührung ist gegeben, wenn die Grundstruktur der Energieversorgung betroffen ist. Dies sei jedenfalls der Fall bei der Verdrängung eines Energieträgers, etwa bei der Regelung des Ausstiegs aus der Atomenergie.

Art. 193 Satz 1 AEUV gibt den Mitgliedstaaten die Befugnis, trotz vorrangiger und bindender gemeinschaftlicher Regelungen „verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen“.

Art. 193 AEUV ist anwendbar, wenn ein Mitgliedstaat eine Rechtsvorschrift des Umweltrechts erlassen will, die mit entgegenstehendem, sekundärem Unionsrecht kollidiert.<sup>90</sup> Dies wäre vorliegend grundsätzlich der Fall, wenn man – anders als nach der hier vertretenen Auffassung – davon ausgehen würde, dass Art. 9 der Industrieemissions-Richtlinie über die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten hinaus auch eine Festlegung der Mitgliedstaaten über die Wahl der einsetzbaren Brennstoffe ausschließen würde. Für eine Anwendbarkeit des Art. 193 AEUV in diesem Kontext spricht auch der bereits erwähnte Erwägungsgrund 10 der Industrieemissions-Richtlinie, der explizit auf Art. 193 AEUV Bezug nimmt.

Darüber hinaus ist Art. 193 AEUV nur anwendbar bei Maßnahmen, die auf Art. 192 AEUV gestützt sind.<sup>91</sup> Diese Voraussetzung wäre hier ebenfalls erfüllt, da sowohl die Emissionshandels- als auch die Industrieemissions-Richtlinie auf Grundlage des Art. 192 Abs. 1 AEUV erlassen wurden.

Art. 193 AEUV setzt weiter voraus, dass eine Maßnahme „schutzverstärkend“ ist. Dies wird nach bisheriger Auffassung dahingehend verstanden, dass es dem nationalen Gesetzgeber darum gehen muss, dieselben Ziele zu verfolgen und die gleiche Ausrichtung zu wählen wie der Unionsrechtsakt, von dem abgewichen wird, und dabei dann höhere Schutzstandards festgelegt werden sollen.<sup>92</sup> Gemeint ist etwa der Fall, dass eine Unionsvorschrift Grenzwerte setzt, die dann der Mitgliedstaat durch strengere Grenzwerte verschärfen würde.<sup>93</sup> Nach überwiegender Auffassung soll es Art. 193 AEUV den Mitgliedstaaten aber gerade nicht ermöglichen, Schutzvorschriften mit andersartigem Sachbezug oder gänzlich andersartigem Schutzinstrumentarium zu treffen.<sup>94</sup> Dies wäre hier grundsätzlich der Fall, da es sich bei Festlegungen über die Wahl der einsetzbaren Brennstoffe um ein ordnungsrechtliches Instrument handelt, sodass bei diesen nicht mit einer intensiver wirkenden, sondern einem gänzlich andersartigem Schutzinstrument als der auf einem marktwirtschaftlichen Ansatz basierende Emissionshandel, operiert werden würde. Etwas anderes soll nach teilweise vertretener Ansicht möglich sein, wenn die Unionsregelung nur ein

---

<sup>90</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, „Das Recht der Europäischen Union, August 2020, Art. 193 AEUV, Rn. 5.

<sup>91</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, „Das Recht der Europäischen Union, August 2020, Art. 193 AEUV, Rn. 7.

<sup>92</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2020, Art. 193 AEUV, Rn. 13.

<sup>93</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2020, Art. 193 AEUV, Rn. 13.

<sup>94</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2020, Art. 193 AEUV, Rn. 13.

bestimmtes Ergebnis, nicht aber ein bestimmtes Konzept vorschreibt.<sup>95</sup> Diese Ausnahme würde hier aber wohl nicht greifen, da Art. 9 der Industrieemissions-Richtlinie explizit auf CO<sub>2</sub>-Grenzwerte abstellt.

Andererseits spricht für die Zulässigkeit ordnungsrechtlicher Maßnahmen auch in diesem Kontext wiederum Erwägungsgrund 10 zu der Industrieemissions-Richtlinie. Denn darin heißt es, dass die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert werden sollen, „zum Beispiel Vorschriften für die Treibhausgasemissionen“ zu erlassen und insoweit „von Art. 193 AEUV“ Gebrauch zu machen. Die Bezugnahme auf Art. 193 AEUV in diesem Erwägungsgrund spricht damit wiederum für eine Zulässigkeit schutzverstärkender Maßnahmen. Darauf käme es aber nur an, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon ausginge, dass sich der Regelungsgegenstand der Emissionshandels- und die Industrieemissions-Richtlinie auch auf die einsetzbaren Brennstoffe erstrecken.

### cc) Harmonisierungsgrad der Emissionshandels-Richtlinie

Ein anderes Ergebnis würde sich nur dann ergeben, wenn der Emissionshandel als abschließende Maßnahme zur Verringerung der CO<sub>2</sub>-Emissionen der betroffenen Anlagen, vorliegend von Kraftwerken zur Stromerzeugung, anzusehen wäre. Es wird teilweise vertreten, dass die Emissionshandels-Richtlinie 2003/87/EG eine abschließende Regelung darstellt.<sup>96</sup> Gegen diese Auffassung spricht jedoch zunächst Erwägungsgrund 23 der Emissionshandels-Richtlinie. Darin wird bestimmt:

*„Der Emissionszertifikatehandel sollte Teil eines umfassenden und kohärenten Politik- und Maßnahmenpakets sein, das auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durchgeführt wird. Unbeschadet der Anwendung der Artikel 87 und 88 des Vertrags können die Mitgliedstaaten bei Tätigkeiten, die unter das Gemeinschaftssystem fallen, die Auswirkungen von ordnungs- und steuerpolitischen sowie sonstigen Maßnahmen prüfen, die auf die gleichen Ziele gerichtet sind.“*

Aus Erwägungsgrund 23 folgt damit zunächst, dass der Emissionshandel nicht als alleiniges Instrument, sondern Teil eines umfassenderen Maßnahmenpakets betrachtet wird, das sich sowohl aus europäischen als auch aus nationalen Maßnahmen zusammensetzt. Dies wird nicht zuletzt dadurch bestätigt, dass etwa mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie bereits diverse weitere Maßnahmen existieren, die auch auf die Vermeidung von Treibhausgasemissionen ausgerichtet sind. Zudem

<sup>95</sup> Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2020, Art. 193 AEUV, Rn. 13.

<sup>96</sup> Stiftung UmwelteNERgierecht, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO<sub>2</sub>-Bepreisung in Deutschland, Oktober 2017, S. 6ff; Spieth, NVwZ 2015, 1173.



sind nach Erwägungsgrund 23 der Richtlinie ausdrücklich „*ordnungs- und steuerpolitische sowie sonstige Maßnahmen*“ der Mitgliedstaaten zulässig.<sup>97</sup> Auch dies spricht dafür, dass dem Emissionshandel keine Begrenzungsfunktion für nationale Klimaschutzinstrumente zukommen soll.<sup>98</sup> Gegen eine abschließende Wirkung des Emissionshandels spricht darüber hinaus, dass den Mitgliedstaaten explizit offen gehalten wurde zu entscheiden, ob sie für ETS-Anlagen nationale Energieeffizienzanforderungen bei der Anlagengenehmigung aufstellen oder nicht (vgl. Art. 9 Abs. 2 Industrieemissionshandels-Richtlinie).

### c) **Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie**

Für die europarechtliche Zulässigkeit einer Null-Emissions-Regelung spricht darüber hinaus Art. 8 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie.<sup>99</sup> Diese Richtlinie dient gemäß Erwägungsgrund 23 der Schaffung eines gemeinsamen europäischen Binnenmarktes für Elektrizität. Art. 8 bestimmt zu Genehmigungsverfahren für neue Kapazitäten:

*„(1) Für die Schaffung neuer Erzeugungskapazitäten beschließen die Mitgliedstaaten ein Genehmigungsverfahren, das nach objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien anzuwenden ist.*

*(2) Die Mitgliedstaaten legen die Kriterien für die Erteilung von Genehmigungen zur Schaffung von Erzeugungskapazitäten in ihrem Hoheitsgebiet fest. Bei der Festlegung geeigneter Kriterien tragen die Mitgliedstaaten folgenden Aspekten Rechnung:*

- a) Sicherheit und Sicherung der elektrischen Systeme, Anlagen und zugehörigen Ausrüstungen,*
- b) Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der öffentlichen Sicherheit,*
- c) Umweltschutz,**
- d) Flächennutzung und Standortwahl,*
- e) Gebrauch von öffentlichem Grund und Boden,*
- f) Energieeffizienz,*
- g) Art der Primärenergieträger,**

<sup>97</sup> *Stiftung Umweltenergierecht*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO<sub>2</sub>-Bepreisung in Deutschland, Oktober 2017, S. 6.

<sup>98</sup> *Klinski*, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, 2015, S. 81.

<sup>99</sup> Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2019 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2012/27/EU.

*h) – i) [...]*

*j) Beitrag der Erzeugungskapazitäten zum Erreichen des in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates (19) genannten Unionsziels, bis 2030 mindestens 32 % des Bruttoendenergieverbrauchs der Union durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken,*

*k) Beitrag von Erzeugungskapazitäten zur Verringerung der Emissionen."*

Art. 8 Abs. 1 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zunächst dazu, ein Genehmigungsverfahren für den Bau neuer Stromerzeugungsanlagen zu beschließen. Hierbei sind von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie geeignete Kriterien – das sind hier die Genehmigungsvoraussetzungen – festzulegen, wobei bei deren Festlegung den in Abs. 2 Buchstabe a) ff. aufgeführten Aspekten Rechnung zu tragen ist. Sie müssen nicht jeden einzelnen Aspekt in ihren Kriterien aufstellen, sind jedoch dazu verpflichtet, alle Aspekte bei der Festlegung der Genehmigungsvoraussetzungen zu würdigen.<sup>100</sup> Zu diesen Aspekten zählen explizit auch der Umweltschutz sowie die Art der eingesetzten Energieträger. Die Norm bestätigt damit ebenfalls, dass die Genehmigungserteilung auch von der Art der eingesetzten Energieträger und deren Klimaschädlichkeit abhängig gemacht werden kann.

Die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie wird bisher überwiegend im EnWG auf nationaler Ebene umgesetzt. Art. 49 EnWG enthält dabei allgemeine Anforderungen für Errichtung und Betrieb von Energieanlagen, ohne jedoch Vorgaben im Hinblick auf das Genehmigungsverfahren zu machen. Letzteres ist vielmehr im BImSchG angesiedelt, soweit die Anlage nach diesem Gesetz genehmigungsbedürftig ist. Wie bereits dargelegt, gehören dabei Aspekte wie die Art der eingesetzten Energieträger oder der Beitrag zu den Ausbauzielen erneuerbaren Energien bisher nicht zum Prüfprogramm der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.<sup>101</sup>

#### **d) Energieeffizienz-Richtlinie**

Gestützt auf Art. 194 Abs. 2 AEUV wurde die Richtlinie 2012/27/EU<sup>102</sup> (im Folgenden: **Energieeffizienz-Richtlinie**) erlassen. Mit der Richtlinie wurden sektorenübergreifende Regelungen zur Steigerung der Energieeffizienz auf europäischer Ebene be-

<sup>100</sup> Däuper/Voß, ZNER 2012, 119 (121).

<sup>101</sup> Vgl. dazu Teil 3A.1.

<sup>102</sup> Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG.

geschlossen. Zweck der Richtlinie ist es, in den Mitgliedstaaten für eine Energieeinsparung durch Energieeffizienz zu sorgen. Die Maßnahmen zur Förderung sollen sicherstellen, dass das übergeordnete Ziel der Union zur Energieeffizienzverbesserung erreicht wird. Bis 2020 lag dieses Ziel bei 20 %. Durch die Richtlinie (EU) 2018/2002 wurde bis 2030 ein neues Ziel von 32,5 % festgelegt.

Der Anhang IV enthält eine Aufzählung des Energiegehalts bestimmter Brennstoffe für den Endverbrauch. Diese stellen Umrechnungsfaktoren nach Art. 7 Abs. 5 Satz 2 der Richtlinie dar, die bei der Berechnung der Energieeinsparung zugrunde zu legen sind. Aussagen zu ihrer Zulässigkeit oder ihrer fossilen oder nichtfossilen Herkunft werden damit jedoch nicht getroffen.

Die Zulässigkeit bestimmter Brennstoffe in Stromerzeugungsanlagen wird in den vorgenannten Richtlinien damit nicht geregelt. Abschließende europäische Regelungen werden damit nicht getroffen. Damit ergeben sich aus dieser Richtlinie keine relevanten Beschränkungen.<sup>103</sup>

## 2) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht

Auch wenn keine abschließende sekundärrechtliche Regelung der Maßnahme entgegensteht, ist ihre Vereinbarkeit mit den Verträgen zu prüfen. Insbesondere der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ist weiterhin eröffnet.

### a) Warenverkehrsfreiheit

#### aa) Anwendungsbereich

Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV verbietet mengenmäßige Beschränkungen der Einfuhr von Waren sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Nach der Definition des EuGH sind Waren körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.<sup>104</sup> Der Elektrizität fehlt die insoweit erforderliche Körperlichkeit. Der EuGH legt das Merkmal der Körperlichkeit allerdings weit aus. Dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit können daher auch Gase, Flüssigkeiten oder Elektrizität unterfallen.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> So auch vgl. Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 54.

<sup>104</sup> EuGH, Urteil vom 14.07.1977, RS 1/77 - Bosch./HZA Hildesheim; EuGH, Urteil vom 10.12.1968 RS 7/68 - KOM./Italien.

<sup>105</sup> *Leible/T. Streinz*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 27.04.1994, C-393/92, „Almelo“; EuGH, Urteil vom 13.02.2011, C-379/08, „Preussen Elektra“; EuGH, Urteil vom 01.07.2014, C-573/12, „Ålands Vindkraft“.

Schließlich ist die Anwendung der Warenverkehrsfreiheit ausgeschlossen, sofern die Maßnahme in einem Bereich erfolgt, der auf europäischer Ebene abschließend harmonisiert ist.<sup>106</sup> Eine solche Harmonisierung liegt hier aber nicht vor. Wie bereits dargelegt, gibt es weder in der Industrie- noch in der Emissionshandels-Richtlinie eine Vorgabe, die eine nationale Regelung über die zur Stromerzeugung einsetzbaren Stoffe abschließend festlegt.

Erforderlich ist zudem ein grenzüberschreitender Bezug. Lediglich dann, wenn das Verbot des Einsatzes fossiler Energieträger in Stromerzeugungsanlagen in Deutschland keinerlei grenzüberschreitende Bezüge aufweist, wäre der Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV nicht eröffnet. Nicht umfasst vom Schutzbereich Art. 34 AEUV sind die Fälle einer Inländerdiskriminierung.<sup>107</sup> Die geplante Regelung würde darüber hinaus auch einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, da von ihr auch ausländische Unternehmen, die auf dem deutschen Markt tätig sind, betroffen sein können.

## **bb) Beschränkung**

Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit kann durch jede staatliche Maßnahme in Form einer mengenmäßigen Ein- oder Ausfuhrbeschränkung sowie einer Maßnahme gleicher Wirkung erfolgen.

### **(1) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung**

Unter einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung ist jede Maßnahme zu verstehen, mit der die Einfuhr einer Ware entweder vollständig oder nach Menge, Wert oder Zeitraum begrenzt wird.<sup>108</sup>

Eine Null-Emissions-Regelung stellte jedoch keine Einfuhrbeschränkung in diesem Sinne dar, weil sie nicht die Einfuhr von fossilen Brennstoffen unmittelbar verbieten oder diese nach Menge, Wert oder Zeitraum ausdrücklich begrenzen würde.

### **(2) Maßnahme gleicher Wirkung**

Fraglich ist aber, ob es sich um eine *Maßnahme gleicher Wirkung* handeln würde. Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist nach der Dassonville-Entscheidung des EuGH

<sup>106</sup> Leible/T. Streinz, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV, Rn. 42.

<sup>107</sup> Vgl. Ludwigs, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Grundregeln Rn. 38.

<sup>108</sup> Leible/Streinz in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EL 55 Januar 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 55.

12.05.2021

jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar, mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.<sup>109</sup> Diese weite Auslegung erfuhr durch das Keck-Urteil eine Einschränkung.<sup>110</sup> Danach ist zwischen produktbezogenen Maßnahmen und Verkaufsmodalitäten zu unterscheiden. Produktbezogene Maßnahmen betreffen unter anderem die Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung von Waren.<sup>111</sup> Bestimmte Verkaufsmodalitäten, die für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und die den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren, sind keine Maßnahmen gleicher Wirkung.<sup>112</sup> Dabei geht es in erster Linie um Regelungen, die die Art und Weise des Vertriebs eines Produkts regeln. Daneben unterfallen auch Verwendungsverbote aufgrund nationaler Bestimmungen Art. 34 AEUV.<sup>113</sup> Jedoch nicht unter Art. 34 AEUV fallen sollen nach Entscheidungen des EuGH Nutzungsmodalitäten, bei denen durch nationales Recht eine bestimmte Art und Weise der Nutzung eines Produkts verboten wird.

Eine Verkaufsmodalität liegt wohl nicht vor, da nicht nur die Art und Weise des Vertriebes von Brennstoffen geregelt würden, sondern konkrete Anforderungen an deren Eigenschaft gestellt würden. Es handelte sich somit um eine produktbezogene Maßnahme. Solche Maßnahmen können nach der Dassonville-Formel eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen. Da vorgesehen ist, dass diese Brennstoffe, soweit fossiler Herkunft, ab einem bestimmten Zeitpunkt im Grundsatz<sup>114</sup> nicht mehr zur Stromerzeugung eingesetzt werden dürfen, spricht viel dafür, dass die geplante Regelung auch geeignet wäre, den Handel mit den von der Regelung betroffenen Brennstoffen zumindest potentiell zu behindern.

### cc) Rechtfertigung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann eine nationale Regelung, die eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen darstellt (davon wird im vorliegenden Fall auszugehen sein), durch einen der in Art. 36 AEUV genannten Gründe oder durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss

<sup>109</sup> EuGH, Urteil vom 11.07.1974, RS 8/74 - Dassonville.

<sup>110</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verb. RS C-267 u. C-268/91 - Keck und Mithouard.

<sup>111</sup> Schröder, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 34 Rn. 50.

<sup>112</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verb. RS C-267 u. C-268/91, Rn. 16 - Keck und Mithouard.

<sup>113</sup> EuGH, Urteil vom 10.04.2008, RS C -265/06 - Kommission./Portugal.

<sup>114</sup> Ausnahmen ergeben sich, wenn keine Emissionen beim Einsatz von fossilem Brennstoff wegen Verwendung einer CO<sub>2</sub>-Bindungstechnologie wie CCS oder CCU entstehen.

in beiden Fällen die nationale Maßnahme geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten und darf nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist.

### (1) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Fraglich ist zunächst, ob der in Art. 36 AEUV ausdrücklich genannten Rechtfertigungsgrund „*Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren*“ herangezogen werden kann. Der Katalog in Art. 36 AEUV ist abschließend und wird vom EuGH in ständiger Rechtsprechung restriktiv ausgelegt.<sup>115</sup>

Eine Rechtfertigung danach würde voraussetzen, dass die Null-Emissions-Regelung dem spezifischen Schutz der Gesundheit von Tieren und Pflanzen dient.<sup>116</sup> Notwendig ist bei einer Rechtfertigung aufgrund des Gesundheitsschutzes etwa die Darlegung, dass eine tatsächliche Gesundheitsgefahr besteht.<sup>117</sup> Nach dem Vorsorgeprinzip können Mitgliedstaaten Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass Vorhandensein und Ausmaß dieser Gefahren eindeutig dargelegt sind. Die Risikobewertung darf allerdings nicht auf rein hypothetische Erwägungen gestützt werden und muss auf den konkreten Einzelfall bezogen sein.<sup>118</sup> Eine einzelstaatliche Regelung muss jedoch unmittelbar und konkret auf den Schutz des Lebens und der Gesundheit gerichtet sein.<sup>119</sup>

Zwar können mit dem geplanten grundsätzlichen, aber wie dargelegt eingeschränkten Verbot des Einsatzes fossiler Energieträger, Treibhausgasemissionen gesenkt und damit die Gefahren des Klimawandels bekämpft werden. Es erscheint allerdings schwer begründbar, dass die Regelung konkret und unmittelbar nur darauf zielt, dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren zu dienen, auch wenn sie dazu zweifellos geeignet wäre. Aus diesem Grund könnte es nach Einschätzung der Gutachter jedenfalls angreifbar sein, bei der Rechtfertigung allein auf Art. 36 AEUV abzustellen.

### (2) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Der EuGH erkennt darüber hinaus aber auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe an. Voraussetzung einer Rechtfertigung danach ist, dass die nationale Regelung keine offene Diskriminierung darstellt und durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist.

<sup>115</sup> EuGH, Urteil vom 19.12.1961, RS 7/61 - KOM./Italien; EuGH, Urteil vom 25.01.1977, RS 46/76 - Bauhuis.

<sup>116</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, August 2020, Art. 36 AEUV, Rn. 24.

<sup>117</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 71. EL August 2020, AEUV Art. 36 Rn. 23.

<sup>118</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 71. EL August 2020, AEUV Art. 36 Rn. 23.

<sup>119</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 71. EL August 2020, AEUV Art. 36 Rn. 24.

**(a) Keine offene Diskriminierung**

Die Null-Emissions-Regelung kann durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nur gerechtfertigt werden, wenn es inländische und EU-ausländische Energieerzeuger gleichermaßen erfasst. Andernfalls kann die Maßnahme nur nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden. Dies ist jedoch der Fall, da die Regelung Unternehmen unabhängig von ihrer Herkunft erfassen soll und damit nicht offen diskriminierend ist.

**(b) Umweltschutz als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls**

Es ist daher zu prüfen, ob „zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls“ als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe hier eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit erlauben.

In dem Urteil Cassis de Dijon hat der EuGH festgestellt, dass Maßnahmen gleicher Wirkung gerechtfertigt sind, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.<sup>120</sup> Im Laufe der Zeit hat der EuGH diese „zwingenden Erfordernisse“ im Rahmen einer richterlichen Rechtsfortbildung ausgestaltet. Erforderlich ist, dass es sich um unionsrechtlich anerkannte Gründe handeln muss.<sup>121</sup>

In Betracht kommt hier der Umweltschutz. Umweltschutz ist ein wesentliches Ziel der Union (Art. 3 Abs. 3 S. 2 AEUV) und ist unter Hinweis auf das entsprechende Primärrecht vom EuGH in ständiger Rechtsprechung als zwingendes Erfordernis anerkannt.<sup>122</sup> Art. 11 AEUV fordert eine Beachtung der Belange des Umweltschutzes bei der Umsetzung von Unionspolitik ein und Art. 191 UAbs. 2 Abs. 1 S. 1 und Art. 114 Abs. 3 AEUV implizieren ein hohes Schutzniveau.

Die Bedeutung des Umweltschutzes als wichtiges Ziel der Union und die Notwendigkeit der Reduzierung von Treibhausgasemissionen im Verkehrssektor wird zudem durch die Europäische Klimaschutzverordnung (EU) 2018/842 zum Ausdruck gebracht, mit der sich die Mitgliedstaaten verpflichtet haben, ihre Treibhausgasemissionen zu reduzieren.

---

<sup>120</sup> EuGH, Urteil vom 20.02.1979, RS C-120/78 -- Cassis de Dijon.

<sup>121</sup> EuGH, Urteil vom 22.01.2002, RS C-390/99 - Canal Satélite Digital.

<sup>122</sup> Siehe nur EuGH, Urteil vom 13.03.2001, RS C-379/98 - PreussenElektra.

Ein Ausschluss des Einsatzes fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung dient unzweifelhaft dem Umweltschutz, so dass viel dafür spricht, dass ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit jedenfalls darüber rechtfertigbar wäre.

### (3) Verhältnismäßigkeit

Die Regelung müsste schließlich auch verhältnismäßig sein.<sup>123</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient als Korrektiv für Beschränkungen der Grundfreiheiten. Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss in beiden Fällen die nationale Maßnahme geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten und darf nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist.<sup>124</sup>

Es ist Aufgabe des jeweiligen Mitgliedstaates, die Verhältnismäßigkeit darzulegen und Untersuchungen anzuführen, die gegebenenfalls behauptete Beiträge einer Maßnahme zum Gemeinwohl und zur Förderung der von ihnen angeführten Gründe im behaupteten Umfang belegen. Wissenschaftliche Nachweise zur Verhältnismäßigkeit einer Null-Emissions-Regelung werden sich vornehmlich auf die Erforderlichkeit und Angemessenheit, insbesondere in ökonomischer Hinsicht, beziehen müssen. Aus den Rechtsakten der Union ergibt sich bereits, dass alternative Antriebe und Brennstoffe gefördert werden sollen, etwa durch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie und ihr Beitrag zum Umweltschutz und dem Erreichen der Klimaschutzziele somit anerkannt sind.

#### (a) Legitimer Zweck

Hierfür müsste diese zunächst einem legitimen Ziel dienen. Ein Verbot fossiler Brennstoffe im beschriebenen Umfang würde das Ziel verfolgen, den damit verbundenen Treibhausgasausstoß zu reduzieren und die Transformation zu einem klimaneutralen Gesamtsystem zu bewirken. Sie dient damit dem Umweltschutz als legitimes Ziel.

#### (b) Geeignetheit

Die Regelung müsste auch geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie zu der Erreichung des angestrebten Ziels tauglich ist. Dabei ist den Mitgliedstaaten ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen.

Mit 305 von 858 Mio. t CO<sub>2</sub>-Äquivalente entfielen mehr als ein Drittel der gesamten THG-Emissionen des Jahres 2018 auf die Erzeugung von Strom und Fernwärme in

<sup>123</sup> Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 36 AEUV, Rn. 36.

<sup>124</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 3.12.2019, RS C-482/17 - Tschechische Republik./Parlament und Rat.



öffentlichen Kraftwerken sowie auf die Herstellung von Kohle- und Mineralölprodukten. Mit der Beendigung der Kohleverstromung, einem Ausbau Erneuerbarer Energien im Stromsektor und in den Wärmenetzen sowie einem Einstieg in die Wasserstoffnutzung in Gaskraftwerken können die Emissionen alleine bis zum Jahr 2030 von 305 auf 98 Mio. t CO<sub>2</sub>-Äquivalente gedrittelt werden.<sup>125</sup>

Daher ist die Einführung einer Null-Emissions-Regelung geeignet, die Umweltbelastungen durch den Energiesektor bei der Stromerzeugung zu reduzieren und so die Ziele des Klima- und Umweltschutzes zu erreichen.

### (c) **Erforderlichkeit**

Die Regelung ist wohl auch erforderlich, da ein milderer und gleich wirksames Mittel nicht gegeben ist. Zwar existieren mit dem Emissionshandel und der Förderung erneuerbaren Energien auch andere Instrumente, die denselben Zweck verfolgen. Der europäische Emissionshandel ist für sich genommen aber bisher nicht ausreichend, die erforderlichen Investitionen in klimaneutrale Technologien anzureizen und wäre damit jedenfalls aus heutiger Perspektive kein gleich wirksames Instrument. Dies gilt auch, da der Emissionshandel gar nicht auf den Ausschluss fossiler Energieträger angelegt ist. Zur Förderung von Investitionen in erneuerbare, CO<sub>2</sub>-freie Stromerzeugungstechnologie dient freilich auch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie.

Allerdings darf davon ausgegangen werden, dass mit dieser Förderung der Zustand der zur Erreichung der Paris-Ziele erforderlichen Begrenzung der Erderwärmung allein nicht erreicht werden könnte, wenn nicht zugleich durch ein solches Verbot des Einsatzes fossiler Energieträger hier in der deutschen Stromerzeugung auch verbleibende stromerzeugungsbedingte CO<sub>2</sub>-Emissionen verhindert werden.

### (d) **Abwägung zwischen Eingriffsschwere und Schutzgewinn**

Anders, als nach der Grundrechtsdogmatik des Grundgesetzes führt der EuGH bereits im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung eine Güterabwägung durch.<sup>126</sup> Im Rahmen dieser Güterabwägung wird die abstrakte Wichtigkeit des Schutzgutes, die Intensität der beschränkenden Maßnahme und die Besonderheit des Einzelfalls berücksichtigt.<sup>127</sup>

Die Regelung dürfte darüber hinaus auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Denn sie verfolgt mit dem Umweltschutz und der Begrenzung der letztlich lebens-

<sup>125</sup> Vgl. *Prognos/Öko-Institut/Wuppertal-Institut*, Klimaneutrales Deutschland 2050, 2020, S. 49 ff.

<sup>126</sup> *Schroeder* in: *Streinz, EUV, AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 36 AEUV, Rn. 56.

<sup>127</sup> *Leible/T.Streinz*, aaO, Art. 36 AEUV, Rn. 125.

12.05.2021

vernichtenden Erderwärmung ein Ziel von überragender Bedeutung für die einzelnen Mitgliedstaaten und die Union. Darüber hinaus könnten die betroffenen Erzeugungsanlagen, wie dargestellt, weiterhin mit erneuerbaren Brennstoffen oder sogar mit fossilen Brennstoffen betrieben werden, wenn sie die CCS/CCU-Verfahren anwenden.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Insgesamt erschiene ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit über eine Maßnahme gleicher Wirkung im Ergebnis also als rechtfertigbar, so dass nach Einschätzung der Gutachter die Warenverkehrsfreiheit letztlich der Schaffung einer solchen Regelung nicht im Wege stehen sollte.

#### **b) Niederlassungsfreiheit**

##### **aa) Anwendungsbereich**

Die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV schützt nicht nur vor Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern verbietet auch Maßnahmen, welche die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit behindern oder weniger attraktiv machen.<sup>128</sup> Allerdings gibt die Niederlassungsfreiheit ihrem Träger nicht das Recht, sich gegen jedwede Vorschrift seines Aufnahmestaates zu wenden, sofern sie nicht diskriminierenden Charakter hat. Die Fallkonstellationen der Niederlassungsfreiheit kommen dann zur Anwendung, in denen nationale Maßnahmen substantiell den Marktzutritt behindern.<sup>129</sup> Dabei ist entscheidend, dass zwischen einer Beschränkung und einem grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang noch ein eindeutiger Ursachenzusammenhang besteht. Vorschriften, die diesen Zusammenhang nicht erfüllen, stellen keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>130</sup>

Inwieweit Vorschriften, die den rechtlichen Rahmen für die Ausübung der Tätigkeit im Aufnahmestaat regeln, als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 49 AEUV verstanden werden sollen, ist noch nicht endgültig vom EuGH entschieden. Die Rechtsprechung des EuGH stellt darauf ab, ob zwischen einer Beschränkung und einem grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang noch ein eindeutiger Ursachenzusammenhang besteht.<sup>131</sup> Der Marktzugang ist hingegen dann betroffen und damit das Beschränkungsverbot grundsätzlich anwendbar,

<sup>128</sup> Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EL 66 Februar 2019, Art. 49 AEUV Rn. 89 ff.

<sup>129</sup> Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 49 AEUV Rn. 58.

<sup>130</sup> Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze, 7. Aufl. 2015, Art. 49 Rn. 112 f.

<sup>131</sup> Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze, 7. Aufl. 2015, Art. 49 Rn. 112.

wenn aus der Anwendung der Vorschriften des Aufnahmestaates Doppelbelastungen für den Niederlassungswilligen erwachsen.<sup>132</sup> Im Gegenzug spricht vieles dafür, dass grundsätzlich Regelungen, die spezifische Vorgaben für die Ausübung einer Tätigkeit vorsehen, nicht als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen sind.<sup>133</sup>

Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit besteht darin, eine freie Standortwahl im Binnenmarkt zu ermöglichen. Sie hat hingegen nicht den Zweck, die Standortbedingungen, die für die Wahl der Niederlassung den Bezugspunkt bilden, nachträglich zu modifizieren.<sup>134</sup> Denn es wäre widersprüchlich, einen bestimmten Mitgliedstaat aufgrund seiner günstigen Produktionsbedingungen auszusuchen, sich aber wegen dessen nachteiliger Faktoren auf die Heimatrechtsordnung berufen zu wollen.<sup>135</sup>

## bb) Beschränkung

Überträgt man diese Grundsätze auf die geplante Maßnahme, so spricht vieles dafür, dass es sich bei dem Verbot fossiler Brennstoffe nicht um Maßnahmen handelt, die unmittelbar den Marktzugang behindern. Im Fall eines Verbots fossiler Brennstoffe könnte daran gedacht werden, dass so für Hersteller dieser Stoffe oder den Produktionsanlagen, die diese einsetzen, die Ansiedlung mittelbar beschränkt wird, da die Produkte, hier fossile Brennstoffe in Stromerzeugungsanlagen wie insbesondere fossiles Erdgas, in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht mehr oder gegebenenfalls weitgehend nicht mehr eingesetzt werden dürfen.<sup>136</sup> Jedoch entstehen nach unserer Einschätzung für die Niederlassungswilligen keine Doppelbelastungen. Es fehlt auch an einer diskriminierenden Wirkung, da die Bestimmungen nicht nur für den Niederlassungswilligen gelten, sondern gleichermaßen auch für Inländer. Darüber hinaus ist kein Ursachenzusammenhang zwischen dem geplanten Verbot fossiler Brennstoffe und dem grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang festzustellen.

## cc) Rechtfertigung

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit annehmen wollte, käme der Umweltschutz als anerkannter zwingender Grund des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung in Betracht. Im Rahmen

---

<sup>132</sup> Ludwigs, in: Dausies/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 42 August 2017.

<sup>133</sup> Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EL 66 Februar 2019, Art. 49 AEUV Rn. 89 ff.

<sup>134</sup> Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EL 66 Februar 2019, Art. 49 AEUV Rn. 112.

<sup>135</sup> Müller-Graf, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 49 AEUV, Rn. 5.

<sup>136</sup> Ausnahmetatbestände für regenerative Brennstoffe, CCS, CCU wären denkbar.

der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind dann die oben genannten Aspekte zu beachten.<sup>137</sup> Unter Berücksichtigung dieser Punkte halten wir eine Rechtfertigung einer solchen Maßnahme für möglich.

### 3) Zwischenergebnis

Die geprüfte Regelung wäre damit voraussichtlich mit dem Unionsrecht vereinbar. Sowohl die Emissionshandels- als auch die Industrieemissionshandels-Richtlinie enthalten keine gesetzliche Vorgabe, die die Möglichkeit der Mitgliedstaaten beschränken würde, den Einsatz fossiler Brennstoffe auszuschließen. Dies wäre wohl auch kompetenzrechtlich wegen Art. 192 Abs. 2 AEUV nicht zulässig. Hierfür spricht auch die Regelung in Art. 194 Abs. 2 AEUV. Gleiches gilt für die Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie in Bezug auf das Verbot des Einsatzes fossilen Erdgases. Art. 9 Abs. 1 der Industrieemissions-Richtlinie bezieht sich darüber hinaus auch nur auf die Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten. Etwaige Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit wären – sofern diese überhaupt vorliegen würden – nach unserer Einschätzung im Ergebnis durch die große Bedeutung des Umweltschutzes, der den Aspekt des Klimaschutzes umfasst, rechtfertigbar.

### III. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht

Eine derartige Regelung müsste zudem formell und materiell mit dem Grundgesetz vereinbar sein.

#### 1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

##### a) Gesetzgebungskompetenz

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft. Davon umfasst sind gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ausdrücklich auch die Bereiche der Industrie und der Energiewirtschaft. Das Recht der Wirtschaft wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt und umfasst alle Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regeln.<sup>138</sup> Die Norm muss dabei insbesondere auf die Steuerung und Lenkung des Wirtschaftslebens insgesamt ausgerichtet sein.<sup>139</sup> Vorliegend soll eine Regelung geschaffen werden, die den Einsatz fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung im Grundsatz verbietet. Dies würde sich unmittelbar auf die wirtschaftliche Tätigkeit der betroffenen Kraftwerksbetreiber auswirken.

---

<sup>137</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.2)a)cc)

<sup>138</sup> BVerfGE 55, 274/308; Jarass, in: Jarass, GG, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 74, Rn. 19 m.w.N.

<sup>139</sup> BVerfGE 11, 105/110 ff; Jarass, in: Jarass, GG, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 74, Rn. 19 m.w.N.

Für das gesamte Bundesimmissionsschutzgesetz ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz letztlich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG. Hiernach hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz unter anderem für die Luftreinhaltung (und die Lärmbekämpfung). Auf diese Kompetenznorm stützt sich der größte Teil der Bestimmungen des BImSchG.<sup>140</sup> Luftreinhaltung ist der Schutz vor und die Beseitigung von Verunreinigungen der Luft, d.h. Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung der Luft. Zwar ist Klimaschutz mehr als Schutz vor Luftverschmutzung. Dennoch dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass auch die Vermeidung des Treibhausgases Kohlendioxid (neben anderen Treibhausgasen wie Methan etc.) zum legitimen und kompetenzmäßigen Regelungsgegenstand des Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG gehört<sup>141</sup>, auch wenn die CO<sub>2</sub>-Emissionen als Bestandteil der natürlichen Luftzusammensetzung betrachtet werden. Daher ist davon auszugehen, dass von dem Kompetenztitel auch der Klimaschutz umfasst sein kann, da Luftreinhaltung auch den Schutz der Atmosphäre umfasst, was wiederum den Klimaschutz einschließt.<sup>142</sup>

Festgehalten werden kann insgesamt, dass der Bund für sämtliche denkbaren Regelungen über die konkurrierende oder gar über die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz verfügt.

Soweit, wovon hier ausgegangen wird, die Maßnahme auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gestützt wird, so ist Art. 72 GG auch im Übrigen zu beachten. Die besondere Rechtfertigung nach Art. 72 Abs. 2 GG ist lediglich im Bereich des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), nicht aber im Bereich des Schutzes der Luftreinhaltung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) erforderlich. Jedoch lassen sich die Voraussetzungen, wonach zur Herstellung gleicher Lebensverhältnisse oder zur Wahrung der Rechts- bzw. Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich ist, mit dem übergreifenden Ziel des Klimaschutzes, das ein über die Ländergrenzen hinausgehendes Ziel ist, ohne weiteres rechtfertigen.

## b) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die formell-rechtmäßige Ausgestaltung einer Null-Emissions-Regelung möglich.

---

<sup>140</sup> Jarass, BImSchG, Kommentar, 13. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 29: „Für Regelungen zum Schutz vor Immissionen verfügt der Bund im Bereich der *Luftreinhaltung* und des *Lärmschutzes* in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG über eine grundsätzlich umfassende (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz, auch für nichttechnische Einrichtungen (Kotulla KO Einf. 166).“

<sup>141</sup> Pieroth, GG, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 74 Rn. 69.

<sup>142</sup> Jarass, in: Jarass, GG, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 74, Rn. 60; BT-Drs. 16/2709, 15.

## 2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Der Schwerpunkt der Verfassungsmäßigkeit der Regelung liegt im Bereich des materiellen Verfassungsrechts, insbesondere in der Wahrung der Grundrechte der Betroffenen.

Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den unterschiedlichen Betroffenen. Soweit Privatpersonen ohne wirtschaftliche Aktivitäten Verpflichtungen unterliegen oder, soweit grundrechtlich relevant, von den Auswirkungen der Bestimmungen erfasst werden, ist neben dem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) (nur) die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG berührt. Soweit solche Personen und Grundrechtsträger betroffen sind, die wirtschaftliche Aktivitäten entfalten, sind die Maßnahmen sowohl am Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) als auch am Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

Innerhalb der Grundrechtsprüfung ist zwischen den Grundrechten gewerblicher Produzenten der Kraftstoffe, der gewerblichen Nutzer derselben sowie der privaten Nutzer derselben zu unterscheiden.

Nicht behandelt werden sollen im vorliegenden Falle die Grundrechte derjenigen Personen, die – umgekehrt – von einem gesetzgeberischen Unterlassen betroffen wären, also von unzureichenden Klimaschutzregelungen.<sup>143</sup>

### a) Eigentumsgarantie

#### aa) Schutzbereich

Art. 14 Abs. 1 Satz. 1 GG schützt das Eigentum. Hierbei knüpft der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff grundsätzlich an den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff an, geht aber weiter als dieser. Denn Art. 14 GG schützt grundsätzlich jedes vom einfachen Gesetzgeber gewährte konkrete vermögenswerte Recht,<sup>144</sup> das dem Berechtigten von der Rechtsordnung so zugeordnet wird, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.<sup>145</sup> Art. 14 Abs. 1 GG „gewährleistet das Recht, die geschützten ver-

<sup>143</sup> Vgl zu dieser Problematik in ihrer zeitlichen Dimension wegweisend BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20; zuvor zur Frage gesetzgeberischen Unterlassens bereits VG Berlin, Urteil vom 31.10.2019, 10 K 412.18, NVwZ 2020, 88; Spieth/Hellermann, NVwZ 2020, 1405 (1406 ff.).

<sup>144</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.01.1991 – 1 BvR 929/89; BVerfG, Urteil vom 08.04.1997 – 1 BvR 48/94; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Auflage 2016, Art. 14 Rn. 4.

<sup>145</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.01.2006 - 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (111) = NJW 2006, 1191 (1192).

12.05.2021

*mögenswerten Rechte innezuhaben, zu nutzen, zu verwalten und über sie zu verfügen*<sup>146</sup> Mithin geschützt ist auch die *Nutzung* der eigentumsrechtlichen Position (der Gebrauch).<sup>147</sup>

Geschützt werden damit allein der Bestand des Eigentums und die Ausübung der damit verbundenen Befugnisse. Bloße Gewinnchancen oder auch nur die Erhaltung des Wertes werden von Art. 14 GG hingegen nicht geschützt.<sup>148</sup> Anders ausgedrückt: Art. 14 GG schützt das Erworbenene, nicht den Erwerb.

In der hiesigen Konstellation sind dabei zunächst das Eigentum und der Besitz der Kraftwerksbetreiber an den Produktionsanlagen (Kraftwerken) relevant. Deren Nutzung gehört grundsätzlich zum grundrechtlich geschützten Eigentumsrecht nach Art. 14 GG. Die Genehmigung selbst ist dabei aber kein von der Eigentumsgarantie geschütztes Recht.<sup>149</sup> Art. 14 GG schützt nicht die Genehmigung als solche, sondern nur die aufgrund der Genehmigung geschaffene Vermögensposition.<sup>150</sup> Damit stellt jedenfalls die auf Grundlage der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung errichtete und in Betrieb genommene Anlage eine von Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition dar.<sup>151</sup>

Ob darüber hinaus ein Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs zu den schutzfähigen Rechtspositionen des Art. 14 GG gehört, hat das BVerfG bislang offen gelassen.<sup>152</sup> Der Bundesgerichtshof (im Folgenden: **BGH**) geht allerdings in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch dieses von Art. 14 GG geschützt wird.<sup>153</sup> Mit dem Gewerbebetrieb ist die Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel zu schützen, die in der Hand des Betriebsinhabers zu einem einheitlichen Organismus zusammengefasst sind wie zum Beispiel auch tatsächliche Gegebenheiten wie die Marktstellung eines Unternehmens.<sup>154</sup> Grundrechtlich geschützt wird insoweit nur die Substanz des Gewerbebetriebs, nicht die damit ver-

<sup>146</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.01.2006 - 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (111) = NJW 2006, 1191 (1192) unter Hinweis auf BVerfGE 97, 350 [370] = NJW 1998, 1934; BVerfGE 105, 17 [30] = NJW 2002, 3009.

<sup>147</sup> Axer, in BeckOK GG, Epping/Hillgruber, 46. Edition, Stand: 15.02.2021.

<sup>148</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Auflage 2016, Art. 14 Rn. 1.

<sup>149</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, NJW 2017, 217, Rn. 231, zitiert nach beck-online; Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, August 2020, Art. 14, Rn. 243ff m.w.N..

<sup>150</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, NJW 2017, 217, Rn. 232, zitiert nach beck-online.

<sup>151</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 24.

<sup>152</sup> BVerfGE 77 84/118; 81, 208/227 f; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 10 m.w.N.; Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, April 2020, Art. 14, Rn. 200 m.w.N.

<sup>153</sup> BGHZ 81, 24/33; BGHZ 92, 34/ 37; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14 Rn. 10 m.w.N.

<sup>154</sup> Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 200.

bundene wirtschaftliche Erwartung wie etwa der Erhalt der tatsächlichen Absatzmöglichkeit sowie die Erwartung, dass ein Unternehmen auch in Zukunft rentabel betrieben werden kann.<sup>155</sup>

Neben dem Eigentum an den Produktionsanlagen ist in der hiesigen Konstellation auch das Eigentum an den fossilen Brennstoffen betroffen.

## **bb) Eingriff**

Darüber hinaus müsste ein Eingriff in eine von Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition vorliegen. Voraussetzung dafür ist, dass entweder ein Entzug der geschützten Position vorliegt oder die Nutzung, Verfügung oder Verwertung einer grundrechtlich geschützten Eigentumsposition unmittelbar oder zumindest faktisch (d.h. mittelbar) behindert wird.<sup>156</sup>

### **(1) Eingriff in das Eigentum an fossilen Brennstoffen**

Theoretisch liegt ein Eingriff in das Eigentum an den vorhandenen Mengen fossiler Brennstoffe vor, wenn ihnen ein Verbrennungsverbot auferlegt wird. Dies wäre hier der Fall, wenn Grundrechtsträger mit Inkrafttreten einer Null-Emissions-Regelung zum 01.01.2045 noch über fossile Brennstoffe verfügten, die dann aber mangels einer Einrichtung zur CO<sub>2</sub>-freien Verwendung derselben nicht mehr einsetzen dürften.

Diese Form des Eingriffs spielt im vorliegenden Falle aber eine untergeordnete Rolle. Das gilt einerseits selbstverständlich für die bereits abgebauten Brennstoffe wie Erdgas oder Kohle, da diese auch weiter auf andere Weise genutzt werden können.<sup>157</sup> Andererseits ist zu erwarten, dass in Anbetracht nicht nur der vorliegend geprüften möglichen Regelung, sondern auch wegen der bis zum Jahr 2045 vermutlich weit vorangeschrittenen Transformation<sup>158</sup> und der dann wahrscheinlich hohen CO<sub>2</sub>-Preise die Verwendung fossiler Brennstoffe ohne CO<sub>2</sub>-Auffangmöglichkeiten ohnehin stark an Bedeutung verloren haben dürfte und kaum noch vorfindlich sein könnte. Vor allem haben die Grundrechtsträger bis zum tatsächlichen Greifen einer Verbotsregelung im Jahr 2045 hinreichend Zeit, um ihre Beschaffungsvorgänge so zu gestalten, dass Restvorräte dann nicht oder allenfalls in marginalen Mengen bestehen.

<sup>155</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 – 1 BvR 1428/91; BVerfG, Urteil vom 20.04.2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 10 und 25.

<sup>156</sup> Jarass, in Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 29 und 30.

<sup>157</sup> Zur Förderung von Erdgas und Kohle in Deutschland vgl. Teil 3E.

<sup>158</sup> Zur Verpflichtung des Staates, Klimaschutz durch zeitlich gestaffelte, Grundrechtspositionen späterer Generationen beachtende, geeignete und hinreichend erfolgreiche Maßnahmen zu gewährleisten, vgl. erneut BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 206.



## (2) Eingriff in das Eigentum an den Stromerzeugungsanlagen

Die geprüfte Regelung würde aber den Betreibern von Stromerzeugungsanlagen (im Grundsatz und eingeschränkt durch die wiederholt ausgeführten Ausnahmen) verbieten, mit starkem zeitlichen Versatz zwischen Schaffung der Regelung etwa 2023 und Inkrafttreten des Verbots ab 2045 dann ihre Kraftwerke mit fossilen Brennstoffen zu betreiben. Die Regelung führt damit zwar nicht zu einem Entzug der geschützten Eigentumsposition oder einer unmittelbaren vollständigen Nutzungsbeeinträchtigung: Denn die Anlagen können mit CO<sub>2</sub>-freien Brennstoffen (z.B. grünen Wasserstoff oder Methan) – deren ausreichende Verfügbarkeit vorausgesetzt – oder unter Verwendung einer CCU-/ CCS- oder einer sonstigen CO<sub>2</sub>-Emissionsunterdrückungseinrichtung weiter betrieben werden. Geht man also davon aus, dass das geplante Verbot zu einem Zeitpunkt in Kraft tritt, in dem CO<sub>2</sub>-freie Brennstoffe zur Verfügung stehen, dürfte insoweit eine Nutzungsbeeinträchtigung in Bezug auf die Stromerzeugungsanlage verwirklicht: Die Anlage könnte dann ab 2045 grundsätzlich nur noch unter Beachtung der dargestellten Rahmenbedingungen weiter betrieben werden (Einschränkung der einsetzbaren Brennstoffe). Vorliegend wird insoweit von einem solchen Eingriff ausgegangen.

Zudem wirkt diese Nutzungseinschränkung bereits vor: Ein Eigentümer einer solchen Stromerzeugungsanlage wird sich vor deren Hintergrund vorbereiten und sein Nutzungskonzept ändern (etwa: Umstellung auf grünes Gas, Wasserstoff), so dass er schon vor 2045 etwa in Bezug auf Investitionsentscheidungen betroffen sein wird. Damit entfaltet eine solche Regelung bereits vor 2045 einen Druck hin zur Veränderung des Einsatzes fossiler Energieträger zur Stromerzeugung. Dabei ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber solche reflexartige Vorwirkungen auch billigt, da etwa ein früherer Umstieg auf einen regenerativen Energieträger dem Gesetzeszweck Beschleunigung der Transformation und dem Klimaschutz noch besser genügt. Der Möglichkeit eines Verfassungsverstoßes kann hier nicht mit dem Hinweis entgegnet werden, das Risiko eines künftigen Schadens stelle nicht schon gegenwärtig einen Schaden und mithin keine Grundrechtsverletzung dar. Auch Regelungen, die erst im Laufe ihrer Vollziehung zu einer nicht unerheblichen Grundrechtsgefährdung führen, können selbst schon mit dem Grundgesetz in Widerspruch geraten.<sup>159</sup> Auch insoweit würde eine Regelung, wie sie hier geplant wird, nach unserer Einschätzung in Grundrechtspositionen von Betreibern von Stromerzeugungsanlagen eingreifen.

---

<sup>159</sup> Vgl. auch dazu BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 108.

12.05.2021

### (3) Eingriff in das Eigentum von Produktionsanlagen fossiler Brennstoffe, Händlern und Transporteuren

Fraglich ist weiter, ob Hersteller fossiler Brennstoffe (z.B. Betreiber von Raffinerien, zur Förderung von Gas oder Kohle in Deutschland,<sup>160</sup> durch eine Null-Emissions-Regelung unmittelbar einer Beschränkung der Nutzung des Eigentums etwa an der Raffinerie unterworfen wären. Dagegen spricht, dass ein Produzent und Eigentümer der Produktionsanlage diese im Grundsatz weiter nutzen dürfte. Allerdings würde sich der inländische Markt per 01.01.2045 erheblich verkleinern und (noch) weniger Raum für die Herstellung etwa von Heizöl (hier zur Erzeugung von Strom) sein. Dabei spielen Raffinerieprodukte in der Stromerzeugung ohnehin schon heute keine größere Rolle mehr. Bis zum Greifen der Regelung im Jahr 2045 dürfte sich deren Bedeutung im Verlauf der Transformation noch weiter reduziert haben. Dabei ist davon auszugehen, dass diese Entwicklung durch die vorliegend geplante Regelung in einem gewissen Maße unterstützt wird. Wesentlich dürfte sie aber auch durch andere Treiber wie einen steigenden CO<sub>2</sub>-Preis oder vielfältige andere Regelungen zur Beschleunigung der Transformation auf nichtfossile Energieanwendungen angereizt worden sein. Schließlich könnten dann noch in Betrieb befindliche Kapazitäten in einem gewissen Umfang gegebenenfalls sogar weiter genutzt werden, weil Heizöl theoretisch unter Verwendung von CCS-/CCU- oder vergleichbarer Technologien, für den Verkauf ins Ausland oder für Verwendungen außerhalb der vorliegenden Nutzungsverbote (hier Kraftwerke/Stromsektor, sodann noch Industrie, Verkehrssektor und Wärmesektor) genutzt werden könnten.<sup>161</sup>

Nach der Rechtsprechung des BVerfG werden bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten, die für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, vom Grundgesetz eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet.<sup>162</sup> Sie unterfallen dann aber noch dem Schutz der Berufsausübungsfreiheit. Ein solcher Eingriff in das Eigentum von Betreibern von Raffinerien zur Herstellung von fossilen Energieprodukten zur Erzeugung von Strom dürfte von eher untergeordneter Bedeutung sein (vgl. dazu aber die Nutzung dieser fossilen Energieträger im Wärme- und Verkehrsbereich<sup>163</sup>).

Ähnliches gilt in Bezug auf die Händler fossiler Brennstoffe: Die Aussicht auf den Verkauf des Brennstoffs ist von Art. 14 Abs. 1 GG nicht geschützt. Zudem könnte diese ihre Produkte, wie gerade dargestellt, in einem gewissen, heute nicht absehbaren Umfang weiter absetzen. Dabei bestehen gerade bei den Händlern im Verlauf

---

<sup>160</sup> Vgl. dazu Teil Teil 3E.

<sup>161</sup> BVerfG, Urteil vom 16.01.1957, 1 BvR 253/56, BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56 – Elfes.

<sup>162</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 - 1 BvR 558/91 u. a., Beschluss vom 26.06.2002 - 1 BvR 558/91 - 1 BvR 1428/91 für die Warnung vor mit Glykol-versetzten Wein, der die tatsächlichen Verkaufschancen beeinträchtigte.

<sup>163</sup> Vgl. dazu Teil 3C.III.2)a)bb)(3) und Teil 3E.

12.05.2021

bis 2045 vielfältige Möglichkeiten, den Gegenstand ihres Gewerbebetriebes, soweit dieser überhaupt von Art. 14 GG geschützt ist, zu verlagern und weiterzuentwickeln.

Auch die Gasnetzbetreiber wären von einer geprüften Regelung für Kraftwerke nach unserer Einschätzung nur begrenzt betroffen. Denn die Nutzung der Gasnetze als solche wird nicht untersagt oder eingeschränkt, die Nutzungsmöglichkeiten aber schon – zumindest im Grundsatz - beschränkt. Auch können fossile Brennstoffe für die dargestellten, weiter zulässigen Nutzungsoptionen oder aber auch regenerative Brennstoffe wie Biomethan und synthetisches E-Gas, deren Verwendbarkeit durch die geprüfte Regelung nicht eingeschränkt würde, weiterhin über das Gasnetz transportiert werden.<sup>164</sup>

### cc) Rechtfertigung

Im Hinblick auf die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 14 GG hier insbesondere in das Eigentum der Betreiber der Stromerzeugungsanlagen kommt es zunächst auf die Art der Eigentumsbeeinträchtigung an, also ob eine Enteignung oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt.

#### (1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung

Die Enteignung ist „auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet“.<sup>165</sup> Die Entziehung einer eigentumskräftigen Rechtsposition reicht als Zuordnungskriterium also nicht aus. Vielmehr muss diese zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgen. Hierunter versteht das BVerfG einen Vorgang, bei dem es der öffentlichen Hand um die Beschaffung konkreter Güter für öffentliche Aufgaben geht.<sup>166</sup> Weitere Voraussetzung einer Enteignung ist auch der Zweck des Entzugs der Rechtsposition, nämlich die staatliche Güterbeschaffung.<sup>167</sup>

Vorliegend ist bereits fraglich, ob das geplante Verbot überhaupt eine Eigentumsentziehung darstellt, da die Stromerzeugungsanlagen weiterhin in der Hand der betroffenen Unternehmen bleiben würden. Selbst wenn man unterstellen würde, dass diese mangels Verfügbarkeit CO<sub>2</sub>-neutraler Brennstoffe nicht mehr oder nur noch

<sup>164</sup> Vgl. zu den ökonomischen Fragestellungen in Bezug gerade auch die Gasnetze Teil 2.

<sup>165</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.06.1985 – 1 BvL 57/79.; Jarass, in Jarass/Pieroth, in GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 70.

<sup>166</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.01.2006 – 2 BvR 2194/99; Jarass, in Jarass/Pieroth, in GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 70.

<sup>167</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/111, BvR 321/121, BvR 1456/12, BVerfG, Urteil vom 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, BvR 321/12, 1 BvR 1456/12.

eingeschränkt betrieben werden könnten, würde es jedenfalls an dem darüber hinaus erforderlichen<sup>168</sup> Tatbestandsmerkmal der staatlichen Güterbeschaffung fehlen. Denn es ist nicht erkennbar, dass diese beschafft werden würden, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen.

Das BVerfG geht zudem davon aus, dass stets eine Inhaltsbestimmung und keine Enteignung vorliegt, wenn der Gesetzgeber Eigentum entzieht, um „*Rechtsgüter der Gemeinschaft vor Gefahren zu schützen*“.<sup>169</sup> Dies trifft nach unserer Einschätzung grundsätzlich auch auf die hier geplante Regelung zu, mit dem aus Klimaschutzgründen fossile Brennstoffe nicht mehr zur Stromerzeugung eingesetzt werden dürfen, um den damit verbundenen Treibhausgasausstoß zu senken und die damit verbundenen Gefahren des Klimawandels abzuwenden.

Damit liegt in der hier geplanten Regelung keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor.

## (2) Gesetzliche Regelung

Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss zunächst selbst als gesetzliche Regelung erfolgen, die wiederum selbst verfassungsgemäß sein, also etwa auch den Anforderungen des im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vertrauensschutzes genügen muss.<sup>170</sup> Dessen Gesichtspunkte sind jedoch zugleich grundrechtlicher Natur und können auch auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit geprüft werden.<sup>171</sup>

## (3) Verhältnismäßigkeit

Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss darüber hinaus verhältnismäßig sein. Dies hängt wiederum stark von der konkreten Ausgestaltung ab.

### (a) Legitimer Zweck

Die Regelung müsste zunächst einem legitimen Zweck dienen. Die Anforderungen hieran sind allerdings gering. Im vorliegenden Fall bestehen an der Legitimität des Zwecks keine Zweifel: Ein grundsätzliches, mit den dargestellten Ausnahmen versehenes Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung in Anlagen, die nicht über eine Emissionsverhinderungseinrichtung verfügen, würde der be-

---

<sup>168</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2017 (1 BvR 321/12) – Atomausstieg, Rn. 246: Kriterium ist weiter erforderlich.

<sup>169</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, in GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 40.

<sup>170</sup> BVerfG, Urteil vom 25.01.1957, 1 BvR 253/56, BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 - 1 BvR 253/56 Elfes.

<sup>171</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2)(b)).

12.05.2021

schleunigten Verringerung des Ausstoßes von Treibhausgasemissionen hin zu einem festen Zeitpunkt dienen, die durch den Einsatz fossiler Brennstoffe hier zur Stromerzeugung verursacht werden.

Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine massive Senkung des Kohlendioxid ausstoßes sowie des Ausstoßes anderer Treibhausgase bettet sich in eine Fülle von europäischen und nationalen Maßnahmen ein, durch die bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten aus dem Übereinkommen von Paris-Abkommen erfüllt werden sollen, die vom Menschen verursachte globale Erwärmung auf deutlich unter 2 °C, besser 1,5 °C gegenüber vorindustriellen Werten zu begrenzen. Hierzu dient in Deutschland eine Vielzahl von Maßnahmen, zu denen zum Beispiel auch der schrittweise Kohleausstieg<sup>172</sup> gehört, die Förderung der Elektromobilität,<sup>173</sup> aber auch eine Reihe weiterer, bereits existierender Gesetze, wie das Gebäudeenergiegesetz,<sup>174</sup> etwa im Bereich des Verkehrs, der privaten Haushalte, der Industrie etc. Einen Rahmen mit verbindlichem Zielcharakter bildet das KSG.

Dabei kann sich der Gesetzgeber auch auf das „Staatsziel Umweltschutz“ aus Art. 20a GG stützen, weil es ihm bei der Klimaschutzpolitik – auch im Interesse zukünftiger Generationen – um den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen geht. Hierbei handelt es sich um ein Gut mit Verfassungsrang, wie das BVerfG ausdrücklich entschieden hat.<sup>175</sup> Art. 20a GG enthält nicht nur ein unverbindliches politisches Programm, sondern eine justiziable Rechtsnorm, die den Gesetzgeber bindet.<sup>176</sup> Da der demokratische politische Prozess über Wahlperioden kurzfristiger organisiert ist, läuft der Gesetzgeber aber strukturell Gefahr, schwerfälliger auf langfristig zu verfolgende ökologische Belange zu reagieren. Dabei haben die besonders betroffenen künftigen Generationen zudem heute naturgemäß keine eigene Stimme im politischen Willensbildungsprozess. Mit Blick auf diese institutionellen Bedingungen erlegt Art. 20a GG der demokratischen Entscheidung inhaltliche Bindungen auf. Diese durch Art. 20a GG angestrebte Bindung des politischen Prozesses drohte verloren zu gehen, wenn über den materiellen Gehalt des Art. 20a GG vollumfänglich im tendenziell kurzfristiger und an direkt artikulierbaren Interessen orientierten tagespolitischen Prozess entschieden würde.<sup>177</sup>

---

<sup>172</sup> Gesetzlich geregelt im Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) vom 8.8.2020, BGBl. I S. 1818.

<sup>173</sup> Aktuell wird der Entwurf eines Gesetzes über die Bereitstellung flächendeckender Schnelllade-Infrastruktur für reine Batterie-Elektrofahrzeuge (Schnellladegesetz – SchnellLG; nachfolgend SchnellLG-E, BR-Drs. 156/21), in Bundesrat und Bundestag beraten.

<sup>174</sup> Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden.

<sup>175</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 205.

<sup>176</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 205.

<sup>177</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 205 ff.

Weiter führt das BVerfG mit Blick auf den grundgesetzlichen Auftrag an den Gesetzgeber zum Klima- und Umweltschutz aus, dass ein unbegrenztes Fortschreiten von Erderwärmung und Klimawandel nicht im Einklang mit dem Grundgesetz stünde. Dem stehe insbesondere das Klimaschutzgebot aus Art. 20a GG entgegen, welches der Gesetzgeber – verfassungsrechtlich maßgeblich – durch das Ziel konkretisiert hat, die Erwärmung auf deutlich unter 2°C und möglichst auf 1,5°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Indessen kommt Art. 20a GG im Hinblick auf eine Regulierung CO<sub>2</sub>-relevanter Verhaltensweisen zunehmend normatives Gewicht bereits zu, bevor das verfassungsrechtlich maßgebliche Budget vollends aufgebraucht ist, weil es – ungeachtet verfassungsrechtlicher Bedenken – weder verantwortlich noch realistisch wäre, CO<sub>2</sub>-relevante Verhaltensweisen zunächst unvermindert hinzunehmen, dann aber zum Zeitpunkt des vollständigen Verbrauchs des Restbudgets unvermittelt Klimaneutralität einzufordern. Je mehr vom CO<sub>2</sub>-Budget aufgebraucht ist, desto drängender werden nach Auffassung des BVerfG die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Klimaschutzes und desto gravierender könnten Grundrechtsbeeinträchtigungen in verfassungsrechtlich zulässiger Weise ausfallen.<sup>178</sup>

Schließlich ist dabei auch das Element des „zeitlich festen Endes“ der emittierenden Verwendung fossiler Energieträger in der Stromerzeugung ab 2045 als Zweck legitim: Aufgrund des hohen Drucks in Richtung einer Verlangsamung des Klimawandels, um das Eintreten irreversibler Kippunkte zu verhindern, erscheint der zeitliche Druck auf die Transformation, den die Regelung ausübt, in Übereinstimmung mit der außerordentlichen Bedeutung der betroffenen Fragestellungen. Dies umfasst auch das berechnete Interesse zukünftiger Generationen, dass wesentliche, bereits grundrechtseinschränkende Maßnahmen auch von früheren Generationen von Grundrechtsträgern mitzutragen sind und es so zu einer gerechten Generationenverteilung der Lasten des Transformationsprozesses für eine Begrenzung des Klimawandels kommt.<sup>179</sup> Damit würde auch der weitere Zweck erfüllt, Fehlinvestitionen in mittel- und langfristig nicht mehr erforderliche Anlagen zu vermeiden. Das gilt nach unserem Verständnis damit auch hinsichtlich der oben beschriebenen Vorwirkung der Regelung auf die Phase zwischen Inkrafttreten (etwa 2022/23) und „Scharfschaltung“ ab 2045.

---

<sup>178</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 157 ff.

<sup>179</sup> Zum Aspekt der intertemporalen Freiheitssicherung vgl. erneut: BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 146.

## (b) Geeignetheit

Weiterhin muss die Regelung im Hinblick auf das entsprechende Ziel auch geeignet sein. Hinsichtlich der Geeignetheit einer Maßnahme steht dem Gesetzgeber ein relativ großer politischer Einschätzungsspielraum zu. Ausreichend ist, wenn die Maßnahme das Ziel überhaupt fördert.<sup>180</sup> Die Maßnahme darf dabei lediglich nicht objektiv untauglich zur Zweckerreichung sein.<sup>181</sup>

Der Einsatz fossiler Brennstoffe in Anlagen zur Stromerzeugung (bislang ohne CO<sub>2</sub>-Emissionsverhinderungseinrichtungen) führt zu ganz erheblichen CO<sub>2</sub>-Emissionen: Im Jahr 2018 etwa betragen die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der fossilen Stromerzeugung (Braunkohle, Steinkohle, Erdgas, Öl und fossilem Müll) in Deutschland 272 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub>.<sup>182</sup> Das skizzierte Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe in emittierenden Anlagen führte dazu, dass diese ab dem Stichtag, etwa 2045, nicht mehr zur Stromerzeugung eingesetzt würden und beendet damit den daraus bedingten Ausstoß der CO<sub>2</sub>-Emissionen. Die geplante Regelung wäre damit ohne Zweifel geeignet, das von ihr verfolgte Ziel zu erreichen. Wegen des oben dargestellten Umstellungsdrucks auf die Betreiber von emittierenden Stromerzeugungsanlagen als Vorwirkung des Verbots ab 2045 wäre auch die Regelung auch insoweit geeignet, das Ziel der Beschleunigung bis und Sicherstellung einer emissionsfreien Stromerzeugung ab 2045 wesentlich zu unterstützen.

Schließlich stünde der Geeignetheit eines Verbots des Einsatzes fossiler Brennstoffe nach dem 31.12.2044 nicht entgegen, dass der deutsche Staat den Klimawandel wegen der globalen Wirkung und des globalen Charakters seiner Ursachen nicht allein, sondern nur in internationaler Einbindung anhalten kann. Wie das BVerfG in seinem jüngst veröffentlichten Beschluss zum Klimaschutzgesetz 2019 ausführt, verlangt die Schutzpflicht aus Art. 20a GG ein international ausgerichtetes Handeln zum globalen Schutz des Klimas und verpflichtet, im Rahmen internationaler Abstimmung (z. B. durch Verhandlungen, in Verträgen oder Organisationen) auf Klimaschutzaktivitäten hinzuwirken, in die eingebettet dann nationale Maßnahmen ihren Beitrag zum Stopp des Klimawandels leisten.<sup>183</sup>

Dabei kann dem Gebot, nationale Klimaschutzmaßnahmen zu ergreifen – dem dient die vorliegend geprüfte Regelung für eine Verwendungsuntersagung fossiler Brennstoffe in emittierenden Stromerzeugungsanlagen ab 2045 – nicht entgegengehalten werden, dass damit der Klimawandel nicht gestoppt werden könnte. Auch

<sup>180</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 38a.

<sup>181</sup> BVerfGE 67, 157 (175); 96, 10 (23).

<sup>182</sup> *Agora Energiewende*, Agorameter – Dokumentation, S. 24, [https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/Agorameter/Hintergrunddokumentation\\_Agorameter\\_v33\\_web.pdf](https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/Agorameter/Hintergrunddokumentation_Agorameter_v33_web.pdf), abgerufen am 07.04.2021.

<sup>183</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 149, 199.

12.05.2021

zu diesem Aspekt führt das BVerfG in seiner Entscheidung zum KSG aus: Zwar wäre Deutschland nicht allein in der Lage, den Klimawandel anzuhalten. Auch ist das isolierte Handeln der Bundesrepublik Deutschland ist für Klimawandel und Klimaschutz offensichtlich nicht umfänglich kausal. Der Klimawandel könne vielmehr nur dann angehalten werden, wenn weltweit Klimaneutralität erreicht werde. Angesichts des weltweiten Reduktionserfordernisses ist der bei knapp 2 % liegende Anteil Deutschlands an den weltweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen für sich genommen eher gering. Sind die Klimaschutzmaßnahmen Deutschlands aber in weltweite Klimaschutzbemühungen eingebunden, sind sie als Teil der Gesamtanstrengung geeignet, das Ende des Klimawandels herbeizuführen.<sup>184</sup>

Dabei könnte sich der Staat seiner Verantwortung auch nicht durch den Hinweis auf die Treibhausgasemissionen in anderen Staaten entziehen. Aus der spezifischen Angewiesenheit auf die internationale Staatengemeinschaft folgt nach Auffassung des BVerfG vielmehr umgekehrt: die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, eigene, möglichst international vereinbarte Maßnahmen zum Klimaschutz tatsächlich zu ergreifen. Gerade weil der Staat das ihm in Art. 20a GG auferlegte Klimaschutzgebot nur in internationalem Zusammenwirken erfolgreich umsetzen kann, darf er für andere Staaten keine Anreize setzen, dieses Zusammenwirken zu unterlaufen. Er soll durch sein eigenes Handeln auch internationales Vertrauen stärken, dass Klimaschutz, insbesondere eine Umsetzung vertraglich vereinbarter Klimaschutzziele, auch mit Blick auf grundrechtliche Freiheiten zu lebenswerten Bedingungen, gelingen kann. Die praktische Lösung des globalen Klimaschutzproblems sei insofern maßgeblich auf das wechselseitige Vertrauen in den Realisierungswillen der anderen angewiesen.<sup>185</sup>

### (c) **Erforderlichkeit**

Im Rahmen der Erforderlichkeit ist zu prüfen, ob unter mehreren gleich geeigneten Mitteln dasjenige gewählt worden wäre, welches den am wenigsten belastenden Eingriff in die Rechte der Betroffenen zur Folge hätte.<sup>186</sup>

Fraglich ist daher, ob es ein milderes, gleich wirksames Mittel gibt, um das von der Regelung verfolgte Ziel – den Umwelt- und Klimaschutz und Beschleunigung und weitere Absicherung der Transformation des Energiesystems spätestens zum Stichtag, um den Eintritt einer Kippunkt-Situation unbedingt zu vermeiden – zu erreichen. Grundsätzlich wird der Einsatz erneuerbarer Energieträger in der Stromerzeugung in Deutschland bereits seit vielen Jahren u.a. durch das Erneuerbare Energien

<sup>184</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 202.

<sup>185</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 203.

<sup>186</sup> Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 38b.



Gesetz (im Folgenden: **EEG**) gefördert. Die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien erhalten danach für einen festen Zeitraum von 20 Jahren eine Förderung für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien. Das Gesetz unterstützt damit den Ausbau von Erneuerbare Energien-Erzeugungskapazitäten, was wiederum mittel- bis langfristig zu einer (zumindest anteiligen) Ersetzung fossiler Erzeugungskapazitäten führte und weiter führen wird. Allerdings wird mit dem EEG nicht die Stromerzeugung aus fossilen Brennstoffen als solche beendet. Anders ausgedrückt: Es bleibt trotz der Förderung erneuerbarer Energien weiterhin zulässig, fossile Brennstoffe zur Stromerzeugung einzusetzen. Auch führt das EEG insofern zwar zu einer Entwicklung, die schon bisher schneller verlief als erwartet. Aufgrund aktueller Erkenntnisse zum Stand des Klimawandels erfordert die Situation aber gegebenenfalls eine weitere Absicherung und Beschleunigung der Entwicklung. Denn mit der Förderregelung EEG allein lässt sich nicht sicher erreichen, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt fossile Energieträger in emittierenden Stromerzeugungsanlagen nicht mehr eingesetzt werden. Eben dazu dient aber die vorliegend angedachte und geprüfte Regelung. Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien kann damit zwar ein milderer, aber kein gleichwirksames Mittel darstellen.

Nichts anderes gilt auch im Hinblick auf den europäischen Emissionshandel. Dieser soll über einen marktwirtschaftlich basierten Ansatz (cap and trade) einen Anreiz für Investitionen in weniger CO<sub>2</sub>-intensive Technologien setzen. Eine Beendigung des Einsatzes fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung ab 2045 wird damit aber nicht unmittelbar bewirkt. Darüber hinaus entfaltet der Emissionshandel trotz der in der Vergangenheit eingeleiteten Reformen weiterhin nicht die gewünschte Wirkung und kann diese – als marktbasierendes Instrument gegenüber dem vorliegend angedachten ordnungsstaatlichen Instrument – voraussichtlich insbesondere nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt sicherstellen.

Auch die Einbeziehung von Bestandsanlagen ist im Hinblick auf das Regelungsziel – die Beendigung des Einsatzes fossiler Energieträger zur Erreichung fossiler Energieträger – unverzichtbar. Es würde damit zwar grundsätzlich ein milderer Mittel darstellen, für Bestandsanlagen eine Ausnahme zu schaffen. Dieses wäre aber aus den vorgenannten Gründen nicht gleich wirksam, so dass die vorliegend geprüfte, umfassendere Regelung erforderlich bleibt.

#### **(d) Angemessenheit**

Die geplante Regelung müsste darüber hinaus angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein. Dies setzt voraus, dass die Belastung der Unternehmen in einem

12.05.2021

angemessenen Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Interessen steht.<sup>187</sup> Der Gesetzgeber ist insoweit gehalten, die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers einerseits, sowie die Belange des Gemeinwohls andererseits in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.<sup>188</sup>

### (aa) Schwere und Intensität des Eingriffs

Von Bedeutung ist zunächst die Schwere und Intensität des Eingriffs.<sup>189</sup>

Für die betroffenen Betreiber der Stromerzeugungsanlagen kann sich die geplante Null-Emissions-Regelung als gravierender Eingriff darstellen, sofern diese ihre Anlagen etwa aufgrund der zu geringen Verfügbarkeit und gegebenenfalls höheren Kosten CO<sub>2</sub>-neutraler Brennstoffe oder einer CO<sub>2</sub>-Emissionsverhinderungstechnologie nicht mehr nutzen können. Denkbar sind erhebliche wirtschaftliche Folgen gegebenenfalls auch dadurch, wenn der Einsatz CO<sub>2</sub>-neutrale Brennstoffe ausnahmsweise Umrüstungen an den Bestandsanlagen erfordern würde.

Die Produzenten, Händler und Transporteure fossiler Brennstoffe würden durch die geprüfte Regelung vor allem schwer in ihrer Aussicht, Gewinne aus dem Verkauf zu erzielen, betroffen. Dieser wird aber nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt, sondern allenfalls von Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>190</sup>

Bei der Bestimmung der Schwere dieses Eingriffs gewinnt der Zeitraum zwischen Schaffung des Gesetzes (gegebenenfalls schon in seiner Einbringung in das Gesetzgebungsverfahren) und der „Scharfschaltung“ der Regelung etwa 2045 eine besondere Bedeutung, also die Frist, in der sich die Rechtsunterworfenen auf die neue Regelung einstellen können. Gerade die Einführung von Übergangsfristen kann erhebliche Grundrechtseingriffe durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen, durch die bestimmte Nutzungen gänzlich entfallen, abmildern und so die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs sicherstellen.<sup>191</sup>

### (bb) Gewicht des Zwecks des Eingriffs

Dem ist das Gewicht des Zwecks des Eingriffs gegenüberzustellen. Die Einsparung von CO<sub>2</sub> bei der Stromerzeugung dient dem Klimaschutz. Dabei würde die vorliegende diskutierte Regelung durch die Schaffung eines zeitlichen Endpunktes der emittierenden fossilen Stromerzeugung in Deutschland dem Klimaschutz und der

<sup>187</sup> Jarass, in Jarass/Pieroth, in GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14 GG, Rn. 39.

<sup>188</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.01.2004 – 2 BvR 564/95.

<sup>189</sup> Jarass, in Jarass/Pieroth, in GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14 GG, Rn. 40.

<sup>190</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)b).

<sup>191</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.01.1991 - 1 BvR 929/89; Beschluss vom 16.02.2000 - 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99; BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/12, BvR 1456/12; Beschluss vom 20.09.2016 - 2 BvE 5/15.

12.05.2021

Verlangsamung und Begrenzung des Klimawandels in besonderer Weise dienen. Dieser Regelungszweck ist für ein gesundes und wirtschaftlich erfolgreiches Zusammenleben in Deutschland, und darüber hinaus auch für ganze Ökosysteme bis hin zum Überleben der Menschheit, für die Bewohnbarkeit ganzer Landstriche, für die Möglichkeit des Anbaus von Nahrungsmitteln, den Bestand ganzer Staaten, die Verhütung der Gefahren bewaffneter Auseinandersetzungen etc. je nach Verlauf der Erderwärmung von herausragender Bedeutung.

Die CO<sub>2</sub>-Vermeidung und damit die Vermeidung eines zu starken Anstiegs der Erderwärmung erfolgt im Übrigen auch zum Schutz verfassungsmäßiger Güter, des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gegenwärtiger und künftiger Generationen (Art. 20a GG). Diese Ziele sind als verfassungsrechtliche Güter von hohem Wert anerkannt.<sup>192</sup> Bezweckt ein Gesetz deren Schutz, lassen sich weitreichende Eingriffe in die Eigentumsgarantie rechtfertigen.<sup>193</sup>

Wie bereits dargestellt, bestätigt sich das hohe verfassungsrechtliche Schutzniveau des Umwelt- und Klimaschutzes mit Blick auf den Beschluss des BVerfG zum KSG. Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt danach den Schutz vor Beeinträchtigungen durch Umweltbelastungen ein.<sup>194</sup> Das gelte auch für Gefahren, die der Klimawandel für das menschliche Leben und die Gesundheit verursache.<sup>195</sup>

Darüber hinaus sind auch die Grundrechte künftiger Generationen angemessen zu berücksichtigen. Die Pflicht zum Schutz vor lebens- und Gesundheitsgefahren kann eine Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen. Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG greift für diese nicht erst dann ein, wenn Verletzungen bereits eingetreten sind, sondern ist auch in die Zukunft gerichtet.<sup>196</sup> Das gilt erst Recht bei Maßnahmen, die dem Klimaschutz dienen, denn jedes Nichthandeln kann zu unumkehrbare Tatsachen führen.<sup>197</sup> Die Schonung künftiger Freiheiten dürfte den Gesetzgeber auch verpflichten, den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten.<sup>198</sup> Insoweit ist ein zeitnahes Vorgehen zumindest zur Definition der Zielpunkte für das Erreichen von Klimaneutralität wohl zum Schutz aller betroffenen Grundrechte geboten.

---

<sup>192</sup> BVerfG, Beschluss vom 1 BvR 2821/111, BvR 321/121, BvR 1456/12; Beschluss vom 20.09.2016 – 2 BvE 5/15.

<sup>193</sup> BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000 - 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99.

<sup>194</sup> BVerfGE 49, 89, Rn. 140 f.

<sup>195</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 99.

<sup>196</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 149.

<sup>197</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 149.

<sup>198</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 248.

## (cc) Grundsatz des Vertrauensschutzes

Fraglich ist, ob und inwieweit sich die betroffenen Unternehmen auf den Vertrauensschutzgrundsatz berufen könnten. Grundsätzlich ist der Gesetzgeber nicht daran gehindert, das Recht zu ändern oder durch neue Vorgaben zu ergänzen. Der Gesetzgeber kann also die gesetzlichen Rahmenbedingungen, wie u.a. durch die hier geplante Festlegung über den Ausschluss fossiler Brennstoffe in Stromerzeugungsanlagen, umgestalten. Art. 14 GG gewährt im Grundsatz keinen Schutz vor Veränderungen der normativen Randbedingungen durch den.<sup>199</sup> Der Gesetzgeber darf aber keine belastenden Rechtsänderungen vornehmen, die in die Vergangenheit hinein wirken (sog. Rückwirkungsverbot). Sofern die Regelung daher auch auf Bestandsanlagen Anwendung finden soll, ist die Vereinbarkeit mit dem Rückwirkungsverbot zu prüfen. Eine „echte“ Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Sie liegt vor, wenn der Gesetzgeber nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift.<sup>200</sup> „Unechte“ Rückwirkungen sind demgegenüber grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar. Diese liegen vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet.<sup>201</sup> Allerdings können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen für die Zulässigkeit einer unechten Rückwirkung ergeben.<sup>202</sup>

Vorliegend wäre mit der Erstreckung der geprüften Regelung auf Bestandsanlagen eine unechte Rückwirkung gegeben, da sie ein bereits in der Vergangenheit begründetes – hier durch Erteilung der Genehmigung –, aber noch andauerndes Rechtsverhältnis für die Zukunft ändern würde. Im Folgenden wird daher geprüft, ob und inwieweit die Betreiber der Bestandsanlagen ein Vertrauen darauf entwickeln können, ihre Anlage unverändert nach Maßgabe der bisherigen Rechtslage betreiben zu dürfen:

Wie bereits dargelegt, hat der Gesetzgeber bisher sowohl im Immissionsschutzrecht, als auch außerhalb auf eine Steuerung des Transformationsprozesses über den Ausschluss fossiler Brennstoffe verzichtet. Daraus folgt aber nicht, dass Anlagenbetreiber darauf vertrauen konnten, dass der Gesetzgeber auch dauerhaft für die Zukunft auf eine entsprechende gesetzliche Vorgabe verzichtet. Denn das Erreichen der Klimaneutralität, und damit die Abkehr vom Einsatz fossiler Energieträger

<sup>199</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 14, Rn. 45.

<sup>200</sup> BVerfG, Urteil vom 27.09.2005 - 2 BvR 1387/02; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 14 GG, Rn. 68.

<sup>201</sup> BVerfG, Urteil vom 23.11.1999 - 1 BvF 1/94; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 14, Rn. 68.

<sup>202</sup> BVerfG, Beschluss vom 15.10.1996 - 1 BvL 44, 48/92.

in emittierenden Anlagen, die als Zielsetzung einer Null-Emissions-Regelung anzusehen ist, gehört seit langem zu den in Europa und Deutschland erklärten klimapolitischen Zielsetzungen.<sup>203</sup> Etwas anderes ergibt sich unseres Erachtens auch nicht daraus, dass der Gesetzgeber bisher im anlagenbezogenen Immissionsschutzrecht auf Anforderungen an den Treibhausgasausstoß verzichtet (vgl. § 5 Abs. 2 BImSchG) bzw. die Genehmigungserteilung bisher davon nicht abhängt (vgl. §§ 6 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG). Denn § 5 Abs. 2 BImSchG schließt, wenn überhaupt, nur die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten aus. Und auch in diesem Anwendungsbereich ist wohl zweifelhaft, dass der Gesetzgeber damit dauerhaft auf eine Steuerung des Treibhausgasausstoßes über das anlagenbezogene Immissionsschutzrecht verzichten wollte. Nichts anderes gilt nach unserer Einschätzung in Bezug auf die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG. Allein der Umstand, dass der Gesetzgeber bisher auf eine entsprechende Vorgabe verzichtet, führt angesichts der bereits jetzt klar definierten Absicht der Klimaneutralität bis zur Mitte des Jahrhunderts wohl nicht zu der Begründung eines besonderen Vertrauensstatbestandes. Die Einführung der Null-Emissions-Regelung ist damit hinreichend absehbar und bietet den Anlagenbetreibern hinreichend Vorlauf, sich auf die geänderten Vorgaben einzustellen.<sup>204</sup> Betreiber von immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen können zudem nicht davon ausgehen, über einen Zeitraum von 15 bis 20 Jahren von Rechtsänderungen verschont zu bleiben.<sup>205</sup>

Auch aus der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ergibt sich wohl kein weitergehender Vertrauensschutz. Wie bereits dargelegt, ist der Gesetzgeber grundsätzlich befugt, die Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung zu ändern. Denn die Gestattungswirkung bezieht sich nur auf den Genehmigungsgegenstand, nicht aber auf die Genehmigungsvoraussetzungen.<sup>206</sup> Auch die Feststellungswirkung ist auf die im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geltenden Vorschriften beschränkt und bietet daher ebenfalls keinen Schutz vor Rechtsänderungen.<sup>207</sup> Soweit es jedoch um die Umsetzung einer Pflicht aus dem Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG geht, genießen Anlagenbetreiber in dem Umfang einen Bestandsschutz, als dass nach Erteilung der Genehmigung nur unter den Voraussetzungen der §§ 7, 17, 20 und 21 BImSchG eingegriffen werden kann.<sup>208</sup> Insoweit spricht dann auch viel dafür, dass Anlagenbetreiber darauf vertrauen können, dass

<sup>203</sup> *EU-Kommission*, Der europäische grüne Deal, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

<sup>204</sup> Vgl. zum Gesichtspunkt der Absehbarkeit einer Neuregelung auch BVerfG, Beschlüsse vom 29.11.2000 - 1 BvR 422/94 - NJW-RR 2001, 750, vom 25.07.2007 - 1 BvR 1031/07 - DVBl. 2007, 1097 ff. und vom 18.02.2009 - 1 BvR 3076/08; BVerwG, Urteil vom 30.04.2009 - 7 C 14/08 -, Rn. 40.

<sup>205</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 42.

<sup>206</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 23; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 39.

<sup>207</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 22; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 37.

<sup>208</sup> Vgl. dazu Teil 3A.I.).

im Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nur unter den Voraussetzungen des § 17 BImSchG oder den §§ 7, 20 und 21 BImSchG nach Genehmigungserteilung eingegriffen wird. Zwar hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, diese Vorschriften auch wieder zu ändern. Es spricht aber viel dafür, dass eine solche Änderung – soweit diese insbesondere im Hinblick auf Art. 14 GG selbst überhaupt verfassungsgemäß wäre – aufgrund des in die Regelung begründeten Vertrauens nicht ohne Entschädigung möglich wäre. Geht es demgegenüber nicht um Pflichten aus dem Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, sondern des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, wird kein vergleichbarer Schutz gegeben sein.

Legt man dies zu Grunde, kommt es damit für die Reichweite des Vertrauensschutzes darauf an, ob die hier geprüfte Regelung dem Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG oder des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zuzuordnen ist. Wie bereits unter Teil 3A.I.3) dargelegt, spricht viel dafür, dass diese dem Regelungsbereich von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zugeordnet werden kann, weil es um die Transformation des Energiesystems insgesamt, sowie deren Beschleunigung und Absicherung zur Verlangsamung der Erderwärmung, geht. Die Regelung geht damit nach unserer Einschätzung über eine Immissionsschutzrechts-typische vorsorgebezogene Maßnahme zum Schutz vor Belästigungen und Schädigungen hinaus. Im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bietet die immissionsschutzrechtliche Genehmigung aber keinen Schutz vor nachträglichen Rechtsänderungen. Bestandsschutz wird in diesem Bereich nur nach Maßgabe des jeweils einschlägigen (vorliegend gegebenenfalls erst zu schaffenden) Fachrechts gewährt.<sup>209</sup> Dies zu Grunde gelegt, können sich die Anlagenbetreiber daher nicht auf ein Vertrauen dahingehend berufen, dass hier nur über § 17 BImSchG nachträglich in den genehmigten Bestand eingegriffen wird oder der Gesetzgeber künftig die Unzulässigkeit des Einsatzes fossiler Brennstoffe regelt. Dagegen spricht auch nicht, dass vorstehend empfohlen wurde, hilfsweise und wegen behördentypischer Verhaltensweisen und Erwartungshaltungen von Genehmigungsinhabern eine behördliche Entscheidung im Einzelfall in einer Regelung doch vorzusehen.

Auch die Regelung in § 5 Abs. 2 BImSchG kann den Anlagenbetreibern hier nach unserer Einschätzung keinen weitergehenden Vertrauensschutz vermitteln. Denn sie bezieht sich nur auf die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Emissionsgrenzwerten, nicht aber, wie die hier geplante Regelung, auf Vorgaben in Bezug auf die einsetzbaren Brennstoffe.

---

<sup>209</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, Rn. 46.

12.05.2021

**(dd) Sozialer Bezug des Eigentums**

Darüber hinaus ist auch der soziale Bezug der betreffenden Eigentumsposition von Bedeutung. Die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung ist nicht zuletzt aufgrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, Art. 14 Abs. 2 GG,<sup>210</sup> umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts reicht.<sup>211</sup>

Vorliegend stellt zunächst die Funktion der Kraftwerke zur Sicherung der Stromversorgung einen sozialen Bezug dar.<sup>212</sup> Soweit diese Anlagen darüber hinaus nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig sind, spricht für einen sozialen Bezug auch, dass die Anlagen aufgrund ihrer Beschaffenheit und ihres Betriebs offenbar geeignet sein können, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen und dies seit langem auch tun.<sup>213</sup> Im Falle des Atomausstiegs hat das BVerfG den weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum auch damit begründet, dass es sich um eine Hochrisikotechnologie handelt.<sup>214</sup> Dies ist auf die hiesigen Stromerzeugungsanlagen zwar nicht übertragbar. Allerdings spricht viel dafür, dass hier der soziale Bezug durch den mit dem Einsatz der fossilen Brennstoffe verbundenen Emissionen inkl. des Treibhausgasausstoßes und der damit verbundenen Gefahr des Klimawandels hergestellt werden kann.<sup>215</sup> Schließlich macht auch – wie bereits wiederholt ausgeführt – der Beschluss des BVerfG zum KSG den überragenden, über Art. 20a GG verfassungsrechtlich geschützten Rang von Klima- und Umweltschutz deutlich.<sup>216</sup> Damit bestätigt sich, dass dem Gesetzgeber hier ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt, also eine umfassende Erlaubnis zu Inhalts- und Schrankenbestimmungen in Bezug auf Anlagen besteht, die fossile Brennstoffe einsetzen.

**(ee) Gesamtabwägung**

Die dargestellten Belange sind im Wege einer Gesamtabwägung in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.<sup>217</sup>

Wie dargestellt, bewirkt ein Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe in emittierenden Stromerzeugungsanlagen ab dem Jahr 2045 einen unter Umständen erheblichen Eingriff in das Eigentum der Anlagenbetreiber, aber auch in das der Lieferanten und Händler der fossilen Brennstoffe. Je nach Entwicklung der Transformation bis

---

<sup>210</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc(3)(a).

<sup>211</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 14 GG, Rn.42.

<sup>212</sup> Michaels/Däuper, Das Kohleausstiegsgesetz im Überblick, EnWZ 2020, 291 (294).

<sup>213</sup> Dolde, Der Bestandsschutz von Altanlagen im Immissionsschutzrecht, NVwZ 1986, 873 (877).

<sup>214</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11 u.a., Rn. 219, zitiert nach juris.

<sup>215</sup> Michaels/Däuper, Das Kohleausstiegsgesetz im Überblick, EnWZ 2020, 291 (294).

<sup>216</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, u.a. Rn. 99, 144, 157, 185, 193, 198.

<sup>217</sup> BVerfG, Urteil vom 12.05.1999 - BVerfGE 101, 239/259; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 14, Rn.39 m.w.N..

2045 und den bis dahin umzusetzenden, weiteren Klimaschutzvorgaben oder wegen des Umsetzungsdrucks u.a. durch einen steigenden CO<sub>2</sub>-Preis trifft das finale Einsatzverbot für fossile Kraftstoffe die dann noch nicht transformierten Anlagen und Stromerzeugungskonzepte (noch keine Umstellung auf regenerative Brennstoffe) unter Umständen hart. Denn es liegt nahe, dass die letzte Stromerzeugungen noch nicht umgestellt sein werden, bei denen sich dies als besonders schwierig gestalten könnte.

Andererseits wurde die überragende Bedeutung des Klimaschutzes bereits ausführlich dargelegt. Zu bedenken ist insoweit auch, dass das Grundrecht auf Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG eine staatliche Schutzpflicht umfasst. Da infolge des Klimawandels auch in Deutschland Eigentum, insbesondere landwirtschaftlich genutzte Flächen und Immobilien, auf unterschiedliche Weise Schaden nehmen können, schließt Art. 14 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der Eigentumsgefahren des Klimawandels ein. Von eigenem Gewicht ist dabei, dass bei einem ungehinderten Klimawandel auch in Deutschland, etwa infolge von Überschwemmungen und des ansteigenden Meeresspiegels, Häuser oder sogar ganze Siedlungsgebiete unbewohnbar werden könnten.<sup>218</sup> Der Aspekt des Eigentumsschutz streitet also vorliegend in beiden Richtungen: gegen die Regelung, aber zugleich auch – in Bezug auf andere Eigentümer, deren Eigentum durch die Erderwärmung gefährdet oder entwertet wird – für die Regelung.

Im Jahr 2045 ist dann ein Zeitpunkt erreicht, in dem die Volkswirtschaft im Wesentlichen defossilisiert, also transformiert sein muss. Der den Interessen der Grundrechtsträgern entgegenstehende Belang, der zudem auch einen sozialen Bezug aufweist, wiegt andererseits sehr schwer: Die überragende Bedeutung des Klimaschutzes und der Notwendigkeit, bei der Stromerzeugung Treibhausgasemissionen 2045 zu beenden, rechtfertigt zwar nicht jeden noch so schweren Eingriff. Die (mittelbaren) Folgen des Klimawandels, zu denen soziale Verwerfungen großen Ausmaßes gehören, müssen aber durchaus ins Verhältnis gesetzt werden zu den womöglich erheblichen Folgen der durchzuführenden Eingriffe in die grundrechtlichen Rechtspositionen, hier also insbesondere das Eigentum an den Stromerzeugungsanlagen.

Gleichwohl ergibt sich ein umfassender Handlungsspielraum des Gesetzgebers für angemessene, und damit verhältnismäßige Regelungen zur Reduktion und schließlich Beendigung des Einsatzes fossiler Energieträger. Die vorliegend geprüfte Regelung vollzieht diesen letzten Schritt hier im Bereich Stromerzeugung, wirkt hierdurch dem Druck des damit bewirkten Endpunkts aber zugleich vor.

---

<sup>218</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 25, 171.



Umgekehrt würde der Gesetzgeber wohl unverhältnismäßig handeln, wenn er den Einsatz fossiler Brennstoffe hier in der Stromerzeugung gleichsam von heute auf morgen verbieten würde. Dies schon deshalb, weil zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht genügend regenerative Stromerzeugungsanlagen oder regenerative Einsatzstoffe für die vorliegend erfassten Anlagen zur Verfügung stehen. Deshalb wäre etwa eine sofortige Einführung der Null-Emissions-Verpflichtung in der Stromerzeugung durch das Einsatzverbot fossiler Brennstoffe in emittierenden Stromerzeugungsanlagen nicht verhältnismäßig. Je stärker aber die Möglichkeit besteht, Strom auf andere Art herzustellen, also mit immer mehr Erneuerbaren Energien und auch steuerbaren Stromerzeugungsanlagen, die etwa mit Wasserstoff, Biogas oder synthetischen E-Brennstoffen betrieben werden können, desto eher ist die Regelung auch zumutbar. Ein verspätetes Tätigwerden würde zudem auch künftige Generationen übermäßig belasten, indem ihnen die übermäßig notwendige THG-Minderung überlassen wird, so dass deren Freiheiten betroffen sein können.<sup>219</sup>

Wie bereits dargelegt, stellt sich die geplante Regelung unseres Erachtens dabei nicht als Enteignung, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Der Betrieb der Stromerzeugungsanlagen wird nicht verboten, sondern bleibt zulässig, sofern CO<sub>2</sub>-neutrale Brennstoffe eingesetzt werden oder sonst sichergestellt ist, dass die Anlage Treibhausgas nicht emittiert. Lediglich, wenn die aufgeführten regenerativen Substitut-Brennstoffe wie synthetisches E-Methan aus grünem Wasserstoff zum tatsächlichen Inkrafttreten der Regelung 2045 nicht in ausreichender Menge verfügbar sein sollten oder die Mehrkosten so erheblich sind, dass der Betrieb stillzulegen ist, wäre die damit verbundene Belastung für Art. 14 GG unter Umständen als erheblich einzustufen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Regelung mit dem Umweltschutz und der wesentlichen Beschleunigung und Absicherung des deutschen Beitrags der Verlangsamung der Erderwärmung einem als sehr gewichtig einzustufenden Zweck dient.<sup>220</sup> Wie bereits dargelegt, können Anlagenbetreiber hier wohl auch nicht darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber es unterlässt, Vorgaben über die Unzulässigkeit des Einsatzes fossiler Brennstoffe einzuführen.

Dabei stellt sich auch der Einbezug von Bestandsanlagen als erforderlich dar. Eine Ausnahme wäre mit dem Gesetzeszweck der Regelung, nämlich den emittierenden Einsatz fossiler Brennstoffe spätestens bis 2045 zu beenden, nicht zu vereinbaren.<sup>221</sup> Es stellt sich dann aber die Frage, ob und inwieweit für diese Anlagen eine finanzielle Ausgleichspflicht vorzusehen wäre. Eine solche Ausgleichspflicht kann ausnahms-

---

<sup>219</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 149.

<sup>220</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 99, 144 ff., 147.

<sup>221</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 198: Dort zeigt das Gericht auf, dass das Erreichen von Klimaneutralität über Art. 20a GG letztlich zum Staatsziel geworden ist.

12.05.2021

weise erforderlich sein, wenn eine besonders schwerwiegende Inhalts- und Schrankenbestimmung ansonsten unverhältnismäßig wäre. Aus unserer Sicht ist für die Bestimmung, ob eine so schwerwiegende Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt, entscheidend, wie lange die Kraftwerke im Augenblick der „Scharfstellung“ der Regelung etwa 2045 in Betrieb sind und ob sich die Investitionen des Eigentümers, der aufgrund der Regelung zur Beendigung des Betriebs des Kraftwerks gedrängt wird, schon amortisiert haben.<sup>222</sup> Eigentum hat sich aus betriebswirtschaftlicher Sicht amortisiert, wenn der Investitionsbetrag (das heißt die Anschaffungs- oder Herstellungskosten) durch Einnahmeüberschüsse erwirtschaftet wurde. Art. 14 Abs. 1 GG umfasst jedoch keinen Rechtsanspruch auf vollständige Amortisation getätigter Investitionen. Schutzwürdig ist vielmehr nur ein durch Investitionen betätigtes, aus einem gesetzlichen Vertrauenstatbestand abgeleitetes Vertrauen.<sup>223</sup> Ein solches Vertrauen liegt hier aber u.E. nicht vor.<sup>224</sup>

Die Amortisation wird durch das Umweltbundesamt zumindest bei neuen, fossil betriebenen Kraftwerken auf ca. 20 Jahre geschätzt.<sup>225</sup> Geht man von üblichen steuerlichen AfA-Abschreibungen aus, können etwa Stromerzeugungsanlagen und Notstromaggregate in 19 Jahren abgeschrieben werden, BHKW sogar schon in zehn Jahren.<sup>226</sup> Für eine Beendigung des Einsatzes fossiler Brennstoffe in 2045 bliebe damit vom heutigen Zeitpunkt aus mehr als 20 Jahre Zeit, um sich auf die neuen Vorgaben einzustellen. Geht man etwa von einer typischen Amortisation innerhalb der AfA-Abschreibungszeit zuzüglich 25 % Sicherheitsaufschlag aus, ergibt sich eine entschädigungslose Inhalts- und Schrankenbestimmung bei Einhaltung eines zeitlichen Abstands zwischen Regelung und „Scharfschaltung“ derselben von knapp unter 24 Jahren.

Ausgehend von dieser formelhaften Betrachtung könnte bei jüngeren Bestandsanlagen, die erst kürzlich in Betrieb genommen wurden, das Vorsehen einer Entschädigungsoption die Verfassungsmäßigkeit der Regelung absichern, auch wenn sie aus Sicht der Gutachter bei einer etwa 2020 in Betrieb gegangenen Anlage bis 2045 letztlich wohl nicht erforderlich wäre. Für Anlagen, die in Kürze oder demnächst in Betrieb gehen und die angedachte Regelung nicht mehr in ihrer Planung berücksichtigen werden könnte, gilt dies in verstärktem Maße: Das Vorsehen einer gewissen Entschädigung, die aber die Amortisationsmöglichkeit bis 2045 und – unter Einsatz regenerativer Substitut-Brennstoffe oder einer zumutbaren Nachrüstung mit CO<sub>2</sub>-

<sup>222</sup> Michaels/ Däuper, Das Kohleausstiegsgesetz im Überblick, EnWZ 2020, 291 (295).

<sup>223</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 37.

<sup>224</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2)(b)(gg).

<sup>225</sup> Umweltbundesamt, Klimaschutz und Versorgungssicherheit, Entwicklung einer nachhaltigen Stromversorgung, September 2019, S. 8.

<sup>226</sup> Vgl. Amtliche AfA-Tabelle 2021, <https://www.betriebsausgabe.de/afa-tabelle/>, abgelesen zuletzt am 19.04.2021.

Emissionsvermeidungsanlagen auch noch ab 2045 – berücksichtigt, erscheint insoweit als zumindest erwägenswerte Option zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Regelung. Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, dass Anlagenbetreiber grundsätzlich keinen Anspruch auf eine vollständige Amortisation haben. Für Stromerzeugungsanlagen, für die dagegen in der Planung und Genehmigung ein Verbot des emittierenden fossilen Brennstoffeinsatzes berücksichtigungsfähig ist, muss nach unserer Einschätzung jedenfalls keine Entschädigung vorgesehen werden.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Damit erweist sich, dass die Regelung nach unserer Einschätzung so ausgestaltet werden könnte, dass ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit gerechtfertigt werden würde, wobei auch hier gilt, dass die Festlegung des gesetzgeberischen Ziels möglichst frühzeitig erfolgen sollte.

Wird die Regelung also mit einem entsprechenden zeitlichen Vorlauf beschlossen und ermöglicht die Zwischenzeit eine Amortisation der Investition in die Stromerzeugungsanlage, erscheint eine finanzielle Ausgleichszahlung aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich und allenfalls für Grenzfälle erwägenswert. Die vorgenommene Inhalts- und Schrankenbestimmung wäre vielmehr auch ohne eine solche Regelung verhältnismäßig.

Dieses Ergebnis bestätigen wiederum Ausführungen des BVerfG aus dem jüngsten Beschluss zum KSG. Danach stünde ein unbegrenztes Fortschreiten von Erderwärmung und Klimawandel nicht im Einklang mit dem Grundgesetz. Dem stünde neben den grundrechtlichen Schutzpflichten vor allem das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG entgegen, welches die Gesetzgebung – verfassungsrechtlich maßgeblich – durch das Ziel konkretisiert hat, die Erwärmung der Erde auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Indessen kommt Art. 20a GG im Hinblick auf eine Regulierung CO<sub>2</sub>-relevanter Verhaltensweisen zunehmend normatives Gewicht bereits zu. Je mehr vom CO<sub>2</sub>-Budget aufgebraucht ist, desto drängender werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Klimaschutzes und desto gravierender könnten Grundrechtsbeeinträchtigungen in verfassungsrechtlich zulässiger Weise ausfallen.<sup>227</sup>

#### **b) Berufsfreiheit**

Darüber hinaus müsste die Null-Emissions-Regelung mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG vereinbar sein. Art. 14 GG schützt in Abgrenzung zu Art. 12 GG nicht den

<sup>227</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 157.

erworbenen Bestand, sondern die Möglichkeit des künftigen Erwerbs durch die berufliche Betätigung. Art. 12 GG ist neben Art. 14 GG anwendbar, wenn nicht nur Eigentumsrechte ausgestaltet und eingeschränkt werden, sondern zugleich wenigstens mittelbar eine unternehmerische Betätigung betroffen ist.<sup>228</sup>

#### aa) **Schutzbereich**

Die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG enthält ein einheitliches Grundrecht und schützt dabei sowohl die Freiheit der Berufswahl, als auch der Berufsausübung.<sup>229</sup> Träger des Grundrechts sind nicht nur natürliche Personen, sondern nach Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen. Als Beruf wird jede auf Dauer angelegte Tätigkeit verstanden, die der Erzielung oder Sicherung einer Lebensgrundlage dient.<sup>230</sup> Im vorliegenden Fall kommt als betroffener Beruf der des Betreibers von Stromerzeugungsanlagen sowie der des Erzeugers, Händlers und Transporteures der fossilen Brennstoffe in Betracht.

#### bb) **Eingriff**

In den Schutzbereich des Art. 12 GG können zunächst sog. Regelungen mit Berufsbezug eingreifen. Hierbei handelt es sich um Regelungen, die sich unmittelbar auf einen bestimmten Beruf beziehen, wie zum Beispiel Vorgaben für das „Ob“ und das „Wie“ einer beruflichen Tätigkeit oder Regelungen des Arbeitsverhältnisses.<sup>231</sup> Die Null-Emissions-Regelung gibt vor, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt keine fossilen Brennstoffe zur Stromerzeugung eingesetzt werden dürfen. Damit würde sie für die betroffenen Kraftwerksbetreiber unmittelbar gestaltend auf die berufliche Tätigkeit wirken.

Die Hersteller, Händler und Transporteure fossiler Brennstoffe würden durch eine solche Regelung tangiert. Denn es wäre zu erwarten, dass sich infolge der Regelung mit zunehmender Intensität bis zur „Scharfschaltung“ etwa 2045 die Nachfrage nach fossilen Brennstoffen zum Einsatz in Stromerzeugungsanlagen reduziert. Damit liegt jedenfalls eine Regelung mit berufsregelnder Tendenz vor, die ebenfalls einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen kann.

---

<sup>228</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/121, BvR 1456/12.

<sup>229</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 1.

<sup>230</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 4 m.w.N.

<sup>231</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 12, Rn. 11.

12.05.2021

### cc) Rechtfertigung

Gemäß Art. 12 Abs. 2 kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.

Nach der traditionellen Rechtsprechung des BVerfG aus seinem Apothekenurteil<sup>232</sup> sind jedoch auch Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl zulässig und nicht nur in die Berufsausübungsfreiheit. Selbst wenn die dort entwickelte Drei-Stufen-Theorie seit einiger Zeit nicht mehr so einheitlich angewendet wird<sup>233</sup>, so ist dennoch festzustellen, dass Eingriffe in die Berufswahlfreiheit regelmäßig stärkeren Anforderungen unterliegen als Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit.

Das BVerfG geht insoweit davon aus, dass sogenannte Berufsausübungsregelungen, die lediglich das „Wie“ der Berufsausübung regeln, in der Regel von so geringer Eingriffsintensität sind, dass sie bereits gerechtfertigt sind, wenn sie aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.<sup>234</sup> Die Rechtfertigungsanforderungen werden strenger, wenn eine Regelung zunehmend in den Bereich einer Berufswahlregelung rückt, also die Ausübung eines Berufs oder einer bestimmten Tätigkeit ganz oder weitgehend unmöglich machen.<sup>235</sup>

Im vorliegenden Falle wäre ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit dann anzunehmen, wenn der Beruf des Betreibers einer Anlage zur Stromerzeugung fokussiert würde auf die Verwendung emittierender fossiler Rohstoffe zur Stromerzeugung. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn zur Stromerzeugung können neben fossilen Brennstoffen grundsätzlich auch erneuerbare Energieträger eingesetzt werden oder die Stromerzeugung ohne Emissionen erfolgen. Auch den Händlern und Transporteurern fossiler Brennstoffe bleibt es im Grundsatz unbenommen, Erzeugnisse aus erneuerbaren Energieträgern zu vertreiben. Damit ist lediglich die Berufsausübung betroffen; es steht aber kein „Berufsverbot“ über objektive Zulassungsschranken im Raum.

Insofern sind nicht die an objektive oder subjektive Berufswahlregelungen zu stellenden Anforderungen zu beachten.<sup>236</sup> Verlangt werden deshalb nicht etwa – wie bei objektiven Zulassungsschranken – überragend wichtige Gemeinwohlgründe, sondern lediglich vernünftige Gründe des Gemeinwohls, welche die Regelung und den

---

<sup>232</sup> BVerfGE 7, 377.

<sup>233</sup> Trotz Kritik an der Stufenlehre, wonach diese dem Gedanken eines einheitlichen Grundrechts widerspreche und die einzelnen Stufen seinen schwer voneinander abzugrenzen, ist die Theorie sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtslehre grundsätzlich akzeptiert.

<sup>234</sup> BVerfG, Beschluss vom 05.12.1995 - 1 BvR 2011/94.

<sup>235</sup> BVerfG, Beschluss vom 05.12.1995 - 1 BvR 2011/94.

<sup>236</sup> Ruffert, in Epping/Hillgruber, GG, 15.02.2021, Art. 12, Rn. 93ff.

Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit rechtfertigen. Im vorliegenden Fall würde mit der dargestellten Zweckrichtung der Regelung mit dem Klimaschutz aber sogar ein überragender Gemeinwohlgrund vorliegen.<sup>237</sup>

Darüber hinaus müsste die Regelung, welche die Berufsausübung beschränkt, auch verhältnismäßig sein.

### **(1) Geeignetheit**

Bereits ausgeführt wurde die Geeignetheit der Maßnahme zur Verfolgung ihres Klimaschutzzwecks.<sup>238</sup> Hier sind keine anderen Erwägungen anzustellen als bei der Prüfung der Rechtfertigung der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

### **(2) Erforderlichkeit**

Im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme zur Erreichung des Klimaschutzzweckes kann ebenfalls auf die Ausführungen bei der Prüfung des Eigentumsgrundrechts verwiesen werden.<sup>239</sup>

### **(3) Angemessenheit**

Im Hinblick auf die Angemessenheit kann zum einen auch auf die Ausführungen zur Rechtfertigung der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verwiesen werden.<sup>240</sup> Zu berücksichtigen ist hier aber zum einen die Aussicht, mit der Herstellung von fossilen Brennstoffen Gewinne zu erzielen, und zum anderen die Möglichkeit der Gewinnerzielung bei dem Verkauf an die Kraftwerksbetreiber.

Sowohl die Kraftwerksbetreiber als auch die Hersteller fossiler Brennstoffe können durch die geplante Regelung insoweit ganz erheblich beeinträchtigt werden, indem ihre Möglichkeit, Gewinne zu erwirtschaften, massiv eingeschränkt wird. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Möglichkeit zur Gewinnerzielung mit fossilen Brennstoffen schon seit längerem durch die bereits seit mehr als zwanzig Jahren stattfindende Förderung erneuerbarer Energien. Sie ist insbesondere auch durch die Verpflichtung der Unterzeichnerstaaten des Pariser Klimaschutzabkommens zur Begrenzung des globalen Temperaturanstiegs auf deutlich unter 2° C, möglichst auf 1,5° C mit einer gewissen Endlichkeit belastet. Die Beendigung des Einsatzes dieser Brennstoffe trifft die Unternehmen daher nicht unvermittelt. Zudem haben diese

---

<sup>237</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(a).

<sup>238</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2)(b)(bb).

<sup>239</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2)(b)(cc).

<sup>240</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2)(b).

von heute aus betrachtet einen Zeitraum von mehr als 20 Jahren zur Verfügung, um sich auf die neuen Gegebenheiten einzustellen.

Wie bereits oben ausgeführt, vermögen nach der Rechtsprechung des BVerfG Übergangsfristen den Eingriff in die Eigentumsrechte in Form von Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu rechtfertigen. Für die Berufsfreiheit, welche nur den Erwerb schützt, gilt dies erst recht.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Damit erweist sich der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit im vorliegenden Fall als gerechtfertigt. Auch hier ist wieder darauf hinzuweisen, dass dies unter der Voraussetzung steht, dass die technische Umrüstung auf CO<sub>2</sub>-freie Brennstoffe in dem Zeitraum technisch möglich ist.

#### **c) Vereinbarkeit mit Art. 3 GG**

##### **aa) Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung**

Art. 3 GG beinhaltet den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Er verbietet es, gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche gleich zu behandeln, es sei denn, ein abweichendes Vorgehen wäre sachlich gerechtfertigt. Träger dieses Grundrechts können auch juristische Personen sein.<sup>241</sup>

Die Ungleichbehandlung wird der unter dem gemeinsamen Oberbegriff subsumierbaren Personen oder Sachverhalte aufgrund eines Unterscheidungsmerkmals (Differenzierungskriterium) festgestellt. Ob zwei Gegenstände gleich oder ungleich behandelt werden, beurteilt sich anhand eines Vergleichs der Rechtsfolgen. Bei der geplanten Null-Emissions-Regelung ergeben sich verschiedene Anknüpfungspunkte für rechtfertigungsbedürftige Ungleich- oder Gleichbehandlungen:

Zunächst liegt eine Ungleichbehandlung grundsätzlich darin, dass das Verbot nur fossile Brennstoffe trifft, nicht aber CO<sub>2</sub>-neutrale Brennstoffe. Darüber hinaus werden mit einem generellen Verbot alle fossilen Brennstoffe gleichermaßen getroffen. (fossiles) Erdgas gilt aber zumindest im Hinblick auf den THG-Ausstoß als weniger klimaschädlich als etwa Rohöl. Es liegt damit grundsätzlich eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vor.

Da sich die Regelung auf den Einsatz von emittierenden fossilen Brennstoffen in sämtlichen Stromerzeugungsanlagen bezieht, liegt auch insoweit eine zu rechtfertigende Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vor, sodass sich die Frage

<sup>241</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 3, Rn. 4.

stellt, ob eine Differenzierung etwa nach Anlagen erforderlich ist, die Gas oder etwa Heizöl oder vergleichbar THG-emittierende Brennstoffe einsetzen. Dies gilt auch in Bezug auf die Gleichbehandlung von Bestands- und Neuanlagen, da diese möglicherweise – je nach Ausgestaltung gegebenenfalls mit oder ohne Entschädigungsregelung – im Grundsatz gleichermaßen von der Regelung umfasst werden.

Das Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe soll nicht nur für die Stromerzeugung, sondern auch die anderen Sektoren (Industrie, Verkehr, Wärme) und – soweit technisch umsetzbar – auch als Grundstoff und etwa zur Wärmeerzeugung umfassen. Andernfalls wäre auch insoweit eine Rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung gegeben.

## **bb) Rechtfertigung**

Es ist zu prüfen, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung in ihrem Gewicht durch entsprechende sachliche Gründe aufgewogen wird. Der anzulegende Prüfungsmaßstab kann dabei von einer einfachen Willkür- bis hin zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung reichen.

### **(1) Prüfungsmaßstab**

Das BVerfG zieht bei einer Überprüfung von gleichheitsrechtlichen Fallgestaltungen einen differenzierten Maßstab heran: Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von einer bloßen Willkürkontrolle bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen können.<sup>242</sup>

Sofern die Gleich- oder Ungleichbehandlung auch Freiheitsgrundrechte betrifft, wendet die Rechtsprechung den strengeren Maßstab, nämlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, an.<sup>243</sup> Dies ist hier der Fall, da die Null-Emissions-Regelung auch die Freiheitsgrundrechte aus Art. 14 und Art. 12 GG berührt.

### **(2) Verhältnismäßigkeit**

Im Rahmen der gleichheitsbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung geht es um die Frage, ob die jeweiligen Rechtfertigungsgründe für die Differenzierung in einem an-

<sup>242</sup> BVerfGE 129, 49 (69) = NVwZ 2011, 1316; BVerfGE 130, 131 (142) = NVwZ-RR 2012, 257; BVerfG, NJW 2013, 2498 Rn. 57.

<sup>243</sup> Britz, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG – Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, 346, 350.



12.05.2021

gemessenen Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung stehen. Die Ungleichbehandlung bedarf stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.<sup>244</sup>

Das BVerfG prüft hierbei, ob die Ungleichbehandlung einen legitimen Zweck verfolgt oder ob ein legitimer Differenzierungsgrund besteht, ob die Unterscheidung zur Zweckerreichung oder zur Umsetzung des Differenzierungsgrunds geeignet ist und drittens ob die Unterscheidung zur Zweckerreichung oder zur Umsetzung des Differenzierungsgrunds erforderlich ist.<sup>245</sup>

Betrachtet man zunächst die Ungleichbehandlung emittierender fossiler Brennstoffe gegenüber CO<sub>2</sub>-neutralen Brennstoffen oder Einsatzkonstellationen zur Stromerzeugung (CCS/CCU), ergibt sich, dass diese Differenzierung aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gerechtfertigt ist. Denn damit wird der durch die Verbrennung fossiler Brennstoffe entstehende Treibhausgasausstoß verhindert, was dem Umweltschutz gemäß Art. 20a GG dient. Es bestehen keine Zweifel, dass dies angesichts der überragenden Bedeutung des Umweltschutzes auch erforderlich und angemessen wäre. Auch wäre eine Beschränkung auf einzelne fossile Brennstoffe angesichts des Ziels der Regelung, nämlich die Beendigung des Einsatzes fossiler Brennstoffe zur Erreichung der Treibhausgasneutralität in 2045, nicht geeignet. Dies würde das Ziel der Regelung, nämlich den Einsatz fossiler Brennstoffe zum Erreichen der Klimaneutralität spätestens in 2045 zu beenden, gefährden. Dieser Regelungszweck gebietet es darüber hinaus, die Regelung auf sämtliche Stromerzeugungsanlagen sowie auch auf Bestandsanlagen zu erstrecken.<sup>246</sup>

Im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG sind Typisierungen und Generalisierungen trotz der dadurch im Einzelfall bedingten Härten grundsätzlich zulässig.<sup>247</sup> Bei Bestandsanlagen ist allerdings zu differenzieren: Die Betreiber von jüngsten Bestandsanlagen wären gegenüber den übrigen Bestandsanlagenbetreibern verhältnismäßig stark von der Regelung betroffen. Für diese Fälle kann sich die geplante Regelung aufgrund der reduzierten Möglichkeit zur Amortisation der (kapitalintensiven) Investition – gegebenenfalls ohne eine entsprechende Kompensation – als unverhältnismäßig darstellen. Diese Differenzierung könnte aber durch eine – etwa an den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung oder Einreichung der Genehmigungsunterlagen anknüpfende – Kompensationsregelung umgesetzt werden, ohne dass eine Härtefallausnahme für die übrigen Bestandsanlagen erforderlich wäre.

---

<sup>244</sup> BVerfGE 129, 42.

<sup>245</sup> Britz, NJW 2014, 346 mit Verweis u.a. auf BVerfGE 111, 176 (185), 111, 160 (174 f.), 130, 131.

<sup>246</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3).

<sup>247</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 3, Rn. 30.

### cc) **Zwischenergebnis**

Im Ergebnis ist die Null-Emissions-Regelung damit wohl mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

### IV. **Zusammenfassendes Ergebnis**

Im Ergebnis wäre ein Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe in emittierenden Stromerzeugungsanlagen ab 2045 nach unserer Einschätzung sowohl mit dem Unionsrecht als auch mit dem Verfassungsrecht zu vereinbaren.

Das **Unionsrecht**, zunächst in Gestalt des Sekundärrechts, steht dem nicht entgegen, weil in den einschlägigen Richtlinien – insbesondere die Erdgasbinnenmarkt-, Industrieemissions- und Emissionshandels-Richtlinie – keine Regelung enthalten ist, die ein Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung auf nationaler Ebene ausschließt. Dies wäre kompetenzrechtlich wohl auch gar nicht zulässig, denn gemäß Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV bleibt die Wahl zwischen den verschiedenen Energiequellen eine nationale Entscheidung. Für die Zulässigkeit der geplanten Regelung spricht auch der systematische Zusammenhang mit Art. 20 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie und Art. 8 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie. Art. 20 regelt nämlich, dass „die Mitgliedstaaten die Notwendigkeit prüfen, die bestehende Gasnetzinfrastruktur auszuweiten, um die Einspeisung von Gas aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern“. Gemäß Art. 8 Abs. 2 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie können die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Voraussetzungen für die Erteilung von Genehmigungen ausdrücklich auch den „Umweltschutz“ und „Art der eingesetzten Energieträger“ berücksichtigen. Die Norm bestätigt damit, dass die Genehmigungserteilung auch von der Art der eingesetzten Energieträger und deren Klimaschädlichkeit abhängig gemacht werden kann.

Auch das Unionsrecht in Gestalt des Primärrechts stünde der geplanten Regelung nicht entgegen. Zwar greift die Regelung als Maßnahme gleicher Wirkung in die Warenverkehrsfreiheit ein. Diese Beschränkung wäre aber voraussichtlich durch den Umweltschutz rechtfertigbar und auch verhältnismäßig. In Bezug auf die Niederlassungsfreiheit spricht viel dafür, dass es bereits an einer Beschränkung fehlt, da die Regelung den Marktzugang nicht unmittelbar behindert und zu keiner Diskriminierung unter den Marktteilnehmern führt. Selbst wenn man eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit annehmen wollte, käme der Umweltschutz als anerkannter zwingender Grund des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung in Betracht.

Auch das **Verfassungsrecht** stünde einem Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe in Stromerzeugungsanlagen nicht entgegen. Zwar würde die geprüfte Regelung in

das Recht auf Schutz des Eigentums der Betreiber der Stromerzeugungsanlagen gemäß Art. 14 GG eingreifen, weil damit abhängig von der Verfügbarkeit CO<sub>2</sub>-neutraler Brennstoffe und deren Kosten oder von Emissionsvermeidungstechnologien und deren Kosten und Einsatzmöglichkeiten die Nutzbarkeit der Anlagen beschränkt würde. Dabei könnten sogar Stilllegungen zum möglichen „Scharfschalten“ der Regelung 2045 denkbar sein. Gemessen etwa an dem hohen Gewicht des verfolgten Regelungszwecks – hier dem Umweltschutz – sowie wegen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums ließen sich die damit verbundenen Beschränkungen unseres Erachtens aber rechtfertigen. Hierfür sprechen auch die Freiheitsgrundrechte nachwachsender Generationen, die durch einseitige Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasreduzierungslast in die Zukunft gefährdet werden könnten (sog. intertemporaler Grundrechtsschutz).

Auch wenn zulasten von Bestandsanlagen insoweit eine unechte Rückwirkung vorliegt, ist diese nur dann unzulässig, wenn sich die Betroffenen auf einen besonderen Vertrauensschutztatbestand berufen könnten. Dies wäre nach unserem Verständnis für den hier betroffenen Regelungsbereich nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG aber nicht der Fall, weil es hier nicht nur um eine emissionsrechtstypische Vorsorgemaßnahme geht, sondern um darüber hinaus reichende Regelungsgegenstände (Transformation des Energiesystems und Verlangsamung der Erderwärmung). Auch § 5 Abs. 2 BImSchG vermittelt insoweit wohl keinen besonderen Vertrauensschutz, da es bei der geprüften Regelung nicht um die Festlegung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten geht.

Schließlich besteht im Rahmen von Art. 14 GG grundsätzlich auch kein Anspruch auf eine Vollamortisation. Zudem sprechen der überragende Rang des Klimaschutzes und der Zielerreichung der Klimaneutralität in der Verfassung dafür, dass der Gesetzgeber im Rahmen der hier gedachten Inhalts- und Schrankenbestimmung sehr weitgehende Freiräume hätte, die bei Einhalten ausreichender Amortisationszeiträume zwischen gesetzlicher Regelung und letztlicher „Scharfstellung“ 2045 eine finanzielle Ausgleichsregelung entbehrlich macht. Allenfalls bei Betreibern sehr junger Bestandsanlagen, die aber ihre Investitionen nicht mehr an die vorliegende Regelung anpassen konnten, könnte aufgrund erheblicher Folgen für die Nutzbarkeit der Anlagen und der Langlebigkeit und Kapitalintensität der getroffenen Investitionen eine gewisse Kompensation vorgesehen werden, um ein Restrisiko einer Verfassungswidrigkeit auszuschließen. Auch die Eingriffe in Art. 12 GG und Art. 3 GG können vor diesen Hintergründen als gerechtfertigt angesehen werden.

## **B. Einsatz fossiler Brennstoffe in Industrieanlagen**

### **I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die geplante Regelung zur Beendigung des Einsatzes fossiler Brenn- und (nichtstofflicher) Einsatzstoffe, soweit dieser THG-Emissionen freisetzt, auch in industriellen Produktionsanlagen rechtlich umsetzbar wäre. Konkret könnte vorgesehen werden, dass fossile Brennstoffe ab dem 01.01.2045 nicht mehr in Industrieanlagen zu Zwecken der Energieversorgung eingesetzt werden dürfen. Eine Ausnahme würde bilden, wenn die Anlage gleichwohl keine Treibhausgase bzw. CO<sub>2</sub> emittiert, weil sie über eine entsprechende technische Einrichtung zur Abscheidung und Speicherung oder etwa späteren Verwendung des CO<sub>2</sub> verfügt (CCS-/CCU-Einrichtung oder eine vergleichbare Technologie).

Der Industriesektor umfasst dabei etwa Anlagen zur Herstellung von Stahl, Zement, Bundmetallen, chemischen Erzeugnissen, Kunststoffen oder Holz, Glas und Papier. Fossile Brenn- und Einsatzstoffe werden dabei insbesondere zur Deckung des Energie- und Wärmebedarfs<sup>248</sup>, der Verarbeitung<sup>249</sup>, aber auch zur Herstellung von (grauem) Wasserstoff<sup>250</sup> eingesetzt, der sodann wieder energetisch genutzt wird.<sup>251</sup>

Nach § 1 i.V.m. Anhang 1 der 4. BImSchV bedarf die Errichtung und der Betrieb dieser Anlagen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt könnte daher auch in diesem Fall das BImSchG sein. Alternativ könnte die Regelung im Energiewirtschaftsgesetz oder als neues Gesetz nach dem Vorbild des § 51 KVBG umgesetzt werden. Für die weiteren Einzelheiten wird insoweit auf Teil 3A.I verwiesen.

Im Folgenden wird geprüft, ob eine solche Regelung mit dem Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar ist.

### **II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht**

Zu prüfen ist zunächst, ob eine Null-Emissions-Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar wäre. Denn der rechtliche Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers ergibt sich aus den europäischen Vorgaben.

---

<sup>248</sup> Insbesondere Prozesswärme und -dampf u.a. in der chemischen Industrie und Zementherstellung.

<sup>249</sup> Bspw. aus Kohle gewonnener Koks für die Reduktion von Eisenerz zu Roheisen im Hochofen.

<sup>250</sup> So insbesondere in der chemischen Industrie oder etwa in Raffinerien.

<sup>251</sup> *Agora Energiewende*, Klimaneutrale Industrie – Schlüsseltechnologien und Politikoptionen für Stahl, Chemie und Zement, November 2019.

## 1) Vereinbarkeit mit dem Sekundärrecht

### a) Emissionshandels- und Industrieemissions-Richtlinie

Da auch Bereiche der Industrieanlagen dem Emissionshandel unterliegen, stellt sich auch insoweit die Frage, ob die geprüfte Regelung mit den Vorgaben dieser Richtlinien vereinbar wäre. Insoweit ergeben sich jedoch keine weitergehenden Fragen als im Zusammenhang mit Stromerzeugungsanlagen, so dass auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden, vgl. Teil 3A.II.1a). Im Ergebnis stehen die Richtlinien einer nationalen Regelung nach Auffassung der Gutachter nicht entgegen.

### b) Ökodesign-Richtlinie und Durchführungsmaßnahmen

Fraglich ist darüber hinaus, ob die Null-Emissions-Regelung mit der Richtlinie 2009/125/EG<sup>252</sup> (im Folgenden: **Ökodesign-Richtlinie**) vereinbar ist. Diese regelt die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von energieverbrauchsrelevanten Produkten.

#### aa) Regelungsgegenstand

Die Ökodesign-Richtlinie ist Teil der Binnenmarktgesetzgebung wurde (heute Art. 114 AEUV) gestützt und dient damit der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Hintergrund solcher harmonisierender Rechtsakte ist die Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Rechtsrahmen, der eine Sperrwirkung gegenüber nationalen Regelungen, die den Harmonisierungszweck konterkarieren könnten, entfaltet. Nationale Alleingänge als schutzverstärkende Maßnahmen, welche schärfere Bestimmungen einführen, sind nur bei dem kumulativen Vorliegen der Voraussetzungen in Art. 114 Abs. 5 AEUV zulässig.<sup>253</sup>

Energieverbrauchsrelevantes Produkt ist jeder Gegenstand, dessen Nutzung den Verbrauch von Energie in irgendeiner Weise beeinflusst und der in Verkehr gebracht und/oder in Betrieb genommen wird.<sup>254</sup> Ausdrücklich ausgenommen sind nach Art. 1 der Richtlinie nur Verkehrsmittel, sodass wohl industrielle Anlagen einen energieverbrauchsrelevanten Gegenstand darstellen können.

---

<sup>252</sup> Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte.

<sup>253</sup> Calliess/Ruffert/Korte, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 114, Rn. 101.

<sup>254</sup> Art. 2 Nr. 1 Ökodesign-Richtlinie.

Festlegungen können dabei entweder auf der Grundlage einer Selbstverpflichtung oder einer Durchführungsverordnung getroffen werden, wobei die Durchführungsverordnungen dann grundsätzlich eine abschließende Harmonisierung darstellen. Gemäß Art. 6 Abs. 1 der Ökodesign-Richtlinie dürfen Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und/oder die Inbetriebnahme eines Produkts in ihrem Hoheitsgebiet nicht unter Berufung auf Ökodesign-Anforderungen hinsichtlich der in Anhang I Teil 1 genannten Parameter, die von den jeweils geltenden Durchführungsmaßnahmen erfasst werden, untersagen, beschränken oder behindern, wenn das Produkt allen einschlägigen Bestimmungen der jeweils geltenden Durchführungsmaßnahmen entspricht.

#### **bb) Harmonisierungsgrad**

Die Sperrwirkung wird in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Ökodesign-Richtlinie explizit angeordnet. Dort heißt es, dass Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und/oder die Inbetriebnahme eines Produkts in ihrem Hoheitsgebiet nicht unter Berufung auf Ökodesign-Anforderungen betreffend die in Anhang I Teil 1 genannten Parameter, die von der jeweils geltenden Durchführungsmaßnahmen erfasst werden, untersagen, beschränken oder behindern dürfen, wenn das Produkt allen einschlägigen Bestimmungen der jeweils geltenden Durchführungsmaßnahmen entspricht.

Entscheidend ist damit für die Sperrwirkung, ob das Verbot eines bestimmten fossilen Einsatzstoffes als Ökodesign-Anforderung nach der Ökodesign-Richtlinie zu werten ist, die bereits von einer Durchführungsmaßnahme erfasst ist und damit abschließend geregelt wird.

Nach Anhang I, Teil 1 Nr. 1.1 a) der Richtlinie können Ökodesign-Parameter auch die Auswahl und den Einsatz von Rohmaterial umfassen. Es stellt sich damit die Frage, ob und inwieweit die geplante Null-Emissions-Regelung Vorgaben über die einzusetzenden energetischen Einsatzstoffe zulässig sind. Dies hängt zunächst davon ab, ob und inwieweit für industrielle Anlagen überhaupt Vorgaben in einer Durchführungsverordnung getroffen wurden. Industrielle Kraftwerke und sonstige industrielle Anlagen unterliegen aber bisher keinen entsprechenden Festlegungen.

Selbst wenn künftig solche Vorgaben geschaffen werden sollten, bleibt die Wahl der konkret eingesetzten Brennstoffe gemäß Art. 192 Abs. 2 AEUV weiterhin in der Hand der Mitgliedstaaten und dürfte daher auch aus diesem Grund nicht Gegenstand eines Ausschlusses durch die Ökodesign-Richtlinie und einer auf dieser erlassenen Durchführungsverordnung sein.<sup>255</sup>

---

<sup>255</sup> vgl. zu diesem Aspekt im Zusammenhang mit der Emissionshandels-Richtlinie Teil 3A.II.1a)).

## 2) **Vereinbarkeit mit dem Primärrecht**

In Bezug auf das europäische Primärrecht stellt sich auch bei einer Null-Emissions-Regelung, die Industrieanlagen adressiert die Frage, ob die Regelung mit der Warenverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Insoweit kann auf die Ausführungen in Teil 3A.II.2) verwiesen werden.

## 3) **Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass die geplante Regelung wohl mit dem Unionsrecht vereinbar wäre. Das europäische Sekundärrecht enthält keine Regelung, die eine nationale Regelung über den Ausschluss des Einsatzes fossiler Brennstoffe unter bestimmten Randbedingungen nicht zulassen würde. Etwaige Eingriffe in die Warenverkehrs- oder Niederlassungsfreiheit könnten durch den Umweltschutz gerechtfertigt werden.

## III. **Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht**

Eine derartige Regelung müsste zudem formell und materiell mit dem Grundgesetz vereinbar sein.

### 1) **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### a) **Gesetzgebungskompetenz**

Fraglich ist zunächst, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass einer solchen Regelung zukommt. Für das gesamte Bundesimmissionsschutzgesetz ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz letztlich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG, der unter anderem die Luftreinhaltung beinhaltet. Daneben käme auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht, wenn eine Regelung im Schwerpunkt auf das Recht der Wirtschaft (genauer die Energiewirtschaft) abzielt und etwa in einem neuen Gesetz vergleichbar mit dem KVBG umgesetzt wird.<sup>256</sup>

#### b) **Zwischenergebnis**

Im Ergebnis ist die formell-rechtmäßige Ausgestaltung des Verbots des Einsatzes fossiler Brennstoffe in Industrieanlagen möglich.

---

<sup>256</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.1)a).

## 2) Materielle Rechtmäßigkeit

Betroffen durch die Maßnahmen können, wie auch bei Stromerzeugungsanlagen, sowohl das Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) als auch am Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sein.<sup>257</sup>

### a) Eigentumsgarantie

#### aa) Schutzbereich

Geschützt durch Art. 14 Abs. 1 GG ist grundsätzlich das Eigentum an den Werkgrundstücken und Kraftwerksanlagen wie etwa Wärme- oder Dampferzeugern und die zur Verwendung erforderliche Infrastruktur wie etwa Leitungsnetzen, aber auch das Eigentum an der Industrieanlage insgesamt, soweit diese von der Regelung betroffen wären, sowie die Nutzbarkeit dieser Betriebsanlagen. Bloße Gewinnchancen oder auch nur die Erhaltung des Wertes werden von Art. 14 GG hingegen nicht geschützt.<sup>258</sup>

#### bb) Eingriff

##### (1) Eingriff in das Eigentum an den Industrieanlagen

Die geplante Regelung würde zunächst in den sachlichen und persönlichen Schutzbereich des Art. 14 GG der Eigentümer industrieller Produktionsanlagen eingreifen, weil mit dem Verbot des Einsatzes fossiler Brenn- und Einsatzstoffe (nichtstofflicher Art) in den Industrieanlagen die Nutzung der Produktionsanlagen zumindest potentiell behindert würde. Wie bereits dargelegt, werden fossile Brennstoffe in diversen Bereichen industrieller Produktion eingesetzt und müssen dann durch CO<sub>2</sub>-neutrale Brennstoffe ersetzt oder die Anlagen um CO<sub>2</sub>-Emissionsvermeidungseinrichtungen ergänzt werden. Bereits hierin liegt, unabhängig von der Frage der Verfügbarkeit dieser Brennstoffe und Technologien, eine potentielle Nutzungsbeschränkung. In vielen Bereichen würde darüber hinaus die Ersetzung der Brennstoffe und Technologien zur THG-Emissionsvermeidung allein nicht genügen, sondern wäre eine Umstellung oder Abänderung der Produktion auf neue Technologien und Verfahrensweisen erforderlich (z.B. Ersetzung der konventionellen Hochofenroute durch den Einsatz von Direktreduktion mit Wasserstoff). Auch dies stellte eine Nutzungsbeschränkung dar.

---

<sup>257</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2).

<sup>258</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)aa).



12.05.2021

## (2) Eigentum an den Produktionsanlagen fossiler Brennstoff, der Händler und Transporteure

Fraglich ist weiter, ob Hersteller fossiler Brennstoffe (z.B. Betreiber von Raffinerien, zur Förderung von Gas oder Kohle in Deutschland,<sup>259</sup> durch die geprüfte Regelung unmittelbar einer Beschränkung der Nutzung des Eigentums etwa an der Raffinerie unterworfen wären, die zudem selbst eine Industrieanlage wäre. Hier kann auch auf die entsprechenden Ausführungen unter Teil 3A.III verwiesen werden.

Zwar dürfte ein Produzent und Eigentümer der Produktionsanlage diese im Grundsatz weiter nutzen; allerdings würde sich der inländische Markt bis und dann noch einmal zum 01.01.2045 erheblich verkleinern und (noch) weniger Raum für die Herstellung etwa von Heizöl (hier zum Einsatz in Industrieanlagen) sein. Dabei ist davon auszugehen, dass diese Entwicklung durch die vorliegende Regelung in einem gewissen Maße unterstützt wird. Wesentlich angereizt dürfte sie aber auch durch andere Treiber wie einen steigenden CO<sub>2</sub>-Preis oder vielfältige andere Regelungen zur Beschleunigung der Transformation auf nichtfossile Energieanwendungen worden sein. Schließlich könnten dann noch in Betrieb befindliche Kapazitäten in einem gewissen Umfang gegebenenfalls sogar weiter genutzt werden, weil Heizöl theoretisch unter Verwendung von CCS/CCU oder vergleichbarer Technologien oder für den Verkauf ins Ausland oder für Verwendungen außerhalb der Bereich der den vorliegenden Nutzungsverbote genutzt werden könnten.<sup>260</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG werden bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten, die für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, vom Grundgesetz eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet.<sup>261</sup> Sie unterfallen dann aber noch dem Schutz der Berufsausübungsfreiheit.<sup>262</sup>

Ähnliches gilt in Bezug auf die Händler fossiler Brennstoffe zur Nutzung in Industrieanlagen: Die Aussicht auf den Verkauf des Brennstoffs ist von Art. 14 Abs. 1 GG nicht geschützt. Zudem könnten diese ihre Produkte, wie gerade dargestellt, in einem gewissen, heute nicht absehbaren Umfang weiter absetzen. Dabei bestehen gerade bei den Händlern im Verlauf bis 2045 vielfältige Möglichkeiten, den Gegenstand ihres Gewerbebetriebes, soweit dieser überhaupt von Art. 14 GG geschützt ist, zu verlagern und weiterzuentwickeln.

---

<sup>259</sup> Vgl. dazu Teil 3E.

<sup>260</sup> BVerfG, Urteil vom 16.01.1957, 1 BvR 253/56, BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 - 1 BvR 253/56 – Elfes.

<sup>261</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 - 1 BvR 558/91 u. a., BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 - 1 BvR 558, 1428/91 = NJW 2002, 2621 (2625) für die Warnung für Glykol-versetzten Wein, der die tatsächlichen Verkaufschancen beeinträchtigte.

<sup>262</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)b)aa).

Auch die Gasnetzbetreiber wären von der geprüften Regelung für Industrieanlagen nach unserer Einschätzung nur begrenzt betroffen. Denn die Nutzung der Gasnetze als solche würde nicht untersagt oder eingeschränkt, die Nutzungsmöglichkeiten aber andererseits durchaus beschränkt. Auch können fossile Brennstoffe für die dargestellten, weiter zulässigen Nutzungsoptionen oder aber auch regenerative Brennstoffe wie Biomethan und synthetisches E-Gas aus grünem Strom, deren Verwendbarkeit durch die geprüfte Regelung nicht eingeschränkt würde, weiterhin über das Gasnetz transportiert werden.<sup>263</sup>

## **cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

### **(1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung**

Eine Enteignung liegt unseres Erachtens nicht vor: Wie bereits dargelegt, würde eine solche voraussetzen, dass eine vollständige oder teilweise Entziehung konkreter, subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vorliegt sowie die staatliche Güterbeschaffung.<sup>264</sup>

Zunächst fehlt es an einer vollständigen oder teilweisen Entziehung der Eigentumsposition, weil den industriellen Anlagenbetreibern in keinem Fall ihre Anlagen unmittelbar entzogen würden. Zum anderen wären sie, wenn auf die Nutzungsbefugnis abgestellt wird, jedenfalls nicht gehindert, diese ins Ausland zu verkaufen. Selbst wenn man dies anders sehen würde, würde die Nutzungsbefugnis nicht zur staatlichen Güterbeschaffung eingeschränkt. Es läge damit eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor.

### **(2) Gesetzliche Grundlage**

Gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sind Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetz zu bestimmen. Diese Voraussetzung wäre hier erfüllt, unabhängig davon, ob die Regelung im Rahmen eines bestehenden Gesetzes (BImSchG oder EnWG) oder in einem neuen Gesetz umgesetzt werden würde.

### **(3) Verhältnismäßigkeit**

Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss auch selbst verfassungsgemäß sein. Hierzu gehört insbesondere, dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen muss:

---

<sup>263</sup> Vgl. zu den ökonomischen Fragestellungen in Bezug gerade auch die Gasnetze oben Teil 2.

<sup>264</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(1).

**(a) Legitimer Zweck und Geeignetheit**

Die geplante Null-Emissions-Regelung dient dem Umweltschutz, als wesentlichem Schritt zur Klimaneutralität Deutschlands und damit der Verlangsamung der Erderwärmung, und somit einem legitimen Ziel. Sie ist darüber hinaus auch geeignet, zur Zielerreichung beizutragen.<sup>265</sup>

**(b) Erforderlichkeit**

Die Maßnahme müsste darüber hinaus auch erforderlich sein. Es dürfte kein milderes und gleich wirksames Mittel zur Verfügung stehen, um das Ziel der Null-Emissions-Regelung – Treibhausgasneutralität bis 2045 – zu erreichen. Grundsätzlich wäre es denkbar, dieses Ziel der Beendigung des Einsatzes fossiler Energieträger in emittierenden Produktionsanlagen auch durch umfassende Fördermaßnahmen für die Industrie umzusetzen. Für die betroffenen Unternehmen wäre dies eine weniger einschneidende Maßnahme. Dies gilt insbesondere, da die Umstellung auf klimaneutrale Technologien und Verfahrensweisen zur Deckung des Energiebedarfs (Strom, Dampf, Wärme) in der Industrie einen erheblichen Investitionsbedarf auslösen wird und über lange Investitionszyklen gebunden ist. Zu bedenken ist aber, dass mit Fördermechanismen allein eine umfassende Transformation der Volkswirtschaft wohl nicht zu erreichen sein wird, so dass es daher weiterer – auch ordnungsrechtlicher – Instrumente bedarf.<sup>266</sup> Das Instrument einer ausschließlichen Förderung wäre somit nach unserer Einschätzung nicht gleich wirksam. Darüber hinaus existieren bereits jetzt diverse Fördermaßnahmen für die Industrie, die auch noch verstärkt werden sollen.<sup>267</sup>

Ein vollständiges Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe (ohne CCS/CCU-Verfahren oder anderer Alternativen) wäre jedoch wohl nicht erforderlich, da die Vermeidung von THG-Emissionen auch durch die Anwendung von CCS/CCU-Verfahren und der weiteren Zulässigkeit des Einsatzes regenerativer Energieträger wie synthetisches E-Gas aus grünem Strom oder Biomethan erreicht werden kann. Daneben sollten aber auch andere Verfahren wie etwa der Aufbau eines Kohlenstoffkreislaufs über Recycling zulässig sein, da etwa dieses als kostengünstigeres Verfahren wohl ein milderes Mittel gegenüber den CCS/CCU-Verfahren darstellen dürfte.<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2)(b).

<sup>266</sup> *Agora Energiewende*, Klimaneutrale Industrie – Schlüsseltechnologien und Politikoptionen für Stahl, Chemie und Zement, S. 69.

<sup>267</sup> Geplant ist ein CCfD (Carbon-Contract-for-Difference) für die weitere Unterstützung der Transformation in der Industrie aufzubauen.

<sup>268</sup> *Agora Energiewende*, Klimaneutrale Industrie – Schlüsseltechnologien und Politikoptionen für Stahl, Chemie und Zement, S. 50.

**(c) Angemessenheit**

Fraglich ist darüber hinaus, ob die geplante Null-Emissions-Regelung auch angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne, wäre.

**(aa) Schwere und Intensität des Eingriffs**

Für die Betreiber der industriellen Anlagen bedeutet die geprüfte Regelung einen erheblichen Eingriff, da der Verzicht auf fossile Brennstoffe mit erheblichen Umrüstungs- und Investitionsmaßnahmen an den Produktionsanlagen verbunden sein wird, um die bestehenden Produktionsprozesse auf CO<sub>2</sub>-neutrale Energieversorgungstechnologien umzustellen.

Wie bereits dargelegt, ist für die Bewertung der Schwere und Intensität des Eingriffs auch der Zeitraum zwischen Inkrafttreten des Gesetzes (gegebenenfalls schon seiner Einbringung) und der Frist, in der sich die Betroffenen auf die neue Regelung einstellen können, von entscheidender Bedeutung.<sup>269</sup> Grundsätzlich soll die geplante Null-Emissions-Regelung erst ab dem Jahr 2045 den Einsatz fossiler Brennstoffe beenden. Dies würde den betroffenen Unternehmen von heute betrachtet einen Zeitraum von etwas mehr als zwanzig Jahren für die Umstellung belassen. Die meisten Produktionsanlagen, etwa die der Grundstoffindustrie, zeichnen sich aber durch sehr lange Investitionszyklen aus.<sup>270</sup> So weisen die Brennöfen der Zementwerke, die Hochöfen der Primärstahlerzeuger und die Steamcracker der Grundstoffchemie häufig technische Lebensdauern von 50 Jahren oder mehr auf.<sup>271</sup> Gemessen an der hohen technischen Lebensdauer kann die geprüfte Null-Emissions-Regelung daher auch zu einer vorzeitigen Stilllegung der Anlage führen.

Für die Produzenten fossiler Brennstoffe bedeutet die geplante Regelung, wie bereits dargelegt, nur dann einen Eingriff in das Eigentum, wenn die Nutzung der Produktionsanlagen beeinträchtigt werden würde. Da fossile Brennstoffe weiter hergestellt werden können, wäre dies aber wohl nicht der Fall. Würde man entgegen der hier vertretenen Ansicht dennoch einen Eingriff in das Eigentum ansehen, können sich die wirtschaftlichen Folgen auch für diese als erheblich darstellen.

---

<sup>269</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(aa).

<sup>270</sup> *Agora Energiewende*, Klimaneutrale Industrie – Schlüsseltechnologien und Politikoptionen für Stahl, Chemie und Zement, S. 35.

<sup>271</sup> *Agora Energiewende*, Klimaneutrale Industrie – Schlüsseltechnologien und Politikoptionen für Stahl, Chemie und Zement, S. 35.

**(bb) Gewicht des Zwecks des Eingriffs**

Die Regelung dient mit dem Umweltschutz, dem durch Art. 20a GG aber auch einem gewichtigen Zweck.<sup>272</sup>

**(cc) Vertrauensschutzgrundsatz**

Fraglich ist auch hier, ob und inwieweit die Betreiber industrieller Anlagen sich auf den Vertrauensschutzgrundsatz berufen können. Wie bereits dargelegt, steht dem Gesetzgeber bei der Umgestaltung eines Rechtsgebiets ein besonders weiter Spielraum zu.<sup>273</sup> Auch ein Recht darauf, von Neuregelungen verschont zu bleiben, bis einmal getätigte Investitionen sich vollständig amortisiert haben, besteht nicht. Schutzwürdig ist vielmehr nur ein durch Investitionen betätigtes, aus einem gesetzlichen Vertrauenstatbestand abgeleitetes Vertrauen.<sup>274</sup> Dies hat das BVerfG am Maßstab des Art. 14 GG bestätigt.<sup>275</sup> Die Betreiber industrieller Anlagen können aber nach unserer Einschätzung wohl in Bezug auf die hier geplante Regelung keinen besonderen gesetzlichen Vertrauenstatbestand für sich greifbar machen: Wie bereits dargelegt, vermittelt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung kein Vertrauen gegenüber der geplanten Null-Emissions-Regelung, da hier nicht der Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG betroffen ist.<sup>276</sup> Auch § 5 Abs. 2 BImSchG kann in Bezug auf die hier geplante Regelung keinen besonderen gesetzlichen Vertrauenstatbestand begründen, da diese Regelung nur die Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten ausschließen soll.<sup>277</sup> Schließlich können die Anlagenbetreiber nicht darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber auch für die Zukunft auf eine gesetzliche Vorgabe über die Herkunft der einzusetzenden Energieträger verzichtet. Denn das Erreichen der Klimaneutralität und damit die Abkehr von fossilen Energieträgern, die als Zielsetzung der Null-Emissions-Regelung anzusehen ist, gehört seit langem zu den in Europa und Deutschland erklärten Zielsetzungen.<sup>278</sup> Der Industriesektor ist hier keine Ausnahme.

**(dd) Sozialer Bezug des Eigentums**

Auch bei industriellen Anlagen spricht für das Vorliegen einer gesteigerten sozialen Bindung des Eigentums und damit auch einem weiten Gestaltungsspielraum des

---

<sup>272</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2)(b).

<sup>273</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(cc).

<sup>274</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 37.

<sup>275</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14.01.2010, 1 BvR 1627/09.

<sup>276</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(cc).

<sup>277</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(cc).

<sup>278</sup> *Europäische Kommission*, Der europäische grüne Deal, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

Gesetzgebers, dass diese Anlagen in besonderer Weise geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen.<sup>279</sup>

#### (d) Gesamtabwägung

Für die Betreiber industrieller Anlagen ergeben sich erhebliche Folgen aus der vorliegenden Regelung. Denn für eine Umrüstung ihrer Anlagen auf CO<sub>2</sub>-neutrale Technologien und Brennstoffe kann ein sehr erheblicher finanzieller und technischer Aufwand erforderlich werden. Denkbar wäre auch, dass einzelne Anlagen gar nicht mehr nutzbar wären; dies könnte etwa für bestehende Stahlerzeugungsanlagen (Hochöfen) gelten, die fossile Einsatzstoffe zur Reduktion des Eisenerzes einsetzen. Gleiches könnte auch im Bereich der chemischen Industrie gelten. Zudem weisen Industrieanlagen häufig sehr lange Investitionszyklen mit hohen Gesamtnutzungsdauern auf, teilweise bis zu 50 Jahre.

Je nach Entwicklung der Transformation bis 2045 und den bis dahin umzusetzenden weiteren Klimaschutzvorgaben oder wegen des Umsetzungsdrucks u. a. durch einen steigenden CO<sub>2</sub>-Preis trifft das finale Einsatzverbot für fossile Brennstoffe die dann noch nicht transformierten Anlagen und die darin umgesetzten Produktionskonzepte unter Umständen hart. Denn es liegt nahe, dass die Industrieanlagen noch nicht umgestellt sein werden, bei denen sich dies besonders schwierig gestalten würde.

Andererseits wurde die überragende Bedeutung des Klimaschutzes wiederholt ausführlich dargelegt. Ebenso auf die staatliche Schutzpflicht für die Eigentumsrechte Dritter. Da infolge des Klimawandels auch in Deutschland Eigentum, insbesondere landwirtschaftlich genutzte Flächen und Immobilien, auf unterschiedliche Weise Schaden nehmen können, schließt Art. 14 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der Eigentumsgefahren des Klimawandels ein. Rechtsverkürzungen von Eigentümern streiten also für wie gegen die Regelung, was in der Gesamtabwägung ebenfalls angemessen zu berücksichtigen ist.

Im Jahr 2045 ist dann ein Zeitpunkt erreicht, in dem die Volkswirtschaft im Wesentlichen defossilisiert sein muss. Der den Interessen der Grundrechtsträgern entgegenstehende Belang, der zudem auch einen sozialen Bezug aufweise, wiegt andererseits sehr schwer: Die überragende Bedeutung des Klimaschutzes und der Notwendigkeit, in der Industrie Treibhausgasemissionen 2045 zu beenden, rechtfertigt zwar nicht jeden noch so schweren Eingriff. Die (mittelbaren) Folgen des Klimawandels, zu denen soziale Verwerfungen großen Ausmaßes gehören, müssen aber durchaus ins Verhältnis gesetzt werden zu den womöglich erheblichen Folgen der

<sup>279</sup> Dolde, Der Bestandsschutz von Altanlagen im Immissionsschutzrecht, NVwZ 1986, 873 (877).

durchzuführenden Eingriffe in die grundrechtlichen Rechtspositionen, insbesondere das Eigentum an den Industrieanlagen.

Gleichwohl ergibt sich ein umfassender Handlungsspielraum des Gesetzgebers für angemessene, und damit verhältnismäßige Regelungen zur Reduktion und schließlich Beendigung des Einsatzes fossiler Energieträger auch im Industriesektor.

Umgekehrt würde der Gesetzgeber wohl unverhältnismäßig handeln, wenn er den Einsatz fossiler Brennstoffe hier in Industrieanlagen gleichsam von heute auf morgen verbieten würde. Dies schon deshalb, weil zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht genügend regenerative Energieversorgungsanlagen (Strom, Dampf, Wärme) oder regenerative Einsatzstoffe für die vorliegend erfassten Anlagen zur Verfügung stehen. Deshalb wäre etwa die Einführung Null-Emissions-Regelung verbunden mit der Verpflichtung zur sofortigen Umsetzung nicht verhältnismäßig. Je stärker aber die Möglichkeit besteht, die Energieversorgung in Industrieanlagen auf andere Art sicherzustellen, also mit immer mehr erneuerbaren Energienanlagen und auch steuerbaren Stromerzeugungsanlagen, die etwa mit Wasserstoff, Biogas oder synthetischen E-Brennstoffen betrieben werden, desto eher ist die Regelung zumutbar.

Wie bereits dargelegt, stellt sich die geplante Regelung unseres Erachtens dabei nicht als Enteignung, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Der Betrieb der Industrieanlagen wird nicht verboten, sondern bleibt zulässig, sofern CO<sub>2</sub>-neutrale Brennstoffe eingesetzt werden oder sonst sichergestellt ist, dass die Anlage Treibhausgas nicht emittiert. Lediglich, wenn die aufgeführten regenerativen Substitut-Brennstoffe zum tatsächlichen Inkrafttreten der Regelung 2045 nicht in ausreichender Menge verfügbar sein sollten oder die Mehrkosten so erheblich sind, dass der Betrieb stillzulegen wäre, oder wenn die industrielle Produktion vom Einsatz bestimmter, nicht ersetzbarer Energieträger abhängen würde, wäre die damit verbundene Belastung für Art. 14 GG als erheblich einzustufen. Im Rahmen der Gesamtabwägung wäre dann aber wiederum zu berücksichtigen, dass die Regelung mit dem Umwelt- und Klimaschutz und der wesentlichen Beschleunigung und Absicherung des deutschen Beitrags der Verlangsamung der Erderwärmung einem als sehr gewichtig einzustufenden Zweck dient.<sup>280</sup>

Dabei stellt sich auch der Einbezug von Bestandsanlagen als erforderlich dar. Eine Ausnahme wäre mit dem Gesetzeszweck der Regelung, nämlich den emittierenden Einsatz fossiler Brennstoffe spätestens in 2045 zu beenden, nicht zu vereinbaren.<sup>281</sup> Es stellt sich dann aber die Frage, ob und inwieweit für diese Anlagen eine finanzielle

<sup>280</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 99, 144 ff.

<sup>281</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 198: Dort zeigt das Gericht auf, dass das Erreichen von Klimaneutralität über Art. 20a GG letztlich zum Staatsziel geworden ist.

12.05.2021

Ausgleichspflicht vorzusehen wäre. Eine solche Ausgleichspflicht kann ausnahmsweise erforderlich sein, wenn eine besonders schwerwiegende Inhalts- und Schrankenbestimmung ansonsten unverhältnismäßig wäre. Aus unserer Sicht ist für die Bestimmung, ob eine so schwerwiegende Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt, entscheidend, wie lange die Industrieanlagen und besonders ihre energieverSORGungsrelevanten oder energieträgerabhängige Bestandteile (Stromerzeuger, Turbinen, Dampferzeuger, Leitungen, Infrastruktur) im Augenblick der „Scharfstellung“ der Regelung 2045 in Betrieb sind. Ebenfalls von Bedeutung wäre, ob sich diese Investitionen des Eigentümers schon amortisiert haben, die aufgrund der Regelung zur Beendigung des Betriebs der Industrieanlage bzw. deren energieverSORGenden Teile führen, wenn sich die Wirkung der Regelung auf diese Teile beschränken lässt.<sup>282</sup> Eigentum hat sich aus betriebswirtschaftlicher Sicht amortisiert, wenn der Investitionsbetrag (das heißt die Anschaffungs- oder Herstellungskosten) durch Einnahmeüberschüsse erwirtschaftet wurde. Art. 14 Abs. 1 GG umfasst jedoch keinen Rechtsanspruch auf vollständige Amortisation getätigter Investitionen. Schutzwürdig ist vielmehr nur ein durch Investitionen betätigtes, aus einem gesetzlichen Vertrauenstatbestand abgeleitetes Vertrauen.<sup>283</sup>

Im Kontext von Art. 14 GG wird vorliegend die Frage, ob eine Investition in eine geschützte Eigentumsposition (hier eine Industrieanlage) sich bereits so weitgehend amortisiert hat, dass die Inhalts- und Schrankenbestimmung durch die Nutzungsbeschränkung in Bezug auf die Anlage entschädigungslos oder ausnahmsweise entschädigt hingenommen werden muss, an Hand der oben vorgeschlagenen „Amortisationsformel“ bestimmt. Danach wird für die jeweilige Anlage bzw. Anlagenteil die steuerliche maximale AfA-Abschreibungsdauer zuzüglich eines Zeitaufschlags von 25 % zu Grunde gelegt.<sup>284</sup> Dabei ist zu berücksichtigen: Für Industrieanlagen, die häufig komplexe Gebilde von unterschiedlichen Anlagen und Anlagenteilen mit unterschiedlichen Abschreibungsdauern darstellen (z.B. Dampferzeuger, Stromerzeugungsanlagen, Generator, Rohleitungen, Stromleitungen, Transformatoren, industrielle Produktionsanlagen (z.B. Papiermaschine, chemischer Reaktor), ist in der Regel auf die jeweils betroffenen Anlagenteile, deren Inbetriebnahme und deren Abschreibungsgrad abzustellen, um so insgesamt die mutmaßliche Amortisation einer Industrieanlage bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu ermitteln.<sup>285</sup> Allerdings könnte der wirtschaftliche Wert der industriellen Anlage in ihrem Bestand (der für Art. 14 GG maßgeblichen Substanz) insgesamt – und damit die angemessene Amortisationsdauer – über dem Wert der Amortisationsdauer für die Einzelkomponenten

<sup>282</sup> Michaels/Däuper, Das Kohleausstiegsgesetz im Überblick, EnWZ 2020, 291 (295).

<sup>283</sup> BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 7 C 14/08, Rn. 37.

<sup>284</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc).

<sup>285</sup> Einzige Ausnahme könnte darstellen, wenn der „Rest“ der Industrieanlage, also ohne die betroffenen Anlagenteile, auch nach einer Umrüstung der betroffenen Anlagenteile nicht mehr einsetzbar oder verwendbar wäre.



12.05.2021

liegen. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die energiever sorgenden Anlagenteile nicht auf Emissionsfreiheit umstellbar sein sollten, ohne weitere Teile der Produktionsanlagen zu betreffen und letztlich zu entwerten, wenn die bisherige Energieversorgung nicht vorgesetzt werden kann. Am Beispiel der Stahlerzeugung könnte dies bedeuten: Gesamtumbau der Produktionsanlagen bei Wechsel der Energieversorgung etwa von Kokskohle als Reduktionsmittel auf Strom oder Wasserstoff.

Auf der anderen Seite dient die Regelung, wenn sie eingeführt wird, mit dem Umwelt- und Klimaschutz und als zentralem Instrument zur Sicherstellung der Klimaneutralität als einem Staatsziel mit Verfassungsrang<sup>286</sup> einem überragend wichtigem Gut. Auch wird die Umstellung der Industrie auf klimaneutrale Technologien bereits jetzt durch diverse Fördermaßnahmen unterstützt.<sup>287</sup> Auch spricht viel dafür, dass die Anlagenbetreiber sich wohl nicht auf einen besonderen gesetzlichen Vertrauenstatbestand berufen können: Wie bereits dargelegt, vermittelt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach unserem Verständnis kein Vertrauen gegenüber der geprüften Regelung, da hier nicht der Regelungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG betroffen ist. Auch § 5 Abs. 2 BImSchG kann in Bezug auf die hier geplante Regelung keinen besonderen gesetzlichen Vertrauenstatbestand begründen, da diese Regelung nur die Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Grenzwerten ausschließen soll. Es spricht damit viel dafür, dass die geplante gesetzliche Regelung die Grenze der Unzumutbarkeit auch dann nicht überschreitet, wenn eine vollständige Amortisierung bis zum Jahr 2045 nicht gewährleistet sein könnte.

Anders als bei Stromerzeugungsanlagen sind die Amortisationsgrade per Regelungsscharfschaltung im Industriebereich wegen der Vielfältigkeit und Unterschiedlichkeit der betroffenen Anlagen aber, wie dargestellt, schwerer zu überblicken. Dies spricht eher als bei den Stromerzeugungsanlagen dafür, insoweit einerseits eine Entschädigungsregelung in das regelnde Bundesgesetz aufzunehmen und andererseits eine behördliche Einzelprüfung vorzusehen, mit der zum Stichtag 01.01.2045 ermittelt wird, ob die relevanten Anlagenteile als hinreichend amortisiert gelten können. Ist das dann nicht der Fall, wäre die Behörde verpflichtet, eine angemessene Entschädigung festzusetzen.

Für die Händler und Transporteure fossiler Brennstoffe stellen sich die Folgen als weniger gravierend dar, da die Produktion und der Handel sowie der Transport nicht verboten werden, sondern nur deren Einsatz. Die sehr lange Übergangszeit bis zum

---

<sup>286</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 198.

<sup>287</sup> Erwogen werden etwa CCFD (Carbon-Contract-for-Difference) oder andere Förderregelungen für „grüne Produkte“ und Produktionsverfahren.

Jahr 2045 lässt es als fraglich erscheinen, inwiefern dann eigentumsrechtlich geschützte Wirtschaftsgüter (häufig bewegliche, nicht ortsfeste Anlagen wie Lkw) überhaupt noch nicht vollständig amortisiert wären. Geschützt ist durch Art. 14 GG ohnehin nur der Bestand, nicht aber die Möglichkeit, Gewinne zu erzielen oder sich Absatzmöglichkeit zu erhalten. Insoweit greift dann die Berufsfreiheit.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Damit erweist sich, dass die Regelung nach unserer Einschätzung so ausgestaltet werden könnte, dass ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit gerechtfertigt werden würde, wobei auch hier gilt, dass die Festlegung des gesetzgeberischen Ziels möglichst frühzeitig erfolgen sollte.

#### **b) Berufsfreiheit**

##### **aa) Schutzbereich**

Art. 12 GG schützt in Abgrenzung zu Art. 14 GG nicht den erworbenen Bestand, sondern die Möglichkeit des künftigen Erwerbs durch die berufliche Betätigung. Art. 12 ist neben Art. 14 anwendbar, wenn nicht nur Eigentumsrechte ausgestaltet und eingeschränkt werden, sondern zugleich wenigstens mittelbar eine unternehmerische Betätigung betroffen ist.<sup>288</sup>

##### **bb) Eingriff**

Die Betreiber industrieller Anlagen werden hier in der Verwirklichung ihres Berufes beschränkt, da sie ihre Anlage ohne die erforderliche Umrüstung oder Einsatzstoffumstellung ab 2045 nicht mehr nutzen könnten. Auch die Produzenten, Händler und Transporteure fossiler Brennstoffe wären durch die geplante Regelung in der Verwirklichung ihres Berufs mit Wirkung zum Jahr 2045 eingeschränkt. Zudem ergeben sich Vorwirkungen der Regelung, die Auswirkungen auf die Berufsausübung mit steigender Intensität bis zum Jahr 2045 erwarten lassen, wenn der Beruf von den Grundrechtsträgern dann noch so ausgeübt wird.

---

<sup>288</sup> BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/121, BvR 1456/12 = NJW 2017, 217, Rn. 391, unter Hinweis auf BVerfGE 50, 290 (361 f.); 110, 141 (166 f.); 128, 1 (36 ff.)

**cc) Rechtfertigung**

Bei der hier geplanten Regelung handelt es sich wohl nicht um eine Beschränkung der Berufswahl, sondern um eine Beschränkung der – leichter rechtfertigbaren – Berufsausübung. Denn weder der Beruf des Anlagenbetriebs noch der des Händler oder Transporteure ist auf den Einsatz fossiler Brennstoffe bezogen.

Für die Rechtfertigung dieses Eingriffs bedarf es daher nicht etwa – wie bei objektiven Zulassungsschranken – überragend wichtiger Gemeinwohlgründe, sondern lediglich vernünftiger Gründe des Gemeinwohls. Im vorliegenden Fall würde freilich mit dem Umweltschutz aber sogar ein überragender Gemeinwohlgrund vorliegen.

Die Regelung ist auch verhältnismäßig. Insoweit kann auf die Ausführungen in Teil 3A.III.2)a)cc) verwiesen werden.

**c) Allgemeiner Gleichheitssatz**

**aa) Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung**

Art. 3 GG beinhaltet den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Er verbietet es, gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche gleich zu behandeln, es sei denn, ein abweichendes Vorgehen wäre sachlich gerechtfertigt.

Wie bereits in Teil 3A.III.2)c) dargelegt, bietet die geplante Regelung mehrere Anknüpfungspunkte für Ungleich- oder Gleichbehandlungen. Verfassungsrechtlich relevant ist dabei insbesondere der Einbezug von Bestandsanlagen, die damit wie Neuanlagen gleichermaßen von dem Verbot betroffen sind.

**bb) Rechtfertigung**

Vorliegend ist für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung als Prüfungsmaßstab zu Grunde zu legen, da auch Freiheitsgrundrechte – hier in Form von Art. 12 GG und 14 GG – betroffen sind.

Dabei gilt auch hier, dass weder eine Ausnahme einzelner fossiler Brennstoffe, noch von Bestandsanlagen als milderes Mittel in Betracht käme, da dies den Regelungszweck – sicherer Beitrag dieses Sektors zur Treibhausgasneutralität in 2045 und Vermeidung von Fehlinvestitionen bis dahin – gefährden würde. Gegebenenfalls könnte die Regelung sich aufgrund der langen Amortisationszeiten von Teilen der Industrieanlagen sowie der Kapitalintensität der Investitionen – ohne eine entsprechende Kompensation – als unzumutbar und damit unverhältnismäßig erweisen.

Für die weiteren Einzelheiten ist auf die Ausführungen bei der Gesamtabwägung von Art. 14 GG zu verweisen.

### 3) **Zwischenergebnis**

Im Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass die geprüfte Regelung nach unserer Einschätzung so ausgestaltet werden könnte, dass sie mit der Verfassung vereinbar wäre. Auch für Industrieanlagen gilt, dass für einen Großteil der Anlagen wegen der langen Übergangszeit zwischen Schaffung der Regelung etwa im Jahr 2022/23 und der „Scharfschaltung“ der Regelung 2045 in der Regel die bis 2022/23 erfolgten Investitionen bis 2045 amortisiert sein dürften. Eine Entschädigung wäre dann insoweit auch vor dem Gebot der Verhältnismäßigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen zum Eigentum hier für Industrieanlagen nicht erforderlich.

Zu achten ist jedoch darauf, dass es sich im Industriebereich wegen der gegebenenfalls komplexen Amortisationssituation der häufig aus vielen Einzelkomponenten bestehenden Anlagen gleichwohl anbieten würde, schon bei Schaffung der Norm eine Entschädigungsregelung vorzusehen. Danach könnte auf Vortrag der Anlagenbetreiber vor 2045 gerade für die komplexen Industrieanlagenkonstellationen geprüft werden, inwieweit Investitionen in Anlagenteile, die bereits vor 2022/2023 erfolgten, bis 2045 doch noch nicht in ausreichendem Maße amortisiert wären und deshalb eine Entschädigung erfolgen müsste. Die Regelung sollte darüber hinaus, um verhältnismäßig zu sein, eine Ausnahme für den Einsatz fossiler Brennstoffe unter Anwendung des CCS/CCU-Verfahrens vorsehen sowie zusätzliche, den industriellen Gegebenheiten angepasste Alternativmaßnahmen zulassen wie etwa die Schaffung eines Kohlenstoffkreislaufs durch Recycling.

### IV. **Zusammenfassendes Ergebnis**

Die geprüfte Regelung zur Beendigung des Einsatzes von fossilen Brenn- und anderer energetischer Einsatzstoffen in Industrieanlagen ist nach Einschätzung der Gutachter mit den Vorgaben des Unions- und Verfassungsrechts vereinbar.

Das **Unionsrecht**, zunächst in Gestalt des Sekundärrechts, steht dem nicht entgegen, weil in den einschlägigen Richtlinien keine Regelung enthalten ist, die ein Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe zur Stromerzeugung auf nationaler Ebene ausschließt. Wie bereits unter Teil 3A.IV dargelegt, wäre dies kompetenzrechtlich wohl auch nicht zulässig. Auch unterliegen industrielle Kraftwerke und sonstige industrielle Anlagen bisher keinen Festlegungen in einer Durchführungsverordnung

auf Grundlage der Ökodesign-Richtlinie. Selbst bei Schaffung einer solchen Durchführungsverordnung, spricht für die Zulässigkeit der hier geplanten Regelung, dass die Wahl der konkret eingesetzten Brennstoffe gemäß Art. 192 Abs. 2 AEUV weiterhin den Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Die geprüfte Regelung wäre auch mit dem Primärrecht – insbesondere der Warenverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit – zu vereinbaren.<sup>289</sup>

Schließlich stünde der Regelung auch nicht das **Verfassungsrecht** entgegen. Zwar würde die geprüfte Regelung jedenfalls in das Recht auf Schutz des Eigentums gemäß Art. 14 GG eingreifen, weil damit die Nutzbarkeit der betroffenen Anlagen beschränkt würde. In der Gesamtabwägung sprechen aber die überragende Bedeutung des Klimaschutzes, ebenso wie die staatliche Schutzpflicht für die Eigentumsrechte Dritter (intertemporaler Grundrechtsschutz) für die Zulässigkeit der hier geprüften Regelung. Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass die Regelung nicht von heute auf morgen, sondern erst ab 2045 „scharf“ gestellt werden soll.

Ob und inwieweit für Bestandsanlage eine Entschädigung zu leisten ist, hängt von der Amortisierung der betroffenen Anlagen im Zeitpunkt der „Scharfstellung“ ab. Anders als bei Stromerzeugungsanlagen sind die Amortisationsgrade per Regelungsscharfschaltung im Industriebereich wegen der Vielfältigkeit und Unterschiedlichkeit der betroffenen Anlagen aber schwerer zu überblicken. Dies spricht dafür, insoweit einerseits eine Entschädigungsregelung in das regelnde Bundesgesetz aufzunehmen und andererseits eine behördliche Einzelprüfung vorzusehen, mit der zum Stichtag 01.01.2045 ermittelt wird, ob die relevanten Anlagenteile als hinreichend amortisiert gelten können. Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Teil 3A.IV verwiesen werden. Auch die Eingriffe in Art. 12 GG und Art. 3 GG können vor diesen Hintergründen als gerechtfertigt angesehen werden.

## C. Einsatz fossiler Kraftstoffe im Verkehrssektor

### I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt

Anknüpfungspunkt für gesetzliche Regelungen zur Reduzierungen von THG-Emissionen und zum Erreichen eines klimaneutralen Verkehrs können neben den Fahrzeugen auch die eingesetzten Kraftstoffe sein. Kraftstoffe sind die Einsatzstoffe für die Gewinnung mechanischer Antriebsenergie.<sup>290</sup> Im Folgenden wird daher geprüft, ob zur Reduzierung von THG-Emissionen im Verkehrssektor ein Verbot fossiler Kraftstoffe ab dem Jahr 2045 eingeführt werden kann.

---

<sup>289</sup> Vgl. dazu Teil 3A.IV.

<sup>290</sup> Das BImSchG verwendet teilweise synonym den Begriff „Treibstoffe“.

Im deutschen Recht finden sich Regelungen zu Kraftstoffen im BImSchG. Das Verbot könnte daher auch dort geregelt werden. Ein solches Verbot fossiler Kraftstoffe hätte zwei Komponenten und würde sowohl das Inverkehrbringen fossiler Kraftstoffe als auch deren Verbrennen verbieten.

Das BImSchG regelt in § 34 bislang, dass die Bundesregierung die Beschaffenheit von Kraftstoffen im Wege von Rechtsverordnungen festlegen kann. Auf Grundlage des § 34 BImSchG wurde die Verordnung über die Beschaffenheit und die Auszeichnung der Qualitäten von Kraft- und Brennstoffen – 10. BImSchV erlassen. Zudem existieren auf Grundlage des BImSchG unter anderem noch die Verordnung zur Begrenzung der Emissionen flüchtiger organischer Verbindungen beim Umfüllen und Lagern von Ottokraftstoffen, Kraftstoffgemischen oder Rohbenzin (20. BImSchV) und die Verordnung zur Begrenzung der Kohlenwasserstoffemissionen bei der Betankung von Kraftfahrzeugen (21. BImSchV).

Daneben setzte der deutsche Gesetzgeber in §§ 37a ff. BImSchG die Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie um. Vorgesehen ist danach eine THG-Minderungsquote für Kraftstoffe. An diesen Mechanismus könnte angeknüpft werden, etwa indem § 37a BImSchG dahingehend geändert wird, dass ab dem Jahr 2045 die Treibhausgasminderungsquote bei 100 % liegt, dass also keine fossilen Kraftstoffe mehr in den Verkehr gebracht werden dürfen. Alternativ könnte ein neuer Paragraph in Teil 3 Abschnitt 2 des BImSchG eingeführt werden, der das Inverkehrbringen und das Verbrennen fossiler Kraftstoffe ab dem 01.01.2045 verbietet.

Im Folgenden wird geprüft, ob eine solche Regelung mit dem Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar ist.

## **II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht**

Ein Verbot fossiler Kraftstoffe müsste mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Der rechtliche Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers wird durch europarechtliche Vorgaben determiniert.

### **1) Vereinbarkeit mit dem Sekundärrecht**

#### **a) Erneuerbare-Energien-Richtlinie**

Die EU erließ auf Grundlage von Art. 194 Abs. 1 AEUV die Erneuerbare-Energien-Richtlinie. Es ist daher zu prüfen, ob die Vorgaben der Richtlinie als abschließend anzusehen sind.

12.05.2021

## aa) Regelungsgegenstand

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie etabliert ein verbindliches europäisches Gesamtziel von mindestens 32 % erneuerbare Energien bis 2030. Nach Art. 3 Abs. 1 haben die Mitgliedstaaten ab 2021 gemeinsam sicherzustellen, dass das EU-weite Ausbauziel von 32 % bis 2030 erreicht wird (Art. 3 Abs. 1). Verbindliche Mitgliedstaatenausbauziele an sich gibt es mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nicht mehr. Vielmehr hatten die Mitgliedstaaten ihre nationalen Beiträge gemäß Art. 3 Abs. 2 EE-Richtlinie in Klima- und Energieplänen mit nationalen Beiträge festzulegen (Art. 3 Abs. 2). Die Kommission ist gefordert, das Ziel bis 2023 zu überprüfen und gegebenenfalls zu verschärfen (Art. 3 Abs. 1).

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie legt insgesamt ein EU-weit verbindliches Ausbauziel für erneuerbare Energien von mindestens 32 % bis 2030 zugrunde. Die Richtlinie regelt in den Art. 25 ff den Ausbau der erneuerbaren Energien im Verkehrssektor. Art. 25 der Richtlinie verpflichtet dabei die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die Kraftstoffanbieter – dies sind die Mineralölunternehmen – den Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch des Verkehrssektors bis 2030 um mindestens 14 % steigern. Diese Vorgabe wird in Deutschland durch die THG-Quote gemäß § 37a ff. BImSchG umgesetzt. Danach werden die Inverkehrbringer von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen, also die Mineralölunternehmen, verpflichtet, die Treibhausgasemissionen der von ihnen in Verkehr gebrachten Kraftstoffe gegenüber einem bestimmten Referenzwert zu mindern. Seit dem Jahr 2020 liegt die Minderungsverpflichtung bei 6 %, wobei damit noch die Anforderungen aus der Vorgängerrichtlinie der Erneuerbare-Energien-Richtlinie<sup>291</sup> und der Kraftstoffqualitätsrichtlinie<sup>292</sup> umgesetzt werden. Die THG-Quote verfolgt dabei bisher – wie auch das europäische Recht – einen technologieoffenen Ansatz: Dieser kann sowohl durch Biokraftstoffe als auch strombasierte Kraftstoffe oder Strom erfüllt werden. Bisher haben die Biokraftstoffe (in der Regel als Beimischung zu fossilen Kraftstoffen) den wesentlichen Beitrag für die Senkung der Treibhausgasemissionen im Verkehrssektor geleistet.<sup>293</sup>

<sup>291</sup> Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen.

<sup>292</sup> Richtlinie 98/70/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1998 über die Qualität von Otto- und Dieselmotorkraftstoffen.

<sup>293</sup> Vgl. Bundesumweltamt, „Erneuerbare Energien in Zahlen“, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/erneuerbare-energien-in-zahlen#uberblick>, zuletzt abgerufen am 20.01.2021.

## bb) Harmonisierungsgrad

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie führt, wie dargestellt, den Regulierungsrahmen der Richtlinie 2009/28/EG fort, die verbindliche bis zum Jahr 2020 zu verwirklichende nationale Ziele für den Anteil erneuerbarer Energien am Energieverbrauch und im Verkehrssektor setzte. Bereits die Vorgängerrichtlinie erkannte an, dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Potenziale im Bereich erneuerbarer Energien haben.<sup>294</sup>

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie selbst regelt nur die Zeit bis 2030, so dass sie jedenfalls derzeit keinem Verbot fossiler Kraftstoffe im Jahr 2045 im Wege steht.

Aus der Richtlinie ergibt sich zudem nicht, dass die Mindestquoten für Biokraftstoffe und die anderen Einsatzstoffe abschließend zu verstehen sind. Art. 3 Abs. 4 Erneuerbare-Energien-Richtlinie schreibt lediglich vor, dass seit dem 01.01.2021 der Anteil der Energie aus erneuerbaren Quellen am Bruttoendenergieverbrauch in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht unter den in der dritten Spalte der Tabelle in Anhang I Teil A dieser Richtlinie als Ausgangswert festgelegten Anteil sinken darf. In Art. 3 Abs. 5 heißt es sogar, dass die EU-Kommission die ehrgeizige Zielsetzung der Mitgliedstaaten durch einen Regulierungsrahmen unterstütze, der die verstärkte Nutzung von Unionsmitteln ermöglicht, einschließlich zusätzlicher Mittel zur Erleichterung des gerechten Übergangs zu einem höheren Anteil erneuerbarer Energie in CO<sub>2</sub>-intensiven Regionen. Dies wird wohl so zu verstehen sein, dass besonders weitgehende Maßnahmen in den Mitgliedstaaten auch entsprechend gebilligt werden.

Auch spricht Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie dafür, dass für die Quote an Einsatzstoffen durch die Richtlinie nur Mindestvorgaben gemacht werden. Die Mitgliedstaaten geben selbst einen indikativen Zielpfad an, der jedoch mindestens 14 % betragen muss; für Biokraftstoffe werden gemäß Art. 25 Abs. 2 der Richtlinie bis zum 01.01.2021 70 % an THG-Einsparungen festgelegt. Die Richtlinie überlässt es zudem den Mitgliedstaaten festzulegen, bestimmte Kraftstoffanbieter und Energieträger auszunehmen oder zwischen diesen zu unterscheiden, um unterschiedliche Reifegrade von Technologien und Kosten zu berücksichtigen. Die Anforderungen an die Einsatzstoffe regelt Art. 29 der Richtlinie.

Dieses Verständnis wird auch durch Erwägungsgrund 62 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie gestützt. Dort lobt die Kommission regionale und lokale Gebietskörperschaften, die häufig ambitioniertere Ziele für erneuerbare Energieträger festlegen,

---

<sup>294</sup> Vgl. Erwägungsgrund 22 der Richtlinie EU 2018/2001.



als die Mitgliedstaaten dies auf nationaler Ebene tun. Dieses Engagement unterstützt die EU unter anderem mit der Europäischen Innovationspartnerschaft für intelligente Städte und Gemeinden.

Soweit der Gesetzgeber mit Blick auf eine mögliche künftige Fortschreibung der Richtlinie eine nationale Regelung treffen möchte, die neben dem Endziel eines vollständigen Verbots 2045 auch Zwischenziele vorsieht, sollte er sich an dem System der Erneuerbare-Energien-Richtlinie orientieren, um etwaige Widersprüche zu vermeiden. Die Richtlinie verlangt, dass die Mitgliedstaaten für die Berechnung der Treibhausgaseinsparungen von Biokraftstoffen, flüssigen Biobrennstoffen sowie Biomassebrennstoffen und ihrer fossilen Vergleichsgrößen klare Regeln festlegen, die auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen.<sup>295</sup> Entsprechend sollte dieses System auch bei der (schrittweisen) Festlegung der Quoten bzw. eines Endziels von 100 % Bio- und strombasierten Kraftstoffen angewendet werden.

#### **cc) Zwischenergebnis**

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie steht der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe nicht entgegen.

#### **b) Emissionshandels-Richtlinie**

Nach der Emissionshandels-Richtlinie werden THG-Emissionen bepreist, wobei die Bepreisung an den Ausstoß der Treibhausgase anknüpft. Adressiert von der Regelung werden die Emittenten.<sup>296</sup>

#### **aa) Harmonisierungsgrad**

Die Richtlinie gilt gemäß Art. 2 Abs. 1 nur für die Emissionen der Tätigkeiten aus Anhang I und für die Emission der Treibhausgase aus Anhang II. Die ursprüngliche Fassung der Emissionshandels-Richtlinie zeigt, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie zunächst auf den industriellen Sektor zugeschnitten war und erst später auf den Luftverkehrssektor (Art. 3a ff.) erweitert wurde. Damit werden insgesamt nur bestimmte Sektoren von der Richtlinie erfasst. Andere Sektoren, die ebenfalls maßgeblich an der Emission von Treibhausgasen beteiligt sind, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

---

<sup>295</sup> Vgl. Erwägungsgrund 112 der Richtlinie EU 2018/2001.

<sup>296</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.1)b).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>297</sup> folgt aus der (persönlichen) Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie, dass der Anwendungsbereich schrittweise erweitert werden muss, wenn weitere Sektoren geregelt werden sollen. Für diese Sichtweise spricht auch Art. 24 der Richtlinie, der ein Verfahren für die Einbeziehung weiterer Sektoren vorsieht. Soweit ein Sektor jedoch noch nicht geregelt ist, liegt entsprechend aber auch keine abschließende Regelung vor.<sup>298</sup>

Im Verkehrssektor ist folglich nur der Luftverkehr überhaupt Gegenstand der Emissionshandels-Richtlinie. Allerdings wird die Richtlinie nicht als abschließendes Instrument zu verstehen sein, so dass ein nationales Einsatzverbot daneben zulässig sein dürfte.<sup>299</sup>

#### **bb) Hilfsweise: Schutzverstärkende Maßnahmen**

Soweit man die die Emissionshandels-Richtlinie (in Teilen) für abschließend hält, ist zu prüfen, ob der nationale Gesetzgeber dennoch eigene Maßnahmen treffen darf. Infrage kommt hierfür die Schutzverstärkungsklausel des Art. 193 AEUV, auf die zurückgegriffen werden kann, da der europäische Emissionshandel auf Grundlage von Art. 192 AEUV erlassen wurde.<sup>300</sup>

#### **cc) Zwischenergebnis**

Die Emissionshandels-Richtlinie steht der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe nicht entgegen.

#### **c) Kabotageverkehr-Verordnung**

Das Verbot fossiler Kraftstoffe müsste auch mit der Verordnung (EG) Nr. 1072/2009 (im Folgenden: **Kabotageverkehr-Verordnung**)<sup>301</sup> vereinbar sein. Die Verordnung trifft Regelungen über das Erbringen von Transportdienstleistungen innerhalb eines Landes durch ein ausländisches Logistikunternehmen.

Die Kabotageverkehr-Verordnung zielt darauf, zur Schaffung einer gemeinsamen Verkehrspolitik gemeinsame Regeln für den Marktzugang im grenzüberschreitenden

---

<sup>297</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, RS- C-127/07 - Société Arcelor Atlantique et Lorraine.

<sup>298</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.1)b).

<sup>299</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.1)b)cc).

<sup>300</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.1)b)bb).

<sup>301</sup> Verordnung (EG) Nr. 1072/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum Markt des grenzüberschreitenden Güterkraftverkehrs.

den Güterkraftverkehr auf dem Gebiet der EU, sowie die Festlegung der Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind, aufzustellen.<sup>302</sup> Die Verordnung gilt dabei nach Art. 1 für den grenzüberschreitenden gewerblichen Güterkraftverkehr auf den im Gebiet der Gemeinschaft zurückgelegten Wegstrecken. Die Verordnung sieht unter anderem in Art. 3 vor, dass der grenzüberschreitende Verkehr einer Gemeinschaftslizenz bedarf. Eine solche Lizenz erlaubt dann nach Art. 8 den Verkehrsunternehmen, die Inhaber einer solchen Lizenz sind, unter den in der VO festgelegten Bedingungen die Durchführung von Kabotage. Von dem Regelungsumfang der Kabotage-Verordnung umfasst sind nach Art. 9 unter anderem Fahrzeuggewichte und –abmessungen, Vorschriften für die Beförderung bestimmter Kategorien von Beförderungsgütern, insbesondere gefährlicher Güter, verderblicher Lebensmittel und lebender Tiere und Lenk- und Ruhezeiten. Vorgaben zu weiteren technischen Anforderungen an die Fahrzeuge, einschließlich der eingesetzten Kraftstoffe, macht die Verordnung jedoch nicht.

Die Kabotageverkehr-Verordnung trifft damit keine Regelung, welche ein Verbot fossiler Kraftstoffe betreffen würde, und steht der Einführung eines solchen Verbots in Deutschland damit nicht entgegen.

#### d) **Verordnungen zu technischen Anforderungen an Fahrzeuge**

Fahrzeuge, die auf deutschen Straßen, Gewässern oder Schienen fahren bzw. im Luftraum fliegen wollen, bedürfen im Grundsatz einer Zulassung. Im Unionsrecht finden sich für alle Fahrzeugtypen dazu Vorgaben, welche technischen Anforderungen erfüllt sein müssen, damit ein Fahrzeug aus Sicht des Unionsrechts genehmigungsfähig ist.

##### aa) **Straßenfahrzeuge**

Das Zulassungsrecht für Kraftfahrzeuge wird hinsichtlich der EU-Typengenehmigung, die nach Erteilung in einem Mitgliedstaat von allen Mitgliedstaaten anerkannt werden muss, durch die Verordnung (EU) 858/2018 (im Folgenden: **Typengenehmigungs-Verordnung**)<sup>303</sup> geregelt. Es ist zu prüfen, ob die Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe mit den Regelungen der Verordnung vereinbar ist.

---

<sup>302</sup> Erwägungsgrund 2 der Verordnung (EG) Nr. 1072/2009.

<sup>303</sup> Verordnung (EU) 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG.

## (1) Regelungsgegenstand

Die Verordnung schafft ein unionsweites Genehmigungsverfahren zur Verwirklichung des Binnenmarktes, wozu vor allem eine Harmonisierung und Spezifikation der technischen Anforderungen an Pkw und leichte Nutzfahrzeuge und die Anerkennung einer erteilten EU-Typengenehmigung gehören.<sup>304</sup> Ausweislich der Verordnung sollen die technischen Anforderungen an Pkw und leichte Nutzerfahrzeuge durch die Verordnung und die angehängten Rechtsakte unionsweit gesetzt werden.

Eine nach dieser Verordnung erteilte EU-Typengenehmigung gilt dann in der gesamten Union und wird durch eine Konformitätsbescheinigung nachgewiesen. Die Zulassung eines Fahrzeugs, für das eine EU-Typengenehmigung vorliegt, darf nicht aus Gründen seiner Bau- oder Wirkungsweise verweigert oder verboten werden (Art. 6 Abs. 5 Typengenehmigungs-Verordnung). Die technischen Anforderungen sind in weiteren Rechtsakten definiert. Von besonderer Bedeutung aus Umweltschutzsicht ist zudem die Verordnung (EG) Nr. 715/2007<sup>305</sup> für Pkw sowie für leichte Nutzfahrzeuge die Verordnung (EG) Nr. 692/2008<sup>306</sup>. Für schwere Nutzfahrzeuge finden sich parallele Regelungen in der Verordnung (EG) Nr. 595/2009<sup>307</sup>. Diese Verordnungen enthalten Emissionsgrenzwerte für einzelne Schadstoffe wie Kohlenmonoxid, Stickstoffoxide und Feinstaub, die zur Erteilung der Typengenehmigung eingehalten sein müssen<sup>308</sup>, und wichtige Festlegungen zum Überwachungsverfahren.

## (2) Harmonisierungsgrad

Die Regelungen in den genannten Verordnungen bilden ein geschlossenes System über die Erteilung von Typengenehmigungen, deren Anerkennung und die zu erfüllenden technischen Anforderungen. Insoweit könnte argumentiert werden, dass das Verbot fossiler Kraftstoffe zwar nicht direkt, aber indirekt im Widerspruch dazu steht, da mittelbar weitere technische Anforderungen an Fahrzeuge eingeführt werden. Namentlich wäre dies, auf fossile Kraftstoffe zu verzichten, indem entweder alternative Antriebsarten oder synthetische Kraftstoffe genutzt werden können.

---

<sup>304</sup> Vgl. Erwägungsgrund 7 und 9 der Verordnung (EU) 858/2018.

<sup>305</sup> Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2007 über die Typengenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge.

<sup>306</sup> Verordnung (EG) Nr. 692/2008 hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 6) mit Änderungs-Verordnung 2016/427.

<sup>307</sup> Verordnung (EG) Nr. 595/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über die Typengenehmigung von Kraftfahrzeugen und Motoren hinsichtlich der Emissionen von schweren Nutzfahrzeugen (Euro VI) und über den Zugang zu Fahrzeugreparatur- und -wartungsinformationen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und der Richtlinie 2007/46/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinien 80/1269/EWG, 2005/55/EG und 2005/78/EG.

<sup>308</sup> Vgl. Anhang I zur Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

12.05.2021

Die Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe stellt das Verfahren zur Erteilung von EU-Typengenehmigungen und die Einhaltung bestimmter technischer Anforderungen jedoch nicht infrage. Das Verbot knüpft weder an das zugrundeliegende Verfahren, noch an die zu prüfenden technischen Anforderungen an.

Einerseits können Fahrzeuge, für welche eine EU-Typengenehmigung erteilt wurde, weiterhin in Deutschland zugelassen werden, auch wenn für ihren Betrieb notwendig ist, dass sie die nunmehr verfügbaren nicht-fossilen Kraftstoffe verbrennen können. Weiter stellt ein Verbrennerverbot keine neuen oder anderen Schadstoffemissionswerte auf, die im Widerspruch zu den Werten in Verordnung (EG) Nr. 715/2007 stünden. Das Verbot fossiler Kraftstoffe dient dazu, die THG-Emissionen und insbesondere den Ausstoß von CO<sub>2</sub> zu reduzieren. CO<sub>2</sub> wird jedoch von der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 überhaupt nicht geregelt.

Gegen eine Sperrwirkung der Verordnungen spricht zudem, dass es in der Europäischen Union Regelungen gibt, die dem Umweltschutz und der Reduzierung von THG-Emissionen dienen und dabei sogar unmittelbar die Fahrzeuge betreffen. Die EU legte Flottengrenzwerte basierend auf der CO<sub>2</sub>-Emissionsmenge für Kfz und leichte Nutzfahrzeuge in der Verordnung (EU) 2019/631<sup>309</sup> und für schwere Nutzfahrzeuge in der Verordnung (EU) 2019/1242<sup>310</sup> fest. Aus den Verordnungen wird das Verständnis des Unionsgesetzgebers deutlich, dass nicht alleine die Einhaltung von Abgasnormen entscheidend ist: Die Flottengrenzwerte beschränken die Möglichkeit von Fahrzeugherstellern, weiterhin in gleichem Maße emissionsintensive Fahrzeuge zu produzieren. Dies gilt unabhängig davon, ob einzelne Fahrzeugtypen die Abgasnormen einhalten. Daraus wird deutlich, dass sich aus dem Unionsrecht kein Anspruch für Hersteller oder Halter herleiten lässt, unbegrenzt Fahrzeuge, welche die Euro-Normen erfüllen, auf den Markt zu bringen oder gar darauf, die maximalen Schadstoffemissionen auch tatsächlich ausstoßen zu können.

Es ist außerdem zu erwarten, dass die EU die Emissionsgrenzwerte für Schadstoffe weiter absenkt. So hat die EU-Kommission angekündigt, eine Euro 7 Norm einzuführen, welche mitunter als „Verbrennerverbot“ bezeichnet wird. Inwieweit im Jahr 2045 ein Verbot fossiler Brennstoffe tatsächlich im Widerspruch zu europäischen

---

<sup>309</sup> Verordnung (EU) 2019/631 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für leichte Nutzfahrzeuge und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 443/2009 und (EU) Nr. 510/2011..

<sup>310</sup> Verordnung (EU) 2019/1242 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Festlegung von CO<sub>2</sub>-Emissionsnormen für neue schwere Nutzfahrzeuge und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 595/2009 und (EU) 2018/956 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Richtlinie 96/53/EG des Rates.

Abgasnormen stehen würde oder ob die dann geltenden Grenzwerte dann nicht sehr deutlich unter denen liegen, welche heute noch zulässig sind, ist jedoch offen.

#### **bb) Binnenschiffe und Lokomotiven**

Übergreifend stellt die Verordnung (EU) 2016/1628<sup>311</sup> Emissionsgrenzwerte für gasförmige Schadstoffe und luftverunreinigende Partikel und die Typgenehmigung für Verbrennungsmotoren für nicht für den Straßenverkehr bestimmte mobile Maschinen und Geräte auf. Zu den regulierten Motoren gehören auch solche von Binnenschiffen und Lokomotiven. Grenzwerte werden, wie bei Straßenfahrzeugen, für Luftschadstoffe, wie z. B. Partikel oder für Ozonvorläuferstoffe wie Stickoxide (NO<sub>x</sub>) und Kohlenwasserstoffe festgelegt. Insoweit ist auch diese Verordnung nicht dahingehend zu verstehen, dass daneben keine Maßnahmen zulässig sein dürfen, welche THG-Emissionen reduzieren sollen.

In Erwägungsgrund 19 erkennt der Unionsgesetzgeber zudem auch für diese Fahrzeugtypen die Notwendigkeit an, die Einführung von mit alternativen Kraftstoffen betriebenen Motoren zu fördern, weil ihr Ausstoß von NO<sub>x</sub> und luftverunreinigenden Partikeln niedriger sein kann.

#### **cc) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis dürften die EU-Verordnungen, welche die technischen Anforderungen an Fahrzeuge regeln, der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe nicht entgegenstehen.

#### **e) Flottengrenzwert-Verordnungen**

Die EU legte mit der Verordnung (EU) 2019/631 CO<sub>2</sub>-Grenzwerte für Kfz und leichte Nutzfahrzeuge, mit der Verordnung (EU) 2019/1242 für schwere Nutzfahrzeuge fest (im Folgenden: **Flottengrenzwert-Verordnungen**). Daher stellt sich die Frage, inwieweit in Deutschland ein Verbot fossiler Kraftstoffe eingeführt werden darf, das indirekt einen CO<sub>2</sub>-Grenzwert von null vorgibt, denn unmittelbar anwendbares Unionsrecht genießt eine Vorrangstellung gegenüber nationalem Recht.

---

<sup>311</sup> Verordnung (EU) 2016/1628 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2016 über die Anforderungen in Bezug auf die Emissionsgrenzwerte für gasförmige Schadstoffe und luftverunreinigende Partikel und die Typgenehmigung für Verbrennungsmotoren für nicht für den Straßenverkehr bestimmte mobile Maschinen und Geräte, zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1024/2012 und (EU) Nr. 167/2013 und zur Änderung und Aufhebung der Richtlinie 97/68/EG.

## aa) Regelungsgegenstand

Für Pkw und leichte Nutzfahrzeuge gilt seit 2020 ein Zielwert von 95 g/km CO<sub>2</sub> für Pkw. Dieser muss im Jahr 2020 von 95 % der Neuwagenflotte und ab 2021 von der gesamten Neuwagenflotte eingehalten werden. Für leichte Nutzfahrzeuge gilt ein Wert von 147 g/km CO<sub>2</sub> seit 2020. Daneben regelt die Verordnung einen Mechanismus zur Sanktionierung bei Nichteinhaltung der Vorgaben.

Die Flottengrenzwerte für schwere Nutzfahrzeuge sehen in Art. 8 vor, dass die durchschnittlichen CO<sub>2</sub>-Emissionen pro Kilometer ab 2025 um mindestens 15 % niedriger sein müssen, basierend auf den Werten einer Vergleichsflotte der Jahre 2019/2020. Ab 2030 gilt als Richtwert eine Verringerung um mindestens 30 % im Vergleich zu den Jahren 2019/2020. Die Zielvorgaben für die Zeit nach 2030 sind bislang nicht geregelt; es ist aber in Art. 15 vorgesehen, dass die Richtwerte im Einklang mit den Verpflichtungen der EU im Rahmen des Paris-Abkommens bewertet und fortgeschrieben werden.

## bb) Harmonisierungsgrad

Die Flottengrenzwert-Verordnungen stellen für die Fahrzeugflotten eines Herstellers jeweils verbindliche Grenzwerte auf; diese werden insoweit auch als abschließend zu verstehen sein. Anders als in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie wird man die Grenzwerte nicht nur als Mindestvorgaben verstehen können. Dafür spricht insbesondere, dass die Festlegung der CO<sub>2</sub>-Grenzwerte im Rahmen einer Verordnung und nicht durch eine Richtlinie vorgenommen wurde. Verordnungen gelten gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar und eröffnen den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum.

Allerdings beschränkt sich der Regelungsgehalt der Verordnungen auf die Verpflichtung der Hersteller, bestimmte durchschnittliche spezifische CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht zu überschreiten. So regelt dies beispielsweise Art. 4 der Verordnung für Kfz und leichte Nutzfahrzeuge. Dass diese Regelung weitere Maßnahmen zur Reduzierung von THG-Emissionen im Verkehr sperren soll wird sich daraus kaum ableiten lassen. Auch die EU selbst knüpft zur CO<sub>2</sub>-Reduzierung im Verkehr nicht nur an die Fahrzeuge an, sondern auch an die eingesetzten Kraftstoffe, etwa in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie.<sup>312</sup>

Vor dem Hintergrund, dass die Grenzwerte zwar auch für die Zeit nach 2030 gelten sollen, aber einer Prüfung und Anpassung unterliegen, wird man zudem nicht annehmen müssen, dass der Unionsgesetzgeber weitergehende CO<sub>2</sub>-Einsparungen

---

<sup>312</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.1.a).

sperrern wollte. Es ist zu erwarten, dass die EU selbst zum Erreichen der THG-Mindegrenzwerte bis 2050 die Flottengrenzwerte weiter verschärft.

Zusammenfassend wird man nicht annehmen müssen, dass die Flottengrenzwert-Verordnungen der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe entgegenstehen.

## **2) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht**

### **a) Warenverkehrsfreiheit**

#### **aa) Anwendungsbereich**

Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV verbietet mengenmäßige Beschränkungen der Einfuhr von Waren sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Auch Kraftstoffe, sei es Diesel für den Straßenverkehr, Kerosin für den Luftverkehr oder Schweröl für Schiffe, unterfallen dem Warenbegriff.

Auch ein grenzüberschreitender Bezug liegt vor, da die Verbote fossile Kraftstoffe Unternehmen unabhängig von ihrer Herkunft betreffen sollen.

#### **bb) Beschränkung**

Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV ist jede staatliche Maßnahme in Form einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung.

### **(1) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung**

Unter einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung ist jede Maßnahme zu verstehen, mit der die Einfuhr einer Ware entweder vollständig oder nach Menge, Wert oder Zeitraum begrenzt wird.<sup>313</sup> Auch Durchfuhrverbote sind als mengenmäßige Einfuhrbeschränkung zu behandeln.<sup>314</sup>

Das Verbot fossiler Kraftstoffe soll sich sowohl auf deren Inverkehrbringen als auch auf deren Verwendung beziehen. Nicht verboten werden sollen die Einfuhr in oder die Durchfuhr durch die Bundesrepublik. Das Verbot soll vielmehr ein Verkehrsverbot für fossile Kraftstoffe darstellen, das auch für inländische fossile Kraftstoffe gilt.

---

<sup>313</sup> Leible/Streinzi in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EL 55 Januar 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 55.

<sup>314</sup> EuGH, Urteil vom 12.06.1973, RS 2/73, Rn. 7 – Geddo.



Im Ergebnis wird das Verbot fossiler Kraftstoffe also nicht als mengenmäßige Einfuhrbeschränkung, sondern als Maßnahme gleicher Wirkung einzuordnen sein.

## (2) Maßnahme gleicher Wirkung

Art. 34 AEUV erfasst nicht nur direkte Beschränkungen der Wareneinfuhr im Sinne einer mengenmäßigen Beschränkung, sondern auch Maßnahmen gleicher Wirkung.

Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist nach der Dassonville-Entscheidung des EuGH jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar, mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.<sup>315</sup> Diese weite Auslegung erfuhr durch das Keck-Urteil eine Einschränkung für Verkaufsmodalitäten.<sup>316</sup>

Bei einem Verbot fossiler Kraftstoffe ist damit zwischen dem Verbot des Inverkehrbringens und einem Verbrennungsverbot zu unterscheiden: Das Verbot des Inverkehrbringens fossiler Kraftstoffe stellt ein umfassendes Verkaufsverbot dar, da damit der Vertrieb in Deutschland insgesamt beschränkt wird. Es betrifft also das „Ob“ des Verkaufs und nicht alleine das „Wie“, so dass die Einschränkung der Keck-Rechtsprechung keine Anwendung findet.

Das Verbot des Verbrennens fossiler Kraftstoffe hingegen wird als Maßnahme gleicher Wirkung einzuordnen sein, da es ein Verwendungsverbot dieser Kraftstoffe darstellt. Es könnte lediglich dann nur eine Nutzungsmodalität darstellen, wenn man unterstellt, dass diese Kraftstoffe zwar nicht mehr im Verkehr, aber bspw. in kleineren Geräten wie Rasenmähern o.ä. noch eingesetzt werden können.

## cc) Rechtfertigung

### (1) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Fraglich ist, ob geschriebene Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 AEUV in Betracht kommen, etwa zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen. Eine einzelstaatliche Regelung muss hierfür unmittelbar und konkret auf den Schutz des Lebens und der Gesundheit gerichtet sein.<sup>317</sup>

Das Verbot fossiler Kraftstoffe dient auch dem Schutz der Gesundheit und dem Leben von Menschen und Tieren, indem dadurch die CO<sub>2</sub>-Emissionen sowie der Aus-

<sup>315</sup> EuGH, Urteil vom 11.07.1974, RS 8/74 - Dassonville.

<sup>316</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verb. RS C-267 u. C-268/91 - Keck und Mithouard.

<sup>317</sup> Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 71. EL August 2020, Art. 36 AEUV, Rn. 24.

stoß von Schadstoffen wie NO<sub>x</sub> gesenkt werden. Inwieweit jedoch begründet werden kann, dass das Verbot fossiler Kraftstoffe konkret und unmittelbar dem Schutz der Gesundheit dient, erscheint fraglich. Aus diesem Grund wird es schwierig sein, bei der Rechtfertigung auf einen geschriebenen Rechtfertigungsgrund nach Art. 36 AEUV zurückzugreifen.

## **(2) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe**

Das Verbot fossiler Kraftstoffe kann durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nur gerechtfertigt werden, da es inländische und EU-ausländische Kraftstoffe gleichermaßen erfasst und somit keine offene Diskriminierung vorliegt.

### **(a) Umweltschutz als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls**

Es ist daher zu prüfen, ob „zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls“ als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe hier eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit erlauben.

In Betracht kommt hier der Umweltschutz. Umweltschutz ist ein wesentliches Ziel der Union (Art. 3 Abs. 3 S. 2 AEUV) und ist unter Hinweis auf das entsprechende Primärrecht vom EuGH in ständiger Rechtsprechung als zwingendes Erfordernis anerkannt.<sup>318</sup>

Ein Viertel der THG-Emissionen in der EU entfällt auf den Verkehrssektor und dieser Anteil steigt im Moment weiter. Im European Green Deal weist die EU entsprechend darauf hin, dass die Emissionen gesenkt werden müssen; hierzu müssen alle Verkehrsträger (Straße, Schiene, Luft- und Schifffahrt) beitragen.<sup>319</sup> Ausdrücklich wird in der Verordnung darauf eingegangen, dass im Verkehrssektor, auf den fast ein Viertel der Treibhausgasemissionen in der Union entfällt, die Treibhausgasemissionen auch nach 2020 reduziert werden.<sup>320</sup> Umgesetzt werden kann dies sowohl durch ordnungspolitische Instrumente, wie die Verbote umweltschädlicher Fahrzeuge und Kraftstoffe oder auch durch Konzepte zur Förderung alternativer Antriebstechnologien.

### **(b) Verhältnismäßigkeit**

Das Verbot fossiler Kraftstoffe müsste verhältnismäßig sein.

---

<sup>318</sup> Vgl. nur EuGH, Urteil vom 13.03.2001, RS C-379/98 - PreussenElektra.

<sup>319</sup> EU-Kommission, COM(2019) 640 final, 11.12.2019, European Green Deal, Ziffer 2.1.5.

<sup>320</sup> Erwägungsgrund 12 der Verordnung (EU) 2018/842.

**(aa) Legitimer Zweck**

Das Verbot fossiler Kraftstoffe dient dem Umweltschutz. Aus den Rechtsakten der Union ergibt sich bereits, dass alternative Antriebe und Brennstoffe gefördert werden sollen, so dass ihr Beitrag zum Umweltschutz und dem Erreichen der Klimaschutzziele somit anerkannt sind. So fördert die Richtlinie 2014/94/EU über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe<sup>321</sup> eine Steigerung des Anteils von Elektrofahrzeugen am Verkehr, die Richtlinie (EU) 2018/2001 verlangt, sukzessive den Anteil an nicht-fossilen Kraftstoffen zu erhöhen.

**(bb) Geeignetheit der Regelung**

Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie zu der Erreichung des angestrebten Ziels tauglich ist. Dabei ist den Mitgliedstaaten ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen.

Die THG-Emissionen des Verkehrssektors lagen 2019 bei 163 Mio. t CO<sub>2</sub> und damit auf dem Niveau von 1990.<sup>322</sup> Dies lässt sich unter anderem darauf zurückführen, dass derzeit ca. 93 % der Fahrzeuge fossile Kraftstoffe als Antriebsenergie nutzen.<sup>323</sup> Soweit nun fossile Kraftstoffe ab 2045 nicht mehr zugelassen sind und stattdessen alternative Antriebstechnologien oder CO<sub>2</sub>-arme Kraftstoffe genutzt werden, reduzieren sich die THG-Emissionen im Verkehrssektor entsprechend. Damit verbessert sich die Klimabilanz des Verkehrssektors.

Daher ist die Einführung eines Verbots für fossile Kraftstoffe geeignet, die Umweltbelastungen durch den Verkehr zu reduzieren und so die Ziele des Klima- und Umweltschutzes zu erreichen.

**(cc) Erforderlichkeit**

Erforderlich ist die Einführung eines Verbots für fossile Kraftstoffe, wenn Belastungen der Umwelt durch den Verkehr nicht mit gleichermaßen geeigneten Maßnahmen verringert werden können, die den freien Warenverkehr weniger beeinträchtigen.

Es dürfte keine anderen, gleich geeigneten Maßnahmen wie das Verbot fossiler Kraftstoffe geben. Zu denken wäre zwar an die Förderung von Biomethan, Biodiesel etc. und die weitere Verteuerung herkömmlicher Kraftstoffe. Als mögliche andere

---

<sup>321</sup> Richtlinie 2014/94/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014 über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe.

<sup>322</sup> Vgl. Prognos/Öko-Institut/Wuppertal-Institut, Klimaneutrales Deutschland, 2020, S. 86.

<sup>323</sup> Vgl. Prognos/Öko-Institut/Wuppertal-Institut, Klimaneutrales Deutschland, 2020, S. 86.

12.05.2021

Maßnahmen kämen auch Selbstverpflichtungen der Mineralölkonzerne, keine fossilen Kraftstoffe mehr herzustellen, in Betracht. Auch könnte an Selbstverpflichtungen der Fahrzeughersteller, nur noch Fahrzeuge mit alternativen Antrieben herzustellen, gedacht werden. Gleichfalls könnte an die Käufer appelliert werden, keine Fahrzeuge, die mit fossilen Verbrennungsmotoren betrieben werden, mehr zu kaufen. Daneben könnte auch an eine staatliche finanzielle Förderung alternativer Antriebsarten gedacht werden, um Fahrzeuge, die ohne fossile Kraftstoffe betrieben werden, so stärker auf den Markt zu bringen.

Die Maßnahmen wären zwar weniger einschneidend als ein gänzlich Vertriebs- oder Verbrennungsverbot solcher Kraftstoffe. Das Ziel einer Null-Emission würde dadurch aber nicht erreicht.

Während der Anteil an umweltfreundlichen Fahrzeugen im Straßenverkehr durch solche Maßnahmen zwar zunächst nur langsam, aber immer deutlicher ansteigt<sup>324</sup>, ist nicht klar, ob sich diese positive Entwicklung auf andere Verkehrsbereiche übertragen lässt. Um einen Verkehr ohne kraftstoffbezogene Emissionen in gänzlicher Unabhängigkeit von fossilen Energieträgern zu erreichen, erscheint ein Verbot fossiler Kraftstoffe zielführend zu sein, um die Entwicklung neuer Antriebstechnologien etwa im Schiffs- oder Schienenverkehr voranzutreiben. Allerdings könnten weniger starre Maßnahmen, wie das Einführen von Quoten, wie diese andere Länder für Elektrofahrzeuge bereits haben, oder die Einführung nationaler Flottengrenzwerte, welche die Hersteller ebenfalls zur schrittweisen Umstellung ihrer Fahrzeugproduktion zwingen, ein milderes gleich geeignetes Mittel sein, je nachdem, wie die Maßnahmen ausgestaltet werden. Jedoch ist auch hier fraglich, ob sich solche Maßnahmen auf Fahrzeuge jenseits des Straßenverkehrs überhaupt übertragen lassen.

#### **(dd) Abwägung zwischen Eingriffsschwere und Schutzgewinn**

Es ist nachfolgend eine Abwägung zwischen den betroffenen Gütern durchzuführen.

Ziel des Verbots fossiler Kraftstoffe ist es, die Umwelt zu schützen und insbesondere dazu beizutragen, dass Deutschland die in Anlage 2 KSG festgesetzten Klimaschutzziele erreicht sowie Treibhausgasemissionen und Luftschadstoffe zu reduzieren, um so die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen. Dabei handelt es sich um Schutzgüter mit hohem Gewicht. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Produ-

---

<sup>324</sup> Vgl. <https://www.umweltbundesamt.de/daten/private-haushalte-konsum/konsum-produkte/gruene-produkte-marktzahlen/marktdaten-bereich-mobilitaet#motorisierter-individualverkehr> (abgerufen am 12.11.2020).

zenten, Eigentümer und Händler fossilen Kraftstoffs. Die Produzenten und Eigentümer sowie Händler fossilen Kraftstoffs, die diesen nicht verkaufen – z. B. die Mineralölkonzerne – sondern mit einem Verkauf gewerblich befasst sind, werden ab 2045 einem Verkehrsverbot unterworfen bzw. für den Fall der Anknüpfung an den Verbrennungsvorgang einem faktischen Verkehrsverbot.

Den Eigentümern von Fahrzeugen, die nur mit fossilen Kraftstoffen betrieben werden können, wird ab 2045 die Möglichkeit genommen, ihr Fahrzeug (Auto, Schiff, Flugzeug) zu fahren bzw. zu fliegen. Hierbei kommt es für die Frage, wie schwer der Eingriff wiegt, darauf an, ob die entsprechenden Verkehrsmittel, die bislang mit fossilen Kraftstoffen betrieben wurden, mit alternativen Kraftstoffen betrieben werden können oder alternative Antriebsarten zur Verfügung stehen. Dies wird man derzeit jenseits des motorisierten Individualstraßenverkehrs nicht annehmen können. Allerdings zeigen Studien, dass bis spätestens 2050 auch für die anderen Fahrzeuge Alternativen vorhanden sein werden, die ohne konventionelle Kraftstoffe auskommen.<sup>325</sup>

Bei der Bewertung ist weiter maßgeblich, welcher Zeitraum zwischen der Einführung einer neuen Regelung und ihrem Inkrafttreten liegt. Die EU geht ausweislich des Erwägungsgrunds 83 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie selbst davon aus, dass die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Kraftstoffanbietern in einem Zeitrahmen bis 2030 einen Gesamtanteil von Energie aus erneuerbaren Quellen vorzuschreiben, Investitionssicherheit schaffen kann und die kontinuierliche Entwicklung alternativer erneuerbarer Kraftstoffe, einschließlich fortschrittlicher Biokraftstoffe, flüssiger oder gasförmiger erneuerbarer Kraftstoffe für den Verkehr nicht biogenen Ursprungs, sowie die Nutzung erneuerbarer Elektrizität im Verkehrssektor begünstigen. Die Richtlinie leistet hierzu bereits einen Beitrag, denn die EU geht davon aus, dass das bestehende System den Grundstein dafür legt, die stetige Entwicklung von alternativen Kraftstoffen, einschließlich von Biokraftstoffen, voranzutreiben.<sup>326</sup> Ein Verbot fossiler Kraftstoffe würde dabei den Endpunkt dieser Entwicklung darstellen. Soweit nun ein Endzeitpunkt von 2045 definiert wird, liegt dieser – gerechnet ab dem Jahr 2021 – mehr als 20 Jahre in der Zukunft. Anders als ein Verbot innerhalb weniger Jahre ermöglicht ein Zeitrahmen von über 20 Jahren allen Akteuren eine lange Übergangsfrist. Auf diese Weise wird so den Herstellern und Eigentümern der fossilen Kraftstoffe sowie den Herstellern der Fahrzeuge, die bis dato ausschließlich mit diesen Kraftstoffen betrieben werden können, ausreichend Zeit gegeben, ihre Produktion umzustellen.

---

<sup>325</sup> Vgl. Prognos/Öko-Institut/Wuppertal-Institut, Klimaneutrales Deutschland, 2020, S. 97.

<sup>326</sup> Vgl. Erwägungsgrund 85 der EE-Richtlinie.

12.05.2021

Auch in anderen Unionsrechtsakten findet sich das Verständnis wieder, alternative Antriebe zu fördern und voranzubringen, was dazu führt, dass konventionelle Antriebsarten und Kraftstoffe perspektivisch nicht mehr genutzt werden. Beispiele hierfür sind die Flottengrenzwert-Verordnungen für Pkw, leichte Nutzfahrzeuge und Lkw.<sup>327</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis steht die Warenverkehrsfreiheit der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe nicht entgegen, insbesondere soweit ausreichend alternative Fahrzeuge zur Verfügung stehen.

#### b) Niederlassungsfreiheit

Inwieweit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV vorliegt, hängt maßgeblich von der konkreten Umsetzung durch den Gesetzgeber ab.

Zwar schützt die Niederlassungsfreiheit nicht nur vor Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern verbietet auch Maßnahmen, welche die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit behindern oder weniger attraktiv machen.<sup>328</sup> Allerdings gibt die Niederlassungsfreiheit ihrem Träger nicht das Recht, sich gegen jedwede Vorschrift seines Aufnahmestaates zu wenden, sofern sie nicht diskriminierenden Charakter hat. Die Fallkonstellationen der Niederlassungsfreiheit kommen dann zur Anwendung, wenn nationale Maßnahmen substantiell den Marktzutritt behindern.<sup>329</sup> Dabei ist entscheidend, dass zwischen einer Beschränkung und einem grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang noch ein eindeutiger Ursachenzusammenhang besteht. Vorschriften, die diesen Zusammenhang nicht erfüllen, stellen keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>330</sup>

Überträgt man diese Grundsätze auf die geplante Maßnahme, so spricht vieles dafür, dass es sich bei dem Verbot fossiler Kraftstoffe nicht um Maßnahmen handelt, die unmittelbar den Marktzugang behindern. Im Fall eines Verbots fossiler Kraftstoffe könnte daran gedacht werden, dass so für Hersteller dieser Kraftstoffe oder von Fahrzeugen, für welche ausschließlich diese Kraftstoffe genutzt werden, die Ansiedlung mittelbar beschränkt wird, da die Produkte dort nicht mehr in den Verkehr gebracht bzw. die Fahrzeuge keinen Absatz mehr finden. Jedoch dürften für die Niederlassungswilligen aus dem Verbot keine Doppelbelastungen entstehen und die

<sup>327</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.1)e).

<sup>328</sup> *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EL 66 Februar 2019, Art. 49 AEUV Rn. 89 ff.

<sup>329</sup> *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 49 AEUV Rn. 58.

<sup>330</sup> *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze, 7. Aufl. 2015, Art. 49 Rn. 112 f.

Bestimmungen nicht nur für die Niederlassungswilligen, sondern gleichermaßen auch für Inländer gelten. Darüber hinaus ist kein Ursachenzusammenhang zwischen dem geplanten Verbot fossiler Kraftstoffe und dem grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang festzustellen.

Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit annimmt, käme der Umweltschutz als anerkannter zwingender Grund des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung in Betracht. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind dann die oben genannten Aspekte zu beachten.<sup>331</sup> Unter Berücksichtigung dieser Punkte wird eine Rechtfertigung der Maßnahme möglich sein.

### c) **Besondere Diskriminierungsverbote im Verkehrssektor**

Neben den Grundfreiheiten enthält der AEUV besondere Diskriminierungsverbote für den Verkehrssektor. Diese konkretisieren wie die Grundfreiheiten das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV und gehen nach Art. 58 Abs. 1 AEUV der Dienstleistungsfreiheit vor. Zu prüfen ist daher, ob diese besonderen Regeln der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe entgegenstehen.

Die Vorschrift des Art. 95 Abs. 1 AEUV erweitert das allgemeine Diskriminierungsverbot auf die unterschiedliche Behandlung von Gütern je nach ihrem Herkunfts- oder Bestimmungsort. Die Vorschrift dient dazu, den freien Warenverkehr im Binnenmarkt zu fördern und unterstreicht einen ungeschriebenen Grundsatz der gemeinsamen Verkehrspolitik: die Nichtdiskriminierung von Transporten aufgrund ihres Ausgangs- und Zielortes.<sup>332</sup> Ziel ist es, ein einheitliches System für den Güterverkehr zu schaffen und zu erreichen, dass unterschiedliche Kosten für Im- und Exportgüter nicht durch unterschiedliche Tarife verteuert werden. Anders als die Grundfreiheiten der Art. 34 ff. AEUV enthält Art. 95 Abs. 1 AEUV kein Beschränkungsverbot, sondern nur ein Diskriminierungsverbot aufgrund der „Staatsangehörigkeit“ des Transporteurs bzw. des Transportguts.

Das Verbot fossiler Kraftstoffe erschwert die Erbringung von Transportdienstleistungen, da nicht mehr jedes beliebige Fahrzeug, sei es auf der Straße, dem Wasser oder in der Luft, eingesetzt werden kann. Vielmehr dürfen nur noch Fahrzeuge verwendet werden, die ohne fossile Kraftstoffe auskommen. Allerdings handelt es sich

---

<sup>331</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.2)a)cc).

<sup>332</sup> Streinz/Schäfer/Kramer, 3. Aufl. 2018, Art. 95 AEUV, Rn. 1.

hierbei nicht um eine Diskriminierung aufgrund der Herkunft. Das Verbot des Verbrennens fossiler Kraftstoffe gilt für Transportunternehmen in Deutschland ebenso wie für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten.

Im Ergebnis steht Art. 95 Abs. 1 AEUV der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe nicht entgegen.

### 3) **Zwischenergebnis**

Im Ergebnis dürfte das Unionsrecht der Einführung eines Verbots fossiler Kraftstoffe ab dem Jahr 2045 nicht entgegenstehen.

## III. **Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht**

Eine derartige Regelung müsste formell und materiell mit dem Grundgesetz vereinbar sein.

### 1) **Formelle Verfassungsmäßigkeit**

#### a) **Gesetzgebungskompetenz**

Wenn zur Verwirklichung des Zweckes einer Null-Emission (Treibhausgasminde- rung 100 %) bestehende Regelung lediglich erweitert werden sollen, wie vorliegend § 37a BImSchG, so lässt sich die Gesetzgebungskompetenz durchaus auf diejenigen Bestimmungen stützen, die bereits die bisherige Vorschrift trugen. Für das gesamte Bundesimmissionsschutzgesetz ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz letztlich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG. Hiernach hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz unter anderem für die Luftreinhaltung (und die Lärmbekämpfung).<sup>333</sup>

Ein Verbot des Verbrennens fossiler Kraftstoffe ließe sich ohne weiteres allein auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG stützen, ein Verbot des Inverkehrbringens müsste gegebenenfalls auch das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als Kompetenzgrundlage nutzen. Die Frage, ob nur die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Luftreinhaltung Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 24 GG oder auch eine der anderen Kompetenzgrundlagen<sup>334</sup> anwendbar ist, hängt von der genauen Ausgestaltung der gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere von ihrem Anknüpfungspunkt sowie ihrem genauen Regelungsinhalt ab.

<sup>333</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.1).

<sup>334</sup> Infrage kämen auch Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG für den Luft- und Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG für den Kraftfahrzeugverkehr.



Die besondere Rechtfertigung nach Art. 72 Abs. 2 GG ist im Bereich des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) erforderlich. Jedoch lassen sich die Voraussetzungen, dass nämlich zur Herstellung gleicher Lebensverhältnisse oder zur Wahrung der Rechts- bzw. Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich ist, mit dem übergreifenden Ziel des Klimaschutzes, das ein über die Ländergrenzen hinausgehendes Ziel ist, ohne weiteres rechtfertigen.

## b) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die formell-rechtmäßige Ausgestaltung des Verbots fossiler Kraftstoffe möglich.

## 2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Frage der Betroffenheit wiederum hängt durchaus von der gesetzlichen Ausgestaltung bzw. dem Ansatzpunkt der beschränkenden Regelung ab. Wenn in der Logik der §§ 37a ff. BImSchG auf das Inverkehrbringen des Kraftstoffes abgestellt wird, sind primär gewerblich tätige Personen, welche fossile Kraftstoffe einsetzen, und deren Grundrechte aus Art. 14, 12 und 3 GG betroffen. Privatpersonen (Verbraucher) sind in diesem Falle nur mittelbar betroffen, wenn sie etwa höhere Preise für die Kraftstoffe mit einem steigenden bzw. bis 2045 vollständigen Biogas-Anteil zahlen müssen oder, sofern technisch nachgewiesen, sie ihr Fahrzeug oder Verbrauchsggerät, das diesen Kraftstoff einsetzt, nicht mehr oder nur noch eingeschränkt benutzen können. Deshalb ist nachfolgend eine solche Differenzierung vorzunehmen.

## a) Eigentumsgarantie

### aa) Schutzbereich

Art. 14 Abs. 1 Satz. 1 GG schützt das Eigentum. Art. 14 Abs. 1 GG „*gewährleistet das Recht, die geschützten vermögenswerten Rechte innezuhaben, zu nutzen, zu verwalten und über sie zu verfügen*“.<sup>335</sup> Geschützt ist mithin auch die Nutzung der eigentumsrechtlichen Position (der Gebrauch).<sup>336</sup> Art. 14 GG schützt das Erworbenene, nicht den Erwerb.<sup>337</sup>

<sup>335</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.01.2006, 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (111) = NJW 2006, 1191 (1192) unter Hinweis auf BVerfGE 97, 350 [370] = NJW 1998, 1934; BVerfGE 105, 17 [30] = NJW 2002, 3009.

<sup>336</sup> Axer, in BeckOK GG, Epping/Hillgruber, 46. Edition, Stand: 15.02.2021.

<sup>337</sup> Wendt, in: Sachs, GG, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 43.

Für den vorliegenden Zusammenhang relevant ist besonders die Nutzungsbefugnis.<sup>338</sup> Diese Nutzungsbefugnis betrifft wiederum mehrere unterschiedliche sachliche Gegenstände des Eigentumsrechts.

Sachlicher Gegenstand des Eigentumsrechts ist zunächst der Kraftstoff selbst. Die Verbrennung desselben zum Zwecke der Herstellung kinetischer Energie in einem Kraftfahrzeug, Schiff oder Flugzeug bedeutet eine Nutzung des Eigentumsrechts. Da es sich hierbei aber, gerade aufgrund der Verbrennung, um ein höchst fluides Eigentum handelt, spielt es im vorliegenden Zusammenhang keine besondere Rolle. Gleiches gilt für das Eigentum der Hersteller oder Händler von Kraftstoffen an diesen Kraftstoffen.

Von größerer Relevanz könnte im vorliegenden Fall das Eigentum an den Verkehrsmitteln (Fahrzeugen, Schiffen, Flugzeugen), in denen die Kraftstoffe eingesetzt werden, sein. Die meisten sonstigen Geräte wie etwa Rasenmäher oder Schneefräsen dürften vernachlässigbar sein.

Schließlich ist an das Eigentum der Hersteller von Kraftstoff an den Produktionsanlagen (Raffinerien) zu denken. Die Nutzung dieser Raffinerien gehört grundsätzlich zum grundrechtlich geschützten Eigentumsrecht nach Art. 14 GG.

## **bb) Eingriff**

Ein Eingriff in dieses Eigentumsrecht liegt bei jeder Verkürzung des Schutzbereiches des Grundrechtes vor. Entsprechend den oben benannten unterschiedlichen Gegenständen des Eigentumsrechts sind auch unterschiedliche Eingriffe zu unterscheiden bzw. ist zu prüfen, ob überhaupt ein Eingriff vorliegt.

### **(1) Eingriff in das Eigentum an den Kraftstoffen**

Relativ unproblematisch ist ein Eingriff in das Eigentum an den Kraftstoffen zu bejahen, wenn deren Eigentümern ein Verbrennungsverbot auferlegt wird. Wird lediglich ein Verbot des Inverkehrbringens eingeführt, so liegt kein Eingriff in das Eigentum an solchen Kraftstoffen durch ihre potentiellen Verwender vor, da sie solches Eigentum gar nicht mehr erwerben können und daher auch in ein solches Recht nicht eingegriffen werden kann.

Diese Form des Eingriffs spielt im vorliegenden Falle aber eine vollkommen untergeordnete Rolle. Dies gilt insbesondere deshalb, weil zum Zeitpunkt der Einführung

---

<sup>338</sup> *Wendt*, in: *Sachs, GG, Kommentar*, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 641.

des Gesetzes bestehende Eigentumsrechte an Kraftstoffen durch verbrennende Benutzung derselben faktisch beseitigt sind. Diesem Gedanken ist deshalb nachfolgend keine große Aufmerksamkeit mehr zu widmen.

## **(2) Eingriff in das Eigentum an den Fahrzeugen**

Von größerer Bedeutung ist dagegen das Eigentum an den Fahrzeugen bzw. Verbrauchsgerten, die mit fossilem Kraftstoff betrieben werden.

Wenn die gesetzliche Bestimmung es untersagt, ab 2045 fossile Kraftstoffe zu verwenden bzw. vorschreibt, dass nur Kraftstoffe eingesetzt werden können, die zu 100 % aus erneuerbaren Energien oder (etwa durch CCS/CCU) ohne CO<sub>2</sub>-Emission hergestellt worden sind, liegt insoweit eine Beschränkung der Nutzungsbefugnis des Fahrzeuges vor, unabhängig davon, ob das Fahrzeug mit den entsprechenden vollständig klimaneutralen Kraftstoff einsetzbar ist oder nicht.

Wenn die gesetzliche Regelung dagegen so ausgestaltet wird, dass lediglich das Inverkehrbringen solcher Kraftstoffen untersagt wird, welche aus fossilen Energieträger hergestellt sind bzw. bei denen nicht gewährleistet ist, dass eine vollständige Klimaneutralität erreicht ist, so betrifft dies nicht den Eigentümer des Fahrzeuges oder sonstigen technischen Geräts, in denen der Kraftstoff Verwendung findet. Die Möglichkeit, im Inland solchen Kraftstoff für das Fahrzeug oder das Gerät zu erwerben, ist nicht vom Eigentumsgrundrecht geschützt. Hierin mag man allenfalls eine mittelbare Beschränkung der Nutzungsbefugnis sehen, wenn das Verbot des Inverkehrbringens fossiler Kraftstoffe dazu führen würde, dass die Nutzung des Fahrzeuges praktisch unmöglich wird. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass das Verbot des Inverkehrbringens im Sinne der Regelungssystematik des § 37a BImSchG den Eigentümer des Fahrzeuges nicht daran hindert, etwa im Ausland entsprechenden fossilen Kraftstoff zu erwerben und in seinem Fahrzeug einzusetzen. Wenn er nicht in Grenznähe wohnt, wird dies jedoch zumeist keine praktische Alternative darstellen.

Einen Eingriff in das Eigentumsrecht an den Fahrzeugen/Verbrauchsgerten wird man auch dann annehmen können, wenn das Fahrzeug oder technische Gerät mit einem klimaneutralen Kraftstoff, z.B. Biokraftstoff oder synthetischem Kraftstoff, ebenso gut funktionieren sollte wie mit einem herkömmlichen fossilen Kraftstoff, da immerhin die Art und Weise der Nutzung rechtlich eingeschränkt ist. Die Frage der Schwere des Eingriffs ist aber für die Rechtfertigung desselben von Bedeutung.

12.05.2021

### (3) Eingriff ins Eigentum der Produzenten an Produktionsanlagen sowie der Händler von fossilen Kraftstoffen

Was den Produzenten des nicht CO<sub>2</sub>-freien Kraftstoffes betrifft, so ist zu differenzieren:

Ein Verbot des Inverkehrbringens (Verkaufsverbot) bedeutet nicht unmittelbar eine Beschränkung der Nutzung des Eigentums an der Raffinerie. Der Produzent und Eigentümer der Anlage darf seine Produktionsanlage (z.B. Raffinerie), in der der Kraftstoff hergestellt wird, weiter nutzen. Er könnte z.B. Kraftstoffe aus fossilen Rohstoffen nur für den Verkauf im Ausland herstellen.<sup>339</sup> Insoweit läge jedenfalls kein direkter Eingriff in deren Nutzung vor, weil nicht die Herstellung, wohl aber die Veräußerung im Inland verboten bzw. bei einer schrittweisen Erhöhung der Quote in der Logik des § 37a BImSchG schrittweise verengt würde. Nach der Rechtsprechung des BVerfG werden bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten, die für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, vom Grundgesetz eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet.<sup>340</sup> Ein Verbot des Inverkehrbringens nicht CO<sub>2</sub>-neutraler Kraftstoffe würde nur die Erwerbchancen beeinträchtigen und somit keinen Eingriff ins Eigentumsgrundrecht bedeuten.<sup>341</sup>

Nur wenn man im Gegensatz zur hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass in einem Verbot der Veräußerung der fossilen Kraftstoffe praktisch ein Verbot der Produktion derselben oder eine massive Beeinträchtigung dieser Produktion läge, könnte eine mittelbare Beschränkung des Nutzungsrechts angenommen werden. Was die Mineralöl-Händler (inkl. den Betreibern von Tankstellen) betrifft, so gilt das Gleiche: Die Aussicht auf den Verkauf des Benzins oder Diesels ist nicht geschützt von Art. 14 Abs. 1 GG. Geschützt ist lediglich die Nutzung der Tankstelle als sachliche Einheit. Da diese freilich nicht untersagt wird – sofern dort etwa CO<sub>2</sub>-freie Kraftstoffe (Biodiesel, synthetische Kraftstoffe etc.) feilgeboten werden – liegt hierin höchstens eine Nutzungsbeschränkung.

#### cc) Rechtfertigung

Bei der Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff gerechtfertigt werden kann, kommt es darauf an, um welche Form des Eingriffes es

<sup>339</sup> BVerfG, Urteil vom 16.01.1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 – Elfes.

<sup>340</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 - 1 BvR 558/91 u. a., BVerfGE 105, 252 (277 f.) = NJW 2002, 2621 (2625) für die Warnung für Glykol-versetzten Wein, der die tatsächlichen Verkaufschancen beeinträchtigte.

<sup>341</sup> Vgl. dazu Teil 3C.III.2)b)bb).

sich handelt: um eine Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG oder um eine Enteignung i.S. des Art. 14 Abs. 3 GG.

### **(1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung**

Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt eine Enteignung bei einer vollständigen oder teilweisen Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vor.<sup>342</sup> Weitere Voraussetzung einer Enteignung ist nach dem BVerfG in seinem Urteil zum Atomausstieg<sup>343</sup> der Zweck des Entzugs der Rechtsposition, nämlich die staatliche Güterbeschaffung.

Eine solche Enteignung würde nicht einmal im Hinblick auf die Eigentümer nicht CO<sub>2</sub>-freier Kraftstoffe vorgenommen, denn diese wären zum einen nicht gehindert, den Kraftstoff zu behalten, zum anderen wären sie, wenn auf die Nutzungsbefugnis abgestellt wird, jedenfalls nicht gehindert, diesen ins Ausland zu verkaufen. Selbst wenn man dies als eine teilweise, weitgehende Entziehung der Nutzungsbefugnis an diesen Kraftstoffen ansähe, würde es an dem weiteren vom BVerfG in seinem Urteil zum Atomausstieg<sup>344</sup> hervorgehobenen Merkmal einer Enteignung, der staatlichen Güterbeschaffung, fehlen.

Im Hinblick auf die faktische Nutzungseinschränkung oder Nutzungsaufhebung solcher Fahrzeuge, die nicht mit einem vollständig CO<sub>2</sub>-neutralen Kraftstoff betrieben werden können, ergibt sich deshalb nichts anderes. Mögen diese auch nicht mehr eingesetzt werden können, wenn sie (unterstellt) zwingend fossile Kraftstoffe benötigen, so findet doch keine Nutzungsentziehung zum Zwecke der staatlichen Güterbeschaffung, mithin keine Enteignung, statt.

Somit findet unter keinem Gesichtspunkt eine Enteignung statt, so dass auch grundsätzlich<sup>345</sup> keine Entschädigungsregelung zu treffen ist.

Es bleibt daher lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG in Bezug auf den Kraftstoff, die darin liegt, dass der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der geprüften Regelung noch vorhandene (teil-) fossile Kraftstoff nicht mehr verbrannt werden darf.

---

<sup>342</sup> BVerfG, Urteil vom 12.05.1999, 1 BvF 1/94; Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99; Beschluss vom 22.05.2001, 1 BvR 1512, 1677/97; Urteil vom 16.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/12, BvR 1456/12; st. Rspr.

<sup>343</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/12, BvR 1456/12.

<sup>344</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/12, BvR 1456/12.

<sup>345</sup> Ausnahmsweise kann freilich eine Entschädigung erforderlich sein, dann nämlich, wenn eine Inhalts- und Schrankenbestimmung andernfalls unverhältnismäßig wäre (sog. ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung, seit BVerfG, Beschluss vom 14.07.1981, 1 BvL 24/78 – Pflichtexemplar).

In Bezug auf die Nutzungsbefugnis des Fahrzeugs bzw. des technischen Geräts liegt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums darin, dass es nicht mehr mit fossilen Kraftstoffen gefahren bzw. das technische Gerät nicht mehr mit solchen Kraftstoffen betrieben werden kann.

Im Hinblick auf die Frage, ob das Fahrzeug oder technische Gerät mit einem klimaneutralen Kraftstoff ebenso gut funktionieren kann wie mit einem herkömmlichen fossilen Kraftstoff, unterscheidet sich nur die Tragweite der Inhalts- und Schrankenbestimmung, was für die Frage der Verhältnismäßigkeit bedeutsam ist.

## **(2) Gesetzliche Regelung**

Die in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG normierte Voraussetzung für eine rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung, nämlich das Vorliegen einer gesetzlichen Regelung, wäre bei einer entsprechenden Anpassung des § 37a BImSchG ebenso erfüllt wie bei einem eigenen Gesetz.

Dass die Inhalts- und Schrankenbestimmung enthaltende Gesetz muss auch im Übrigen verfassungsmäßig sein,<sup>346</sup> also etwa auch den Anforderungen des im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vertrauensschutzes genügen. Dessen Gesichtspunkte sind jedoch zugleich grundrechtlicher Art und können auch auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit geprüft werden.<sup>347</sup>

## **(3) Verhältnismäßigkeit**

Die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums muss verhältnismäßig sein. Dies hängt stark von der Ausgestaltung der Regelung ab.

### **(a) Legitimer Zweck**

Ein Grundrechtseingriff ist nur zur Verfolgung legitimer Zwecke möglich. Die Anforderungen hieran sind allerdings gering. Im vorliegenden Fall bestehen an der Legitimität des Zwecks keine Zweifel.

Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine massive Senkung des Kohlendioxidausstoßes sowie des Ausstoßes anderer Treibhausgase bettet sich in eine Fülle von europäischen und nationalen Maßnahmen ein, durch die bestehende völkerrechtliche

---

<sup>346</sup> BVerfG, Urteil vom 25.01.1957, 1 BvR 253/56, BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 – Elfes.

<sup>347</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(2).

12.05.2021

Verpflichtungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten aus dem Übereinkommen von Paris-Abkommen erfüllt werden sollen. Im Bereich der Kraftstoffe dient diesem Ziel bereits der bestehende § 37a BImSchG.

Zudem dienen diese Maßnahmen der Umsetzung von Richtlinien der EU, wie etwa der jüngst novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie<sup>348</sup>, wenn diese auch in ihrer neuesten Fassung noch keine Null-Emission vorsieht, aber Bestimmungen für die Klimaneutralität von Kraftstoffen enthält.<sup>349</sup> Sie gehen freilich noch weit darüber hinaus, dienen allerdings dem auch von dieser Richtlinie verfolgten übergeordneten Ziel, den Klimawandel zu begrenzen und das Abkommen von Paris zu erfüllen.

Auch Art. 20a GG selbst kann in seiner Staatszielqualität direkt als rechtfertigender Zweck des Eingriffs herangezogen werden. Die Vorschrift ist nicht unverbindliches Programm, sondern eine justiziable Rechtsnorm.<sup>350</sup> Sie verpflichtet den Staat zum Klimaschutz.<sup>351</sup> In seinem jüngsten Beschluss hat das BVerfG hat dabei gewissermaßen die Verpflichtungen aus dem Paris-Abkommen, als Ausdruck der genuin globalen Dimension des Klimaschutzgebots als Verwirklichung der in Art. 20a GG angelegten Pflicht zur internationalen Zusammenarbeit gedeutet.<sup>352</sup>

## (b) Geeignetheit

Die Regelung, wonach im Jahr 2045 ausschließlich klimaneutral hergestellter Kraftstoff eingesetzt werden darf, müsste geeignet sein, ihren Zweck zu erfüllen, also diesen Zweck überhaupt zu fördern<sup>353</sup>. Bei der Beurteilung dessen verfügt der Gesetzgeber über einen Einschätzungsprärogative<sup>354</sup>; verfassungsrechtlich genügt hiernach die Möglichkeit der Zweckerreichung.<sup>355</sup>

Wenn 2045 keine CO<sub>2</sub>-Emissionen mehr durch die Verbrennung von Kraftstoffen eintreten können, werden durch den damit erreichten Verringerungspfad die CO<sub>2</sub>-Emissionen gesenkt und es wird letztlich ein Beitrag zur Abmilderung der Erderwärmung geleistet. Der besonders relevante Verkehrssektor war im Jahr 2018 für mehr

<sup>348</sup> Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energien aus erneuerbaren Quellen, ABl. Nr. L 328, S. 82.

<sup>349</sup> Die Richtlinie (EU) 2018/2001 regelt in den Art. 25 ff den Ausbau der erneuerbaren Energien im Verkehrssektor. Art. 25 verpflichtet dabei die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die Kraftstoffanbieter – dies sind die Mineralölunternehmen – den Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch des Verkehrssektors bis 2030 um mindestens 14 % steigern.

<sup>350</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 205.

<sup>351</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 205, Leitsatz 2.

<sup>352</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 149, 201, 210; vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc(3)(a).

<sup>353</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.01.1983, 1 BvR 1008/79, 322/80 und 1091/81; Beschluss vom 20.06.1984, 1 BvR 1494/78; Beschluss vom 10.04.1997, 2 BvL 45/92; Beschluss vom 12.07.2017, 1 BvR 2222/12, 1106/13.

<sup>354</sup> Vgl. nur BVerfG, Urteil vom 05.11.2019, 1 BvL 7/16, zuletzt BVerfG, Beschluss vom 05.05.2021, 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21, Rn. 36.

<sup>355</sup> BVerfG, Beschluss vom 10.04.1997, 2 BvL 45/92; Beschluss vom 12.07.2017, 1 BvR 2222/12, 1106/13.

als 19 % der Treibhausgasemissionen Deutschlands verantwortlich.<sup>356</sup> An der Eignung der Maßnahme zur Förderung des Zwecks besteht somit kein Zweifel.

Keine Rolle spielt bei der Bewertung, ob die Maßnahmen Deutschlands zur Senkung der Emissionen durch Erhöhung der Emissionen in anderen Teilen der Welt, etwa durch Bevölkerungswachstum oder fehlgeleitete Industrialisierung, so stark kompensiert werden könnten, dass das 1,5 °C-Ziel doch nicht erreicht werden könnte. Denn die hierdurch bewirkte Emissionssenkung trägt jedenfalls für sich genommen zur Absenkung der Treibhausgasemissionen in Summe bei. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Bereich des Verkehrs, der notwendig, jedenfalls was den Landverkehr angeht, auf dem Territorium Deutschlands stattfindet, auf das sich der Anwendungsbereich der Regelung erstreckt, ein unweigerlicher Effekt einstellt, weil, anders als im Bereich der stromintensiven Industrie (und zu einem gewissen Teil auch der Energieversorgung) eine Verlagerungseffekt nicht eintreten kann. Insoweit wirken verkehrsbezogene Maßnahmen sogar besonders effektiv. Abgesehen hiervon besteht eine völkerrechtliche Pflicht der Staaten, insbesondere der großen Industriestaaten, die gegenwärtig für die meisten Emissionen verantwortlich sind, zu seiner solchen Senkung zu gelangen. Das BVerfG hat nicht nur, wie erörtert, auf die internationale Dimension des Art. 20a GG selbst und des Klimaschutzgebots hingewiesen, es hat auch betont, dass gerade deshalb nur in internationaler Einbettung *„nationale Klimaschutzmaßnahmen die durch Art. 20a GG geforderte Wirkung entfalten“* könnten; sie müssten *„zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Klimaschutzauftrags ergriffen werden, auch wenn sie für sich genommen das Klimaproblem nicht lösen könnten“*.<sup>357</sup> Deshalb ist es von großer Bedeutung, dass jedes Land seinen Beitrag leistet, damit dies gelingt. Die Regelung fördert jedenfalls ihren Zweck.

### (c) **Erforderlichkeit**

Die Regelung müsste auch erforderlich sein, d.h. es dürfte kein mildereres, aber gleich geeignetes Mittel zur Verfügung stehen.

Es fragt sich deshalb, welche alternativen Mittel hier zur Verfügung stehen könnten, die das Ziel der Null-Emission im Verkehrssektor mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreichen können. Zu denken wäre an die Förderung von Biomethan, Biodiesel etc. und die weitere Verteuerung herkömmlicher Kraftstoffe. Zu denken ist an eine umfassende Förderung der Elektromobilität. Diese Maßnahmen dienen auch der Zurückdrängung fossiler Kraftstoffe. Die Maßnahmen wären zwar weniger einschneidend als ein gänzlich Verbrennungsverbot solcher Kraftstoffe. Das Ziel

<sup>356</sup> Umweltbundesamt, Emissionsquellen, online abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/treibhausgas-emissionen/emissionsquellen#energie-verkehr> (abgerufen am 10.05.2021).

<sup>357</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 199.



einer Null-Emission würde dadurch aber nicht erreicht. Vor allem aber ist bei der Frage nach dem milderen Mittel eines zu berücksichtigen: Die hier diskutierte kraftstoffbezogene Maßnahme ist ohnehin nur Teil einer Vielzahl von Maßnahmen im Verkehrssektor, deren wichtigster die Förderung der Elektromobilität, insbesondere durch den Aufbau eines Netzes von Ladeinfrastruktur, ist. Insoweit besteht nicht der Vergleich zwischen diesen Maßnahmen und dem Verbrennungsverbot bzw. einem Verbot des Inverkehrbringens von fossilen Kraftstoffen, sondern der schlichte Verzicht auf diese Maßnahmen in der Erwartung, dass die Verlagerungseffekte von alleine eintreten. Eine solche Alternative wäre aber nicht gleich wirksam.

#### **(d) Angemessenheit**

Die Bestimmung müsste auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein, d. h. der Nutzen, der für die CO<sub>2</sub>-Emissions-Senkung erreicht wird, dürfte nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs in die Grundrechte stehen.

Hierfür sind zunächst das Gewicht des Eingriffs und das Gewicht der Zwecke des Eingriffs zu bestimmen.

#### **(aa) Schwere und Intensität des Eingriffs**

Zunächst ist das Gewicht des Eingriffs zu bestimmen.

Die Produzenten und Eigentümer sowie Händler fossilen Kraftstoffs, die diesen nicht selbst verbrennen, etwa die Mineralölkonzerne, sondern mit einem Verkauf gewerblich befasst sind, werden ab 2045 einem Verkehrsverbot unterworfen bzw. für den Fall der Anknüpfung an den Verbrennungsvorgang einem faktischen Verkehrsverbot. Der Eingriff ist, bezogen auf die Aussicht, Gewinne aus dem Verkauf zu erzielen, gravierend. Dieser wird aber gerade nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt, sondern allenfalls von Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>358</sup> Geschützt ist lediglich die Nutzung der Verkaufsinfrastruktur (Tankstellen). Diese können nicht mehr zum Verkauf fossiler Kraftstoffe genutzt werden, wohl aber für andere Zwecke, etwa für den Verkauf von Biokraftstoffen, zur Aufstellung von Ladesäulen etc.

Wenn im Hinblick auf die Produzenten fossiler Kraftstoffe, entgegen der hier vertretenen Auffassung, überhaupt von einem Eingriff ausgegangen werden sollte,<sup>359</sup> so wäre festzustellen, dass diese als Eigentümer von in Deutschland gelegenen Raffinerien, in den aus fossilen Rohstoffen, etwa Erdöl oder Kraftstoffe (Diesel- oder Ottokraftstoffe) hergestellt werden, diese dann erhebliche Einbußen erleiden, wenn sie die entsprechenden Produktionsanlagen nicht mehr nutzen können. Dies wäre

---

<sup>358</sup> Vgl. dazu Teil 3C.III.2)a)aa).

<sup>359</sup> Vgl. dazu Teil 3C.III.2)a)bb)(3).

jedenfalls dann der Fall, wenn die Produktionsanlagen, sofern sie nicht etwa für die Herstellung synthetischer Kraftstoffe genutzt werden können, größtenteils wertlos würden. Bei richtiger Betrachtung kann es hierauf jedoch nicht ankommen, da bereits kein Eingriff vorliegt.

Den Eigentümern bestimmter Verkehrsmittel, die nicht mit Biokraftstoffen oder synthetischen Kraftstoffen fahren können bzw. betrieben werden können, wird ab 2045 die Möglichkeit genommen, ihr Fahrzeug (Auto, Schiff, Flugzeug) zu fahren bzw. fliegen. Hierbei kommt es für die Frage, wie schwer der Eingriff wiegt, darauf an, ob die entsprechenden Verkehrsmittel, die bislang mit fossilen Kraftstoffen betrieben wurden, mit alternativen (z.B. synthetischen) Kraftstoffen betrieben werden können.

Bei der Bestimmung der Schwere dieses Eingriffs gewinnt der Zeitraum zwischen Inkrafttreten des Gesetzes (gegebenenfalls schon seiner Einbringung) und der Frist, in der sich die Rechtsunterworfenen auf die neue Regelung einstellen können, eine besondere Bedeutung.

Gerade die Einführung von Übergangsfristen kann erhebliche Grundrechtseingriffe durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen, durch die bestimmte Nutzungen gänzlich entfallen, abmildern und so die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs sicherstellen.<sup>360</sup>

#### **(bb) Gewicht des Zwecks des Eingriffs**

Dem ist das Gewicht des Zwecks des Eingriffes gegenüberzustellen.

Die Einsparung von CO<sub>2</sub> dient dem Klimaschutz. Dieser ist für ganze Ökosysteme, für das Überleben der Menschheit, für die Bewohnbarkeit ganzer Landstriche, für die Möglichkeit des Anbaus von Nahrungsmitteln, den Bestand ganzer Staaten, die Verhütung der Gefahren bewaffneter Auseinandersetzungen etc. von herausragender Bedeutung.<sup>361</sup>

Die CO<sub>2</sub>-Vermeidung und damit die Vermeidung eines zu starken Anstiegs der Erderwärmung erfolgt im Übrigen auch zum Schutz verfassungsmäßiger Güter, des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gegenwärtiger und künftiger Generationen

---

<sup>360</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.01.1991, 1 BvR 929/89; BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99; BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/12, BvR 1456/12.

<sup>361</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(bb).

12.05.2021

(Art. 20a GG). Diese Ziele sind als verfassungsrechtliche Güter von hohem Wert anerkannt.<sup>362</sup> Bezweckt ein Gesetz deren Schutz, lassen sich weitreichende Eingriffe in die Eigentumsgarantie rechtfertigen.<sup>363</sup> Das Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung ein hohes zu schützendes Gut dar, auch dem Bereich der körperlichen Unversehrtheit kommt besonderes Gewicht zu.<sup>364</sup> Der in Art. 20a GG angelegte Verfassungsauftrag wurde durch den Gesetzgeber des Klimaschutzgesetzes in Umsetzung des Pariser Abkommens konkretisiert.<sup>365</sup>

### (cc) Gesamtabwägung

Die überragende Bedeutung des Klimaschutzes und der Notwendigkeit, auch bei Kraftstoffen CO<sub>2</sub> einzusparen, rechtfertigt nicht jeden noch so schweren Eingriff. Die (mittelbaren) Folgen des Klimawandels, zu denen soziale Verwerfungen großen Ausmaßes gehören, müssen durchaus ins Verhältnis gesetzt werden zu den womöglich erheblichen Folgen der durchzuführenden Eingriffe in die grundrechtlichen Rechtspositionen. Im vorliegenden Falle ist festzustellen, dass das Ziel einer CO<sub>2</sub>-Emissionsfreiheit von Kraftstoffen erst im Jahr 2045 erreicht werden soll. Gerechnet vom Jahr 2021 an besteht damit ein Zeitraum von 24 Jahren für die erforderliche Transformation. Der Gesetzgeber wäre also nicht in der Lage, gleichsam von heute auf morgen die Nutzung von Kraftstoffen, die aus fossilen Rohstoffen hergestellt sind, zu verbieten, schon deshalb nicht, weil zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht genügend Ersatzkraftstoffe zur Verfügung stehen bzw. Möglichkeiten vorhanden sind, Verkehrsmittel ohne solche Kraftstoffe zu betreiben (insbesondere durch batteriebetriebene Elektrofahrzeuge). Deshalb wäre etwa eine sofortige Einführung der Null-Emissions-Verpflichtung im Verkehrssektor durch das Verbot fossiler Kraftstoffverbrennung nicht verhältnismäßig, weil die Verkehrsteilnehmer nicht in der Lage wären, Alternativen zu nutzen, da diese noch nicht ausreichend vorhanden sind. Je stärker die Möglichkeit besteht, auf alternative Kraftstoffe umzustellen bzw. alternative Antriebe (etwa Elektromotoren) einzusetzen, desto eher ist die Regelung auch zumutbar.

Gleichzeitig gilt: Je weniger CO<sub>2</sub>-Kontingent, das aus den Verpflichtungen aus dem Pariser Abkommen ableitbar ist, noch zur Verfügung steht, desto stärkere Eingriffe müssten erfolgen, um das zur Verfügung stehende CO<sub>2</sub>-Restbudget nicht vorzeitig zu verbrauchen.<sup>366</sup> Deshalb ist eine frühzeitige Setzung eines solchen Endpunktes

<sup>362</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/111, BvR 321/121, BvR 1456/12.

<sup>363</sup> BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99..

<sup>364</sup> BVerfG, Beschluss vom 01.08.1978, 2 BvR 1013, 1019, 1034/77 ; BVerfG, Urteil vom 09.11.2005, 1 BvR 357/05.

<sup>365</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, Rn. 208.

<sup>366</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, Rn. 186.

12.05.2021

sogar grundrechtsschonend, um eine über die Zeit planvolle Reduktion durch die Grundrechtsträger zu ermöglichen.

Ob es – gerichtet auf die Gesamtbevölkerung – hierfür beim bisherigen Verkehrsverhalten zwingend bleiben muss oder ob nicht eine gewisse Verringerung des Reiseverkehrs, etwa durch die Ersetzung von Dienstreisen durch Videokonferenzen (wie gegenwärtig durch die Corona-Pandemie erzwungen) berücksichtigt werden kann, kann offenbleiben, da auch entsprechende Untersuchungen nicht von einem signifikanten Rückgang des Verkehrs ausgehen.<sup>367</sup> Ein Szenario ist jedenfalls denkbar und realistisch, nachdem auch in technisch-wirtschaftlicher Hinsicht die Möglichkeit des schrittweisen Umstiegs besteht. Nur dann, wenn sich dies – aus welchen Gründen auch immer – als Irrtum herausstellen sollte, wäre anders zu entscheiden. Aufgrund des langen Zeithorizonts bis zum Jahr 2045 müssen notwendigerweise Prognosen angestellt werden. Diese sind aber auch ohne weiteres zulässig und stellen kein Novum dar. Berücksichtigt man dies, so ergibt sich folgende Abwägung:

Im Hinblick auf die Verwender der Kraftstoffe (Eigentümer von Fahrzeugen, Schiffen und Flugzeugen) stellt sich die Abwägung differenziert dar, wenn die mögliche Unbenutzbarkeit der Fahrzeuge/Verbrauchsgeräte betrachtet wird.

Pkw und auch noch Lkw oder Omnibusse weisen etwa im Allgemeinen eine kürzere Nutzungszeit auf als Schiffe oder Flugzeuge. Ein wesentlicher Anhaltspunkt für die Nutzung dieser Fahrzeuge und damit den Zeitraum, in dem sich bei der gewerblichen Verwendung die Investitionen amortisiert haben, bietet die steuerrechtliche Abschreibung. Flugzeuge haben danach eine Abschreibung, je nach Größe, von 12-14 Jahren.<sup>368</sup> Schiffe haben eine noch längere Abschreibung von bis zu 20 Jahren oder mehr.<sup>369</sup> Demgegenüber ist die Abschreibung für Pkw, Lkw und Omnibusse kürzer (zwischen fünf und sechs Jahren).<sup>370</sup> Von der steuerlichen Abschreibung ist die

---

<sup>367</sup> Prognos/Öko-Institut/Wuppertal-Institut, Klimaneutrales Deutschland, 2020, S. 87 ff.

<sup>368</sup> Bundesministerium der Finanzen, AfA-Tabelle für den Wirtschaftszweig "Luftfahrtunternehmen und Flughafenbetriebe", vom 28.09.1994, online abrufbar unter: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere\\_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/AfA-Tabelle\\_Luftfahrtunternehmen-und-Flughafenbetriebe.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/AfA-Tabelle_Luftfahrtunternehmen-und-Flughafenbetriebe.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 10.05.2021).

<sup>369</sup> Bundesministerium der Finanzen, AfA-Tabelle für den Wirtschaftszweig "Hochsee-, Küsten- und Binnenschifffahrt" vom 16.09.1992, online abrufbar unter: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere\\_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/AfA-Tabelle\\_Hochsee-Kuesten-und-Binnenschifffahrt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/AfA-Tabelle_Hochsee-Kuesten-und-Binnenschifffahrt.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 10.05.2021).

<sup>370</sup> Bundesministerium der Finanzen, AfA-Tabelle für den Wirtschaftszweig "Personen- und Güterbeförderung (im Straßen- und Schienenverkehr)" vom 26.01.1998, online abrufbar unter: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere\\_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/AfA-Tabelle\\_Personen-und-Gueterbefoerderung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/AfA-Tabelle_Personen-und-Gueterbefoerderung.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 10.05.2021).

handelsrechtliche Abschreibung zu unterscheiden, die regelmäßig länger ist. Jedoch soll im vorliegenden Fall die steuerliche Abschreibung lediglich als Anhaltspunkt für die unterschiedliche Nutzungsdauer gelten.

Festzustellen ist deshalb für die hier relevante Frage einer faktischen Nutzungsbeeinträchtigung oder eines faktischen Nutzungsfortfalls, dass allenfalls Schiffe, die zum heutigen Zeitpunkt (2021) angeschafft werden und, sofern technisch nicht anders darstellbar, nicht auf klimaneutrale Kraftstoffe umgestellt werden können, in ihrer Refinanzierung gefährdet sind. Um hier überhaupt von einer unverhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmung auszugehen, müsste jedoch das betreffende Schiff gar nicht mehr verwendbar sein, also auch nicht etwa durch den Umbau der Antriebstechnik weiter einsatzfähig bleiben können. Allenfalls für solche Extremfälle, die mangels technischer Übersicht nicht vollständig überblickt werden können, könnten sich flankierende Maßnahmen des Gesetzgebers anbieten, wozu etwa bereits die steuerliche Förderung der Umrüstung entsprechender Antriebstechnik gehören könnte. Eine generelle Unverhältnismäßigkeit ist angesichts des großen Zeithorizonts nicht zu erkennen.

Der Abbaupfad des fossilen Kraftstoffanteils ist auch ohne weiteres als Fortschreibung dessen anzusehen, was bereits heute mit dem Zieldatum 2030 in Umsetzung der novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie vorgesehen ist. Im Kabinettsentwurf für ein Gesetz zur Weiterentwicklung der Treibhausgas-Minderungs-Quote<sup>371</sup> soll § 37a Abs. 4 Satz 2 BImSchG so geändert werden, dass die Höhe des in Satz 1 genannten Prozentsatzes der Treibhausgasminderung 1. ab dem Kalenderjahr 2020 6 %, 2. ab dem Kalenderjahr 2022 6,5 %, 3. ab dem Kalenderjahr 2023 7 %, 4. ab dem Kalenderjahr 2024 8 %, 5. ab dem Kalenderjahr 2026 10 %, 6. ab dem Kalenderjahr 2028 14,5 %, 7. ab dem Kalenderjahr 2030 22 % beträgt. Es ist zu erkennen, dass nicht nur die Prozentsätze hier weiter steigen, sondern auch die Senkungsschritte (Differenz-Prozentpunkte) stetig größer werden, um die die Treibhausgasminderungsquote im Rhythmus von zwei Jahren ansteigt. Wenn im Jahr 2030 30 % erreicht sein soll und nach dem hier zu prüfenden Konzept im Jahre 2045 100 %, so bedeutet dies, dass durchschnittlich jährlich eine Minderung von 4,67 Prozentpunkten erreicht sein muss, im Zweijahresturnus wären dies 9,33 Prozentpunkte; dies ist gegenüber dem letzten Jahr der vorherigen Steigerung (letzter Schritt zwischen 2028 und 2030 7,5 % dazu eine Steigerung, jedoch eine solche, die in der Beschleunigungslogik auch des genannten Kabinettsentwurf liegt.

---

<sup>371</sup> Bundesumweltministerium, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote, online abrufbar unter: [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Glaeserne\\_Gesetze/19\\_Lp/thg\\_quote/Entwurf/thg\\_quote\\_refe\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Glaeserne_Gesetze/19_Lp/thg_quote/Entwurf/thg_quote_refe_bf.pdf) (abgerufen am 10.05.2021).

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Quote als relativer Wert von mehreren Seiten beeinflussbar ist und tatsächlich beeinflusst wird: Zum einen wird die Höhe durch eine Erhöhung des Anteils von Biokraftstoffen (oder synthetischen Kraftstoffen) erhöht, zum anderen erhöht sich die Quote dann, wenn in absoluten Zahlen weniger fossile Kraftstoffe in den Verkehr gebracht werden, was etwa auch durch die Ersetzung von Fahrzeugen mit Verbrennungsmotor durch Fahrzeuge mit Elektromotor geschieht. Die Vorhersehbarkeit einer solchen Beschleunigung im Verhältnis zur dann bestehenden Rechtslage kann damit bejaht werden.

Es fragt sich, welche gesetzliche Regelung die Grundrechtsträger bei der Verwirklichung ihres Eigentumsgrundrechts stärker belastet: die bloße Festsetzung des Datums (100 % im Jahr 2045) oder, gemäß der Gesetzgebungsmethodik der vergangenen Jahre und auch der Planung bis 2030, eine Steigerung im Zwei-Jahres-Turnus.

Für diejenigen, die Kraftstoffe in ihren Fahrzeugen, Schiffen und Flugzeugen als Kraftstoff verwenden, ergibt sich kein Unterschied, wenn die gesetzliche Regelung, wie bisher, an das Inverkehrbringen anknüpft und gleichsam bis 2045 diese Kraftstoffe fossilen Ursprungs noch erworben und verbrannt werden können. Lediglich der Umfang solcher Kraftstoffe würde stetig zurückgehen. Hierauf müssten sich die Verwender der Kraftstoffe einstellen.

Anders sieht es im Hinblick auf die Unternehmen aus, die die Kraftstoffe in den Verkehr bringen. Diese Grundrechtsträger erhielten bei einer bloßen Festsetzung des Datums eine größere Flexibilität. Dies könnte für eine bloße Festsetzung des Enddatums sprechen.

Für das KSG hat das BVerfG eine in die Zukunft gerichtete und in allen ihren Schritten besser vorhersehbare Regelung der Minderungsziele verlangt, auch um auszuschließen, dass ansonsten die jüngere Generation in der Zukunft unverhältnismäßig hohen Belastungen ausgesetzt wird, falls das nach dem Zielen des Paris-Abkommens zur Verfügung stehende CO<sub>2</sub>-Budget nahezu verbraucht ist.<sup>372</sup>

Angesichts des doch langen Zeitraums bis zum Jahr 2045 und der Ungewissheit über die Frage des kontinuierlichen bzw. diskontinuierlichen Ausbaus der Elektromobilität bzw. der Technologien zur Herstellung synthetischer Kraftstoffe erscheint freilich eine stufenweise Erhöhung des Anteils an Biokraftstoffen oder synthetischen Kraftstoffen in der Logik des § 37a BImSchG als durchaus anspruchsvoll. Insoweit könnte es sich anbieten, das Enddatum festzulegen und die weiteren Zwischenschritte stufenweise gesetzlich zu regeln. Nicht sinnvoll wäre es gar keine Zwischenschritte zu regeln. Zwar wäre an ein bestimmtes Monitoring-System zu denken,

<sup>372</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, Rn. 245.

dass dem Gesetzgeber die Möglichkeit gibt nachzusteuern. Jedoch erscheinen gesetzlich geregelte Anpassungsschritte, hier in einem Turnus von zwei Jahren, transparenter. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es sich nicht um bloße Zielvorstellungen, sondern um konkrete Rechtspflichten handelt. Es wäre sogar denkbar, dass bei einer weiteren Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU Zweifel an der Effektivität der Umsetzung (praktischen Wirksamkeit, effet utile) geäußert werden können, wenn lediglich das Endziel definiert wird und keine einzelnen Schritte vorgesehen werden, die die Rechtsunterworfenen mit konkreten, nachprüfaren Pflichten belegt. Auch die Überprüfung der korrekten Umsetzung (praktische Umsetzung) der Emissionsminderung durch den Mitgliedstaat Deutschland wäre während des gesamten Zeitraumes gefährdet.

Insoweit erscheint eine schrittweise Regelung, wie sie der § 37a BImSchG schon bislang vorsieht, als zielführend und erforderlich. Eine gleichsam grundrechtsschonende bloße Endziel-Definition würde die Verwirklichung des Zwecks der Regelung gefährden. Damit ist insgesamt festzustellen, dass die Festlegung eines Endzeitpunkts 2045 für die Verwendung nicht klimaneutraler Kraftstoffe in Verbrennungsmotoren, entweder umgesetzt über ein Verbot des Inverkehrbringens oder des Verbrennens insgesamt oder durch beide Maßnahmen, keine unverhältnismäßige Beschränkung des Eigentums an entsprechenden Verkehrsmitteln darstellt. Voraussetzung ist, dass auch bei den langlebigen und kostenintensiven Verkehrsmitteln, wie Flugzeuge und Schiffe, die Möglichkeit besteht, gegebenenfalls auch durch Umrüstung, synthetische Kraftstoffe zu verwenden oder die Antriebsform zu ersetzen.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis stellt sich ein Verbot fossiler Kraftstoffe als verfahrensmäßig ausgestaltbar heraus. Vor allem aufgrund des langen Zeithorizonts von über 20 Jahren können sich die Träger des Eigentumsgrundrechts, insbesondere die Eigentümer entsprechend Fahrzeuge, aber auch die Raffinerien, auf die neue gesetzliche Lage einstellen, ohne dass es einer Entschädigung bedarf. Einzig im Bereich sehr langlebiger Verkehrsmittel könnten zusätzliche Maßnahmen, wie etwa steuerliche Sonderabschreibungen oder ähnliches, die mögliche Aufhebung der Nutzbarkeit der Verkehrsmittel kompensieren.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dagegen das Eigentumsgrundrecht der Händler von fossilen Kraftstoffen durch ein Verbot des Inverkehrbringens derselben bis zum Jahr 2045 nicht betroffen, da es lediglich die Gewinnchancen und nicht die vorhandenen Eigentumsrechte betrifft.

Ebenso gut wie ein Verbot des Inverkehrbringens kann ein Verbrennungsverbot verfügt werden. Grundrechtlich stellen sich hier keine wesentlich anderen Fragen. Abweichungen sind nur insoweit festzustellen, als es dann auch nicht mehr zulässig wäre, die entsprechenden Verkehrsmittel oder Verbrauchsgeräte mit im Ausland erworbenen fossilen Kraftstoffen zu betreiben. Zur Abrundung und Vervollständigung der gesetzlichen Regelung ist ein Verbrennungsverbot zur Verfolgung des Ziels der Klimaneutralität des Verkehrs als sinnvoll und verfassungsmäßig zu erachten.

## **b) Berufsfreiheit**

### **aa) Schutzbereich**

Art. 12 Abs. 1 schützt die Berufsfreiheit. Träger des Grundrechts sind nach Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen. Als Beruf wird jede auf Dauer angelegte Tätigkeit verstanden, die der Erzielung oder Sicherung einer Lebensgrundlage dienen.<sup>373</sup>

Art. 12 ist neben Art. 14 anwendbar, wenn nicht nur Eigentumsrechte ausgestaltet und eingeschränkt werden, sondern zugleich wenigstens mittelbar eine unternehmerische Betätigung betroffen ist.<sup>374</sup>

Im vorliegenden Fall kommt zunächst als betroffener Beruf derjenige des Mineralölproduzenten (Betreibers einer Raffinerie) in Betracht. Weitere Berufe, die betroffen sind, können diejenigen der Transportunternehmer sein, die gewisse Verkehrsmittel einsetzen und damit Personen und Güter zu befördern. Die private Nutzung von Verkehrsmitteln fällt nicht unter die Berufsfreiheit.

Wie ausgeführt, ist gerade im Bereich der Raffinerien nicht die Eigentumsposition betroffen, sondern viel eher die Möglichkeit des Erwerbs von weiterem Eigentum bzw. Vermögen. Die Berufsfreiheit derjenigen Personen, die unter Einsatz von Verkehrsmitteln anderen Berufen nachgehen (Fuhrunternehmer, Taxiunternehmer oder auch nur solche, die die Fahrzeuge benutzen, um zu entsprechenden Einsatzorten zu gelangen etwa Handwerker) wird ebenfalls zu betrachten sein.

### **bb) Eingriff**

Der Eingriff in die Berufsfreiheit in den unterschiedlichen Ausprägungen bzw. bei den unterschiedlichen Grundrechtsträgern liegt dann vor, wenn deren Schutzbereich verkürzt wird.

---

<sup>373</sup> BVerfG, Urteil vom 11.06.1958, 1 BvR 596/56; Urteil vom 21.02.1989, 2 BvE 1/88.

<sup>374</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/121, BvR 1456/12 = NJW 2017, 217, Rn. 391, unter Hinweis auf BVerfG, Urteil vom 01.12.1978, 1 BvR 532, 533/77, 419/78, BvL 21/78; Urteil vom 05.11.2003, 1 BvR 1778/01; Urteil vom 24.11.2010, 1 BvF 2/05.



Wenn ein Betreiber einer Raffinerie 2045 keinen Kraftstoff mehr aus fossilen Rohstoffen herstellen kann, so wird die Verwirklichung seines Berufs jedenfalls beschränkt. Er muss sich entweder ganz oder schrittweise auf die Herstellung von Biokraftstoffen einstellen – was er aufgrund der schrittweisen Erhöhung der Quote vermutlich tun wird – oder gar seinen Betrieb einstellen. Damit liegt ein Eingriff in die Berufsfreiheit vor.

Der Verkehrsunternehmer, der keine Fahrzeuge mehr nutzen kann, in denen fossile Kraftstoffe verbrannt und zum Antrieb genutzt werden, wird ebenfalls in der Verwirklichung seines Berufs als Verkehrsunternehmer bzw. Transportunternehmer beschränkt, so dass auch hier Eingriff anzunehmen ist.

Die Hersteller von Kraftfahrzeugen, Flugzeugen und Schiffen, unterliegen nach der hier untersuchten gesetzlichen Regelungen selbst dann keinem Verkehrsverbot, wenn diese Kraftfahrzeuge, Flugzeuge und Schiffe mit Verbrennungsmotoren ausgestattet sind, welche nicht mit synthetischen Kraftstoffen betrieben werden können. Der Verkauf käme aber praktisch zum Erliegen, und zwar schon vor dem Jahr 2045. Hier ließe sich von einem mittelbaren Eingriff sprechen.

Im Hinblick auf diejenigen Träger der Berufsfreiheit, die nicht unmittelbar die Kraftfahrzeuge, Schiffe oder Luftfahrzeuge zur Erbringung ihrer berufstypischen Leistungen einsetzen, sondern hiermit lediglich zum Ort ihrer Berufsausübung gelangen wollen, dürften hier nicht betroffen sein. Die Ausübung ihres Berufes wird hier lediglich reflexhaft betroffen.

### cc) **Rechtfertigung**

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit kann jedoch gerechtfertigt werden. Nach Art. 12 Abs. 2 kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.

Bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung legt das BVerfG einen gestuften Maßstab, abhängig von der Intensität des Eingriffs, an.<sup>375</sup> Das BVerfG unterscheidet insoweit zwischen Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit und die der Berufswahlfreiheit. Im vorliegenden Falle wäre ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit dann anzunehmen, wenn der Beruf des Mineralölunternehmers oder des Betreibers von Raffinerien fokussiert würde auf die Verwendung fossiler Rohstoffe zur Herstellung der Kraftstoffe.

---

<sup>375</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)b)cc).

Eine solche Auffassung ist jedoch abzulehnen. Schon heute werden von traditionellen Kraftstoffproduzenten Kraftstoffe angeboten, denen etwa biologisch hergestellte Kraftstoffe beigemischt sind, beispielsweise der E10-Kraftstoff. Dies zeigt, dass die Zusammensetzung des Kraftstoffes nur eine Frage der Herstellungsweise ist und nicht das gesamte Berufsbild des Mineralölherstellers oder Raffinerierenden, des Betreibers einer Raffinerie trägt. Insofern liegt lediglich eine Berufsausübung vor. Dem Raffineriebetreiber bleibt es unbenommen, Kraftstoffe aus CO<sub>2</sub>-freien Ausgangsstoffen herzustellen, synthetische Kraftstoffe herzustellen. Insofern sind – sofern man noch die die Drei-Stufen-Theorie des BVerfG anwendet – nicht die an objektive oder subjektive Berufswahlregelungen zu stellenden Anforderungen zu beachten.<sup>376</sup> Verlangt werden deshalb nicht etwa – wie bei objektiven Zulassungsschranken – überragend wichtige Gemeinwohlgründe, sondern lediglich vernünftige Gründe des Gemeinwohls, welche die Regelung und den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit rechtfertigen. Im vorliegenden Fall würde freilich sogar der Klimaschutz als derart überragender Gemeinwohlgrund anerkennungsfähig sein. Ein vernünftiger Gemeinwohlgrund liegt mit den oben skizzierten Zwecken des Klimaschutzes, die Ernährung der Bevölkerung, um die Stabilität der Welt und die Erhaltung der Lebensgrundlagen der Menschen zu sichern, in jedem Falle vor. Auch hier kommt es darauf an, ob die Regelung, welche die Berufsausübung beschränkt, verhältnismäßig ist.

Auch wenn von einem mittelbaren Eingriff in die Berufsfreiheit der Hersteller von Kraftfahrzeugen, Flugzeugen und Schiffen, die ggf. ihre Produkte nicht mehr verkaufen können, wenn diese mit Verbrennungsmotoren ausgestattet sind, die nicht synthetische Kraftstoffen betrieben werden können, wäre festzustellen, dass dieser mittelbarere Eingriff sich nur auf die Berufsausübung, darauf, was produziert wird, auswirkte. Die Produktion von Kraftfahrzeugen, Flugzeugen und Schiffen bliebe weiter möglich.

### **(1) Geeignetheit**

Die Geeignetheit der Maßnahme zur Verfolgung ihres Klimaschutzzwecks wurde bereits ausführlich dargelegt. Hier sind keine anderen Erwägungen zu treffen als bei der Prüfung der Rechtfertigung der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

---

<sup>376</sup> Mann, in: Sachs, GG, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 130 ff.

## (2) Erforderlichkeit

Im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme zur Erreichung des Klimaschutzzweckes kann ebenfalls auf die Ausführungen bei der Prüfung des Eigentumsgrundrechts unter verwiesen werden.

## (3) Angemessenheit

Im Hinblick auf die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) kann zum einen auch auf die Ausführungen zur Rechtfertigung der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verwiesen werden.<sup>377</sup> Es sind aber noch einmal hier diejenigen Aspekte in den Blick zu nehmen, die dort keine Berücksichtigung fanden, weil bestimmte Betätigungen oder Interessen nicht unter den Schutz des Eigentumsgrundrechts fielen. Dies betrifft zum einen die Aussicht, mit der Herstellung von fossilen Kraftstoffen Gewinne zu erzielen, und zum anderen die Möglichkeit der Gewinnerzielung bei ihrem Verkauf in Tankstellen. Diese Betätigungen fielen dann nicht unter das Eigentumsgrundrecht, da sie nur den Erwerb und nicht „das Erworbene“ betreffen.

Die Anforderungen an die Umgestaltung der Produktionsprozesse betrifft die Raffinerien, in denen fossile Kraftstoffe (Benzin, Diesel, herkömmliches Kerosin) hergestellt werden, in ganz entscheidender Weise, da praktisch eine gesamte Produktion einschließlich der sämtlichen Vorstufen derselben ergriffen wird, was, wenn die mit der hier vertretenen Auffassung auch nicht als eigenständiges Berufsbild angesehen werden kann, so doch massiv deren Gestalt zu ändern verpflichtet, weiter Gewinne erwirtschaftet werden. Berücksichtigt man jedoch, dass nach früheren Berechnungen fossile Rohstoffe als Ausgangsstoff für fossile Kraftstoffe nur bis zum Jahr 2050 als vorhanden bzw. förderbar angesehen wurden, lässt sich diese Betätigung ohnehin als von Unsicherheiten geprägt verstehen, die von vornherein mit einer gewissen Endlichkeit belastet ist. Der Ausstieg aus der Verwendung dieser Rohstoffe zur Herstellung von Kraftstoffen trifft die Unternehmen daher nicht unvermittelt. Sie verkürzt gleichsam eine unter sonstigen Umständen mögliche Wirtschaftstätigkeit.

Zu berücksichtigen ist aber auch hier der lange Zeithorizont, der den Unternehmen die Möglichkeit gibt, ihre Produktion langfristig umzustellen. Im Übrigen bietet für die Unternehmen, welche den Kraftstoff vertreiben, die Standortnutzung für die Aufstellung von Schnellladeeinrichtungen eine interessante Kompensationsmöglichkeit. Wie bereits oben ausgeführt, vermögen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Übergangsfristen den Eingriff in die Eigentumsrechte in

---

<sup>377</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2.a)cc)(2)(c).

Form von Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu rechtfertigen.<sup>378</sup> Für die Berufsfreiheit, welche nur den Erwerb schützt, gilt dies erst recht.

Nimmt man einen mittelbaren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Hersteller von Kraftfahrzeugen, Flugzeugen und Schiffen an, so gilt nichts anderes.

#### dd) **Zwischenergebnis**

Damit erweist sich der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit im vorliegenden Fall als gerechtfertigt. Auch hier ist wieder darauf hinzuweisen, dass dies unter der Voraussetzung steht, dass die technische Umrüstung der Verkehrswirtschaft auf CO<sub>2</sub>-freie Kraftstoffe bzw. Elektroantriebe in dem Zeitraum technisch möglich ist.<sup>379</sup>

#### IV. **Zusammenfassendes Ergebnis**

Ein Verbot fossiler Kraftstoffe, welches sowohl deren Inverkehrbringen als auch das Verbrennen verbietet, ab dem Jahr 2045 wäre sowohl unionsrechtlich als auch verfassungsrechtlich umsetzbar.

Das **Unionsrecht** steht der Einführung eines solchen Verbots grundsätzlich nicht entgegen, insbesondere trifft das Sekundärrecht keine abschließende Regelung dazu, die ein Verbot fossiler Kraftstoffe vorsieht oder es verbietet. Zwar regelt die Erneuerbare-Energien-Richtlinie Quoten für alternative Kraftstoffe, diese gilt aber nur bis zum Jahr 2030 und die Quoten werden als Mindestmengen verstanden werden müssen. Auch die Emissionshandels-Richtlinie trifft keine Regelungen zu THG-Emissionen, die im Widerspruch zu einem Verbot fossiler Kraftstoffe stünden. Insbesondere adressiert die Richtlinie nur Emissionen des Flugverkehrs; soweit man Regelungen für abschließend hält, könnte Deutschland auf Grundlage der Schutzverstärkungsklausel des Art. 193 AEUV tätig werden. Auch die Kabotage-Verordnung regelt zwar Modalitäten des grenzüberschreitenden Güterverkehrs, die eingesetzten Kraftstoffe sind jedoch nicht Gegenstand der Verordnung. Die Rechtsakte, welche technische Anforderungen an Fahrzeuge aufstellen, regeln nicht die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Fahrzeuge, die durch ein Verbot fossiler Kraftstoffe auf Null gesenkt werden sollen. Daraus folgt, auch wenn derzeit die Emission von Luftschadstoffen bis zu bestimmten Grenzwerten zulässig ist, nach unserem Verständnis, dass die Regelungen einem Verbot fossiler Kraftstoffe nicht entgegenstehen. Auch das europä-

---

<sup>378</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(c).

<sup>379</sup> Prognos, Öko-Institut, Wuppertal-Institut (2021): Klimaneutrales Deutschland 2045. Wie Deutschland seine Klimaziele schon vor 2050 erreichen kann. Zusammenfassung im Auftrag von Stiftung Klimaneutralität, Agora Energiewende und Agora Verkehrswende.

ische System zur Festlegung von flotten Grenzwerten für Pkw, leichte Nutzfahrzeuge und Lkw wird nicht so verstanden werden können, dass es weiteren Maßnahmen zur Reduzierung von CO<sub>2</sub>-Emissionen entgegensteht.

Ein Verbot fossiler Kraftstoffe kann so ausgestaltet werden, dass es mit Unionsprimärrecht vereinbar ist. Zwar stellt das Verbot eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit dar, diese kann aber aus Gründen des Umwelt- und Klimaschutzes gerechtfertigt werden. Zu beachten ist dabei, dass den Betroffenen ausreichend Zeit bleibt, ihre Produktion bzw. ihren Vertrieb auf alternative Kraftstoffe umzustellen. Beschränkungen weiterer Grundfreiheiten, wie der Niederlassungsfreiheit, dürften bereits nicht vorliegen. Auch die besonderen Diskriminierungsverbote, nach dem AEUV für den Verkehrssektor gelten, sind bei entsprechender Ausgestaltung nicht berührt.

Das Verbot fossiler Kraftstoffe greift in die im **Grundgesetz** abgesicherte Eigentumsfreiheit und die Berufsfreiheit der Hersteller, Verkäufer und Inverkehrbringer solcher Kraftstoffe ein. Diese Eingriffe wären nach unserer Einschätzung doch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, denn das Verbot würde mit dem Umweltschutz gemäß Art. 20a GG einem herausragenden Gut mit Verfassungsrang dienen.

Der Eingriff in die Eigentumsfreiheit kann gerechtfertigt werden, auch wenn das totale Verbot fossiler Kraftstoffe einen schweren Grundrechtseingriff darstellt. Entscheidend ist für die Rechtfertigungsmöglichkeit gestützt auf den Umwelt- und Klimaschutz insbesondere, dass die Hersteller ausreichend Zeit haben, ihre Geschäftsmodelle umzustellen und die Nutzer auf alternative Fahrzeuge umsteigen können. Auch ein Eingriff in die Berufsfreiheit kann gerechtfertigt werden, soweit die technische Umrüstung der Verkehrswirtschaft auf CO<sub>2</sub>-freie Kraftstoffe bzw. Elektroantriebe in dem Zeitraum technisch möglich ist.

Die Rechtfertigung steht dabei insgesamt unter dem Vorbehalt, dass im Jahr 2045 sowohl ausreichend Fahrzeuge mit alternativen Antriebstechnologien oder Fahrzeuge, die mit alternativen Kraftstoffen betrieben werden können zur Verfügung stehen. Ebenfalls ist die Rechtfertigung der Beschränkungen und Eingriffe davon abhängig, dass auch ausreichend alternative Kraftstoffe vorhanden sind.

## **D. Einsatz fossiler Brennstoffe zur Kälte- und Wärmeversorgung**

### **I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt**

Gegenstand der nachfolgenden Prüfung ist die Einführung eines Verbots für den Einsatz fossiler Brennstoffe zur Kälte- und Wärmeversorgung. Mögliche gesetzliche Anknüpfungspunkte bilden dabei insbesondere das BImSchG bzw. die Verordnung

12.05.2021

über kleine und mittlere Feuerungsanlagen – 1. BImSchV<sup>380</sup> (im Folgenden: **1. BImSchV**) sowie das Gebäudeenergiegesetz<sup>381</sup> (im Folgenden: **GEG**).

## 1) Anpassungen der 1. BImSchV

Nach § 23 Abs. 1 S. 1 BImSchG wird die Bundesregierung u.a. ermächtigt vorzuschreiben, dass der Betrieb nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen bestimmten Anforderungen zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen genügen muss.

Auf dieser Grundlage wurde die 1. BImSchV erlassen. In ihren Anwendungsbereich fallen gemäß § 1 Abs. 1 der 1. BImSchV nur solche Feuerungsanlagen, die keiner Genehmigung nach § 4 BImSchG bedürfen, mit Ausnahme von Feuerungsanlagen zur Verbrennung von gasförmigen oder flüssigen Brennstoffen mit einer Feuerungswärmeleistung von 1 Megawatt oder mehr. Ausweislich der Gesetzesbegründung findet die 1. BImSchV Anwendung auf Feuerungsanlagen, die klassischerweise in Haushalten und Gewerben der Bereitstellung von Raumwärme oder Warmwasser dienen.<sup>382</sup>

In § 3 Abs. 1 der 1. BImSchV werden die zulässigen Brennstoffe abschließend aufgezählt. Gegenwärtig dürfen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 der 1. BImSchV Steinkohlen, nicht pechgebundene Steinkohlenbriketts, Steinkohlenkoks, Braunkohlen, Braunkohlenbriketts, Braunkohlenkoks, Heizöl und Erdgas sowie Erdölgas eingesetzt werden. Diese Brennstoffe könnten aus dem Katalog der zulässigen Brennstoffe in § 3 der 1. BImSchV zur Implementierung des Verbots gestrichen werden. Dementsprechend müssten die Regelungen in Abschnitt 2 der 1. BImSchV im Hinblick auf Heizöl angepasst werden.

## 2) Anpassungen im GEG

Das GEG enthält Anforderungen an die energetische Qualität von Gebäuden, die Erstellung und Verwendung von Energieausweisen sowie an den Einsatz erneuerbare Energien in Gebäuden.

Der § 72 GEG regelt ein Betriebsverbot für bestimmte Heizkessel und Ölheizungen. Dort könnte ein Verbotstatbestand eingeführt werden, der es grundsätzlich untersagt, Heizkessel ab dem 01.01.2045 mit fossilen Brennstoffen zu beschicken. Gemäß § 72 Abs. 4 GEG dürfen Heizkessel, die mit Heizöl oder mit festem fossilen Brennstoff beschickt werden, ab dem 01.01.2026 zum Zwecke der Inbetriebnahme

<sup>380</sup> Erste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen) vom 26.01.2010, BGBl. I, S. 38.

<sup>381</sup> Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden vom 08.08.2020, BGBl. I S. 1728 ff.

<sup>382</sup> Vgl. BT-Drs. 16/13100, S. 27.

in ein Gebäude grundsätzlich nicht mehr eingebaut oder dort aufgestellt werden. Dabei gelten sehr weitreichende Ausnahmen für sog. „Hybridlösungen“, die eine anteilige Deckung des Wärme- und Kältebedarfs durch erneuerbare Energien umsetzen. Bei der Anwendung einer solchen Hybridlösung darf auch nach 2026 ein Heizkessel eingebaut werden, der mit Heizöl oder einem festen fossilen Brennstoff beschickt wird. Diese weitreichenden Ausnahmeregelungen für Hybridlösungen könnte ab 2045 aufgehoben werden. Das grundsätzliche Verbot des Einsatzes von Kohleheizungen, das keine Ausnahmen für Hybridlösungen vorsieht, wäre damit gewissermaßen die nächste Stufe der Defossilierung der Wärmeerzeugung im Gebäudesektor.

Im Folgenden wird geprüft, ob eine solche Regelung mit dem Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar ist.

## **II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht**

### **1) Vereinbarkeit mit dem Sekundärrecht**

Zunächst ist die zu prüfen, ob das Unionsrecht abschließende Regelung im Bereich der Kälte- und Wärmeversorgung trifft.<sup>383</sup> Nachfolgenden werden gegebenenfalls einschlägige Rechtssetzungsakte im Bereich von Heizungsanlagen auf ihren abschließenden Charakter untersucht.

#### **a) Ökodesign-Richtlinie und Durchführungsmaßnahmen**

Die Ökodesign-Richtlinie schafft einen Rahmen zur Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von energieverbrauchsrelevanten Produkten und dient damit der Verwirklichung des Binnenmarkts.<sup>384</sup> Zu untersuchen ist, was als Regelungsgegenstand dieses Rechtsakts anzusehen ist und ob die Regelung der Zulässigkeit von Heizbrennstoffen als hiervon erfasst anzusehen ist. Dann bestünde eine grundsätzliche Sperrwirkung.

##### **aa) Harmonisierungsgrad**

Der Ökodesign-Richtlinie kommt eine Sperrwirkung zu, wenn das fragliche Ökodesign vom Regelungsgegenstand der Richtlinie und der zugehörigen Durchführungsmaßnahme erfasst ist.<sup>385</sup> Zu prüfen ist daher, ob das Verbot eines bestimmten fossilen Einsatzstoffes als Ökodesign-Anforderung im Sinne der Richtlinie zu werten

---

<sup>383</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.1).

<sup>384</sup> Vgl. dazu Teil 3B.II.1)b).

<sup>385</sup> Vgl. dazu Teil 3B.II.1)b)bb)

ist, die bereits von einer Durchführungsmaßnahme erfasst ist und damit abschließenden geregelt wird.

### **(1) Brennstoffregelung als Ökodesign-Anforderung?**

Fraglich ist, ob Vorgaben hinsichtlich des konkreten Einsatzstoffs in Heizungsanlagen eine Ökodesign-Anforderungen im Sinne der der Ökodesign-Richtlinie darstellen. Nach Art. 2 Nr. 24 der Richtlinie ist eine Ökodesign-Anforderung eine Anforderung an ein Produkt oder an seine Gestaltung, die zur Verbesserung seiner Umweltverträglichkeit bestimmt ist, oder die Anforderung, über Umweltaspekte des Produkts Auskunft zu geben.

In einer Entscheidung der EU-Kommission über die von Deutschland mitgeteilten Regelungen der 1. BImSchV<sup>386</sup>, die etwa in § 3 der 1. BImSchV eine erschöpfende Liste von in Feueranlagen einsetzbaren Brennstoffen betraf, äußerte sich die EU-Kommission konkret zu der Frage, ob zulässige Brennstoffe Ökodesign-Anforderungen darstellen. Zunächst führte sie aus, dass Ökodesign-Anforderungen der Verbesserung der Umweltverträglichkeit von Produkten dienen; sie seien vor allem auf wesentliche Umweltaspekte des Produkts ausgerichtet und umfassten keine Grenzwerte.<sup>387</sup> Spezifische Ökodesign-Anforderungen würden mit dem Ziel festgelegt, ausgewählte Umweltaspekte des Produkts zu verbessern. Es könne sich bei Ökodesign-Anforderungen auch um Vorschriften für einen geringeren Verbrauch bestimmter Ressourcen handeln, wie etwa die Begrenzung der Verwendung dieser Ressourcen in den verschiedenen Stadien des Lebenszyklus des Produkts.<sup>388</sup>

Nach Auffassung der EU-Kommission handelt es sich bei einer erschöpfenden Liste von Brennstoffen um eine Ökodesign-Anforderung im Sinne der Richtlinie. Sie begründet das damit, dass sich die Bestimmung auf den Verbrauch von Energie und anderer Ressourcen in der Nutzungsphase der Brennstoffkessel sowie auf die voraussichtlichen Emissionen in Luft, Wasser oder Boden beziehe.<sup>389</sup>

Daher gehen wir davon aus, dass es sich bei einer Regelung, die fossile Brennstoffe von der Liste der zulässigen Brennstoffe ausnimmt (Wirkung wie Verbot), nach Auffassung der EU-Kommission um eine Ökodesign-Anforderung nach der Ökodesign-Richtlinie handeln dürfte.

---

<sup>386</sup> EU-Kommission, Beschluss (EU) 2020/654 vom 13.05.2020.

<sup>387</sup> EU-Kommission, Beschluss (EU) 2020/654 vom 13.05.2020, Rn. 9.

<sup>388</sup> EU-Kommission, Beschluss (EU) 2020/654 vom 13.05.2020, Rn. 9.

<sup>389</sup> EU-Kommission, Beschluss (EU) 2020/654 vom 13.05.2020, Rn. 33.



## **(2) Regelungsgegenstand der Durchführungsmaßnahmen?**

Voraussetzung für die Sperrwirkung wäre, dass die Brennstoffregelung eine Ökodesign-Anforderung darstellte, die bereits von einer Durchführungsmaßnahme erfasst ist. Da die Ökodesign-Richtlinie aber keine eigenen Anforderungen regelt, sondern lediglich einen allgemeinen Rahmen für den Erlass weiterer Durchführungsmaßnahmen bildet, kann sich die Sperrwirkung erst in Zusammenschau mit den zur Durchführung der Ökodesign-Richtlinie erlassenen Durchführungsmaßnahmen ergeben. Von Bedeutung für Heizungsanlagen dürften die nachstehend untersuchten Durchführungsmaßnahmen sein. Diese Verordnungen gelten allesamt unmittelbar in den Mitgliedstaaten; gesonderter nationaler Umsetzungsmaßnahmen bedarf es nicht.

### **(a) Ökodesign-Verordnung für Festbrennstoffkessel**

In der Verordnung 2015/1189 für Festbrennstoffkessel<sup>390</sup> werden Ökodesign-Anforderungen im Hinblick auf das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Festbrennstoffkesseln mit einer Nennwärmeleistung von bis zu 500 Kilowatt festgelegt. Sie gilt u.a. nicht für Festbrennstoffkessel mit Kraft-Wärme-Koppelung und einer elektrischen Höchstleistung von mindestens 50 kW.

Die Ökodesign-Anforderungen an Festbrennstoffkessel werden gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung in Anhang II aufgeführt. Dort werden Anforderungen an den Raumheizungsnutzungsgrad, an die Raumheizungs-Jahres-Emissionen von Staub, gasförmigen organischen Verbindungen, Kohlenmonoxid und Stickstoffoxid sowie an die Produktinformationen gestellt. Gemäß Art. 3 Abs. 2 der Verordnung müssen vom 01.01.2020 an Festbrennstoffkessel die Anforderungen des Anhangs II Nr. 1 und 2 erfüllen.

Fraglich ist, ob die Regelung der zulässigen Emissionswerte als indirekte, aber abschließende Regelung im Hinblick auf die zulässigen Einsatzstoffe in Heizungsanlagen zu verstehen ist. Gegebenenfalls sind die diesbezüglich geregelten Ökodesign-Anforderungen dergestalt als abschließend zu verstehen, dass sämtliche, diese Emissionsgrenzwerte einhaltende Festbrennstoffkessel (unabhängig vom konkreten Einsatzstoff) innerhalb der EU grundsätzlich als verkehrsfähig zu betrachten sind. Ein nationales Verbot fossiler Heizbrennstoffe könnte dazu führen, dass zwangsläufig nur noch geringere als die nach dem Unionsrecht zulässigen Emissionen durch die Heizungsanlagen emittiert würden. Die Regelung der Brennstoffe

---

<sup>390</sup> Verordnung (EU) 2015/1189 der Kommission vom 28. April 2015 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Festbrennstoffkesseln.

könnte somit eine strengere Regelung darstellen, die möglicherweise als unzulässige Verschärfung der europarechtlichen Wertungen im Hinblick auf die zulässigen Emissionswerte gesehen werden könnte.

In diesem Zusammenhang vermittelt die oben erwähnte Entscheidung der EU-Kommission<sup>391</sup> zu der 1. BImSchV bedeutende Erkenntnisse zu einer etwaigen Sperrwirkung der Harmonisierungsmaßnahme Verordnung 2015/1189 hinsichtlich einer Regelung von Brennstoffen in Heizungsanlagen. Deutschland teilte der EU-Kommission gemäß Art. 114 Abs. 4 AEUV mit, dass es bestimmte, für Festbrennstoffkessel geltende einzelstaatliche Bestimmungen der 1. BImSchV beibehalten wolle. Dazu gehörte insbesondere die in § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 der 1. BImSchV enthaltene erschöpfende Liste von Brennstoffen, die in Feueranlagen eingesetzt werden dürfen.<sup>392</sup> Im Hinblick auf die Zulässigkeit betonte die EU-Kommission, dass Art. 114 Abs. 4 und 6 AEUV nur dann Anwendung finden könnten, wenn einzelstaatliche Bestimmungen von spezifischen Bestimmungen einer Harmonisierungsmaßnahme abweichen würden.<sup>393</sup> Wenn sich die nach Artikel 114 Abs. 4 AEUV mitgeteilten Bestimmungen nicht auf eine unter eine Harmonisierungsmaßnahme fallende Anforderung beziehe, müsse ihre Mitteilung für unzulässig erklärt werden.

Vor diesem Hintergrund erklärte die EU-Kommission das Ersuchen Deutschlands für unzulässig. Die Verordnung 2015/1189 enthalte keine Ökodesign-Anforderungen in Bezug auf zulässige Brennstoffe für Festbrennstoffkessel. Zudem sei in der Verordnung 2015/1189 nicht festgelegt, dass keine Ökodesign-Anforderungen in Bezug auf zulässige Brennstoffe erforderlich seien.<sup>394</sup>

Damit hat die EU-Kommission klargestellt, dass die Harmonisierungsmaßnahme aus ihrer Sicht keine Ökodesign-Anforderung in Bezug auf zulässige Brennstoffe für Festbrennstoffkessel enthält. Daher wäre bei einer nationalen Regelung in Bezug auf zulässige Brennstoffe in Heizkesseln keine Abweichung von der Harmonisierungsmaßnahme Verordnung 2015/1189 aus Sicht der EU-Kommission gegeben. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass es sich hierbei (lediglich) um die rechtliche Einschätzung der EU-Kommission handelt; ob der EuGH auch in diesem Sinne entscheiden würde, ist damit nicht gesagt, so dass unsere diesbezügliche Einschätzung zur Harmonisierung risikobehaftet bleibt.

---

<sup>391</sup> EU-Kommission, Beschluss (EU) 2020/654 vom 13.05.2020, Rn. 33.

<sup>392</sup> EU-Kommission, Beschluss (EU) 2020/654 vom 13.05.2020, Rn. 14.

<sup>393</sup> EU-Kommission, Beschluss (EU) 2020/654 vom 13.05.2020, Rn. 23.

<sup>394</sup> Hierauf stellt die EU-Kommission bei ihrer Entscheidung im Zusammenhang mit der VO 2015/1189 ab (vgl. Rn. 34 und insbesondere die Fn. 6 der Entscheidung). Das Nichtvorhandensein einer solchen Formulierung (im Gegensatz zu der Regelung in Art. 3 der RL 547/2012) spreche dafür, dass die zulässigen Brennstoffe keinen harmonisierten Ökodesign-Anforderungen unterliegen würden.

## **(b) Ökodesign-Verordnung für Raumheizanlagen und Kombiheizgeräte**

In der Verordnung 813/2013/EG<sup>395</sup> werden Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung des Inverkehrbringens und/oder der Inbetriebnahme von Raumheizungen und Kombiheizgeräten mit einer Wärmenennleistung von 400 kW oder weniger festgelegt. Sie gilt gemäß Art 1 Abs. 2 der Verordnung nicht für Heizgeräte, die feste Brennstoffe verwenden und Heizgeräte mit Kraft-Wärme-Koppelung und einer elektrischen Höchstleistung von mindestens 50 kW.

Die Ökodesign-Anforderungen werden gemäß Art. 3 Abs. 1 in Anhang II der Verordnung geregelt. Dort gibt es Bestimmungen zur jahreszeitbedingten Raumheizungs-Energieeffizienz, zur Warmwasserbereitungs-Energieeffizienz von Kombiheizgeräten, zum Schallleistungspegel, zum Ausstoß von Stickoxiden sowie zu den Anforderungen an die Produktinformation. Die Verordnung enthält keine Anforderungen in Bezug auf zulässige Brennstoffe für Raumheizanlagen und Kombiheizgeräte. Sie führt auch nicht aus, dass neben den bereits bestehenden Ökodesign-Anforderungen keine weiteren Anforderungen – etwa in Bezug auf zulässige Brennstoffe – erforderlich wären.

## **(c) Ökodesign-Verordnung für Warmwasserbereiter und -speicher**

In der Verordnung 814/2013/EU<sup>396</sup> werden Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung im Hinblick auf das Inverkehrbringen und/oder die Inbetriebnahme von Warmwasserbereitern mit einer Wärmenennleistung von 400 kW oder weniger geregelt. Sie gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 der Verordnung nicht für Warmwasserbereiter, die mit festen Brennstoffen betrieben werden.

Die Ökodesign-Anforderungen werden gemäß Art. 3 Abs. 1 in Anhang II der Verordnung geregelt. Dort werden konkrete Anforderungen an die Warmwasserbereitungs-Energieeffizienz, an den Schallleistungspegel, an den Stickoxidausstoß und an die Produktinformationen geregelt. Die Verordnung enthält keine Anforderungen in Bezug auf zulässige Brennstoffe für Warmwasserbereiter und -speicher. Sie suggeriert auch keinen abschließenden Charakter, indem sie festhielt, dass neben den bereits bestehenden Ökodesign-Anforderungen keine weiteren Anforderungen

---

<sup>395</sup> Verordnung (EU) 813/2013 der Kommission vom 2. August 2013 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Raumheizgeräten und Kombiheizgeräten.

<sup>396</sup> Verordnung (EU) 814/2013 der Kommission vom 2. August 2013 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Warmwasserbereitern und Warmwasserspeichern.

12.05.2021

– etwa in Bezug auf zulässige Brennstoffe – Ökodesign-Anforderungen erforderlich wären.

#### **(d) Ökodesign-Verordnung für Einzelraumheizgeräte**

In der VO 2015/1188<sup>397</sup> werden Ökodesign-Anforderungen im Hinblick auf das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Haushaltseinzelraumheizgeräten mit einer Nennwärmeleistung von höchstens 50 kW sowie von gewerblich genutzten Einzelraumheizgeräten, die eine Nennwärmeleistung (des Produkts oder eines einzelnen Segments) von höchstens 120 kW aufweisen, festgelegt.

Die Ökodesign-Anforderungen werden gemäß Art. 3 Abs. 1 in Anhang II der Verordnung aufgeführt. Dort gibt es Bestimmungen zu dem Raumheizungs-Jahresnutzungsgrad, zu den zulässigen Stickoxid-Emissionen sowie zu den anzugebenden Produktinformationen. Die Verordnung enthält keine Anforderungen in Bezug auf zulässige Brennstoffe für Einzelraumheizgeräte. Sie führt auch nicht aus, dass neben den bereits bestehenden Ökodesign-Anforderungen keine weiteren – etwa in Bezug auf zulässige Brennstoffe – erforderlich wären.

#### **(e) Ökodesign-Verordnung für Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräte**

In der Verordnung 2015/1185<sup>398</sup> werden Ökodesign-Anforderungen im Hinblick auf das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräten mit einer Nennwärmeleistung von höchstens 50 kW festgelegt.

Die Ökodesign-Anforderungen an Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräte werden gemäß Art. 3 der Verordnung in Anhang II aufgeführt, wobei diese Anforderungen ab dem 01.01.2022 zu erfüllen sind. In Anhang II befinden sich Ökodesign-Anforderungen zu dem Raumheizungs-Jahresnutzungsgrad, zu den zulässigen Stickoxid-Emissionen, Staub-Emissionen, Emissionen gasförmiger organischer Verbindungen und Kohlenmonoxid-Emissionen sowie zu den anzugebenden Produktinformationen. Die Verordnung enthält keine Aussagen in Bezug auf zulässige Brennstoffe für Einzelraumheizgeräte. Sie führt auch nicht aus, dass neben den bereits bestehenden Ökodesign-Anforderungen keine weiteren – etwa in Bezug auf zulässige Brennstoffe – erforderlich wären.

---

<sup>397</sup> Verordnung (EU) 2015/1188 der Kommission vom 28. April 2015 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Einzelraumheizgeräten.

<sup>398</sup> Verordnung (EU) 2015/1185 der Kommission vom 24. April 2015 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräten.

12.05.2021

## (f) Ökodesign-Verordnung für Luftheizungsprodukte

In der Verordnung 2016/2281<sup>399</sup> werden Ökodesign-Anforderungen für das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme u.a. von Luftheizungsprodukten mit einer Nennwärmeleistung von bis 1 MW geregelt. Sie hat gewissermaßen „Auffangfunktion“ und gilt nicht für Geräte, die den Anforderungen der Durchführungsmaßnahmen für Einzelraumheizgeräte, Raumheizgeräte und Kombiheizgeräte unterliegen. Sie gilt nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung ebenfalls nicht für Produkte, die feste Brennstoffe einsetzen.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung werden die Ökodesign-Anforderungen u.a. an Luftheizungsprodukte in Anhang II aufgeführt. Diese sind entsprechend den Bestimmungen in Art. 3 Abs. 2 Verordnung zeitlich gestaffelt anwendbar. Die Verordnung trifft in Anhang 2 Anforderungen zu dem Raumheizungsnutzungsgrad für Luftheizungsprodukte, zu Stickoxidemissionen und Verpflichtungen hinsichtlich Produktinformationen. Die Verordnung enthält keine Anforderungen in Bezug auf zulässige Brennstoffe für Luftheizungsprodukte. Sie führt auch nicht aus, dass neben den bereits bestehenden Ökodesign-Anforderungen keine weiteren – etwa in Bezug auf zulässige Brennstoffe – erforderlich wären.

## bb) Zwischenergebnis

Die für Heizungsanlagen geltenden und vorstehend untersuchten einschlägigen Durchführungsmaßnahmen enthalten keine spezifischen Bestimmungen zu den zulässigen Einsatzstoffen in Heizungsanlagen. Eine mittelbare Regelung der zulässigen Brennstoffe über die Emissionsgrenzwerte nehmen wir vor dem Hintergrund der angeführten Kommissionsentscheidung ebenfalls nicht an. Diese Aussage ist jedoch nicht gerichtlich bestätigt worden und insoweit mit einem Restrisiko behaftet.

Eine Regelung der zulässigen bzw. ein damit notwendigerweise einhergehendes Verbot bestimmter Brennstoffe würde sich somit nach unserer Einschätzung voraussichtlich wohl nicht auf eine Anforderung beziehen, die unter eine Harmonisierungsmaßnahme fällt.<sup>400</sup> Mitgliedstaatliche Regelungen zum Verbot bestimmter Brennstoffe in Heizungsanlagen sollten damit nach unserer Einschätzung angesichts der gegenwärtigen europäischen Rechtslage in der Ökodesign-Richtlinie und den entsprechenden Durchführungsmaßnahmen wohl zulässig sein. Anzumerken

<sup>399</sup> Verordnung (EU) 2016/2281 der Kommission vom 30 November 2016 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte im Hinblick auf Luftheizungsprodukte, Kühlungsprodukte, Prozesskühler mit hoher Betriebstemperatur und Gebläsekonvektoren.

<sup>400</sup> So auch Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 32.

12.05.2021

ist in diesem Zusammenhang, dass die Ökodesign-Verordnung für Raumheizanlagen und Kombiheizgeräte novelliert werden soll.<sup>401</sup> Eine Anpassung der Anforderungen kann erhebliche Auswirkungen auf den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten haben.

Darüber hinaus spricht Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV den Mitgliedstaaten das Recht zu, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen, ihrer Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur ihrer Energieversorgung zu bestimmen. Dazu dürfte auch die Wahl der Energiequellen für die Wärmeversorgung zu zählen sein. Eine Auslegung der Regelungen der Durchführungsmaßnahme, welche das Verbot des Einsatzes von fossiler Brennstoffe zur Wärmeerzeugung verbietet, würde damit im Widerspruch stehen.

## b) **Energiekennzeichnungsverordnung**

Die Ökodesign-Richtlinie wird durch die Verordnung (EU) 2017/1369<sup>402</sup> (im Folgenden: **Energiekennzeichnungsverordnung**) ergänzt. Wie bei der Ökodesign-Richtlinie ist der Erlass weiterer konkreter Vorschriften in der Verordnung vorgesehen, da die Energiekennzeichnungsverordnung lediglich den Rahmen für den weiteren Erlass solcher darstellt.

Auf Grundlage der Verordnung sind zahlreiche weitere Verordnungen erlassen worden, die die Kennzeichnung von Verbrauchsgeräten regeln. Im Zusammenhang mit Heizungsanlagen sind insbesondere die Verordnungen 2015/1187<sup>403</sup>, 2015/1186<sup>404</sup> und 811/2013<sup>405</sup> zu nennen. Diesen Kennzeichnungsverordnungen kommt für die aufgeworfenen Rechtsfragen nach unserer Einschätzung jedoch keine Bedeutung zu. Die Verordnungen treffen keine Aussage zu der Zulässigkeit bestimmter Brennstoffe in Heizungsanlagen zur Wärmeversorgung, sodass wir aus ihnen auch keinen abschließenden Charakter diesbezüglich entnehmen können. Vielmehr regeln die

<sup>401</sup> Eine Website der EU-Kommission zum „Impact Assessment“ diesbezüglich ist online abrufbar unter: <https://ecoboiler-review.eu/index.html> (abgerufen am 10.05.2021).

<sup>402</sup> Verordnung (EU) 2017/1369 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2017 zur Festlegung eines Rahmens für die Energieverbrauchskennzeichnung und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/30/EU.

<sup>403</sup> Verordnung (EU) 2015/1187 der Kommission vom 27. April 2015 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Energieverbrauchskennzeichnung von Festbrennstoffkesseln und Verbundanlagen aus einem Festbrennstoffkessel, Zusatzheizgeräten, Temperaturreglern und Solareinrichtungen.

<sup>404</sup> Delegierte Verordnung (EU) 2015/1186 der Kommission vom 24. April 2015 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Energieverbrauchskennzeichnung von Einzelraumheizgeräten.

<sup>405</sup> Delegierte Verordnung (EU) Nr. 811/2013 der Kommission vom 18. Februar 2013 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Energiekennzeichnung von Raumheizgeräten, Kombiheizgeräten, Verbundanlagen aus Raumheizgeräten, Temperaturreglern und Solareinrichtungen sowie von Verbundanlagen aus Kombiheizgeräten, Temperaturreglern und Solareinrichtungen.

12.05.2021

Verordnungen jeweils die Pflichten im Zusammenhang mit der Energieverbrauchskennzeichnung, die den Verbrauchern Informationen über die erfassten Produkte vermitteln sollen.

### c) **Gasgeräteverordnung**

Bei dem Verbot des Einsatzes von fossilem Gas in Wärmeaggregaten wären die Voraussetzungen Verordnung (EU) 2016/426<sup>406</sup> (im Folgenden: **Gasgeräteverordnung**) zu beachten. Sie enthält Vorschriften für das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Geräten zur Verbrennung gasförmiger Brennstoffe. Anders als im Bereich der Ökodesign-Richtlinie wird für die Festlegung der Eigenschaften der Geräte nicht vorgesehen, dass diese in weiteren Durchführungsmaßnahmen oder delegierten Rechtsakten näher bestimmt werden sollen. Damit ergeben sich die europäischen Anforderungen direkt aus der Gasgeräteverordnung.

#### aa) **Regelungsgegenstand**

Die Gasgeräteverordnung ist auf Art. 114 AEUV gestützt worden. Eine Sperrwirkung könnte sich daraus ergeben, dass die Gasgeräteverordnung die in einer Heizungsanlage zum Einsatz kommenden zulässigen Brenngase selbst abschließend regelt. In diesem Fall wären weitergehende nationale Regelungen nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV möglich.

Nach Art. 5 der Verordnung müssen Geräte und Anforderungen die für sie geltenden wesentlichen Anforderungen nach Anhang I erfüllen. In Nr. 3.4. des Anhanges I werden Vorgaben zum Verbrennungsvorgang gemacht. Nach Nr. 3.4.1 des Anhanges I sind Geräte so zu entwerfen und zu bauen, dass der Verbrennungsvorgang stabil abläuft und dass die Verbrennungsprodukte keine unannehmbare Konzentration gesundheitsschädlicher Stoffe enthalten. Ausweislich der Nr. 3.4.4. des Anhang I sind Geräte weiter so zu entwerfen und zu bauen, dass es bei vorschriftsmäßiger Verwendung keine Konzentration von Kohlenstoffmonoxid oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen erzeugt, die vermutlich eine Gefahr für die Gesundheit exponierter Personen oder Haus- und Nutztieren hervorrufen.

#### bb) **Harmonisierungsgrad**

Fraglich ist, ob die Verordnung eine abschließende Regelung zu den Einsatzstoffen trifft. Eine Regelung, die Angaben zu den zulässigen Einsatzstoffen bestimmt, ist nicht ersichtlich.

---

<sup>406</sup> Verordnung (EU) 2016/426 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über Geräte zur Verbrennung gasförmiger Brennstoffe und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/142/EG.

Nach Art. 6 Abs. 1 der Verordnung dürfen die Mitgliedstaaten die Bereitstellung auf dem Markt und die Inbetriebnahme von Geräten, die dieser Verordnung entsprechen, aus Gründen im Zusammenhang mit den von dieser Verordnung erfassten Aspekten nicht verbieten, beschränken oder behindern. Bei der Regelung eines Verbots bestimmter fossiler Brennstoffe käme es gegebenenfalls zu einer Beschränkung, jedenfalls aber zu einer Behinderung der Bereitstellung auf dem Markt und die Inbetriebnahme von Heizgeräten, die ausschließlich mit fossilen Brenngasen betrieben werden können. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht aus Gründen „im Zusammenhang mit der Verordnung“ erfolgen dürfen. Maßnahmen der Mitgliedstaaten aus anderen Gründen, die nicht im Zusammenhang mit der Verordnung stehen, dürften damit im Umkehrschluss grundsätzlich möglich sein.

Entscheidend für den verbleibenden Spielraum der Mitgliedstaaten dürfte damit sein, was als Gegenstand der Gasgeräteverordnung anzusehen ist und welche Aspekte als noch im Zusammenhang mit dem Regelungsgegenstand stehend anzusehen sind.

Gegen die Möglichkeit eines nationalen Verbots könnte zunächst der Erwägungsgrund 23 angeführt werden. Danach wird den Mitgliedstaaten nahegelegt, bei der Bestimmung der auf ihrem Hoheitsgebiet üblichen Gasfamilien und Gasgruppen die laufenden Normungsarbeiten zu den Gasbeschaffenheiten zu berücksichtigen und auf diese Weise sicherzustellen, dass in der gesamten Union ein kohärenter und abgestimmter Ansatz zur Harmonisierung von gasförmigen Brennstoffen durch Normung verfolgt wird. Auf den ersten Blick scheint die Gasgeräteverordnung auch Aussagen zu den zulässigen Gasfamilien und Gasgruppen und damit zu den Einsatzstoffen der Gasgeräte zu treffen. Letztlich geht es dabei inhaltlich jedoch um Anforderungen zur Klassifizierung der Gasfamilien und Gasgruppen, also den Vorgang der Kategorisierung von Gasen durch Normung und nicht um die Zulässigkeit des einzelnen Stoffes oder gar der Herkunft bestimmter Gase (fossil oder regenerativ) an sich. Damit steht allenfalls die Klassifizierung im Zusammenhang mit der Verordnung, aus unserer Sicht aber nicht ein Verbot bestimmter Gase.

Im Erwägungsgrund 31 heißt es, dass die Wirtschaftsakteure für die Konformität mit der Verordnung verantwortlich sein sollen, um ein hohes Niveau beim Schutz öffentlicher Interessen wie der Gesundheit und Sicherheit von Personen und Haus- und Nutztieren, des Schutzes von Verbrauchern und Eigentum sicherzustellen und einen fairen Wettbewerb auf dem Unionsmarkt zu gewährleisten. Nach Erwägungsgrund 50 ist eine Prüfung der Übereinstimmung von Geräten und Ausrüstungen mit den wesentlichen Anforderungen erforderlich, um einen wirksamen Schutz der Gesund-



heit und Sicherheit von Personen, von Haus- und Nutztieren und von Eigentum herbeizuführen. Ausweislich des Erwägungsgrunds 78 ist es das Ziel der Verordnung sicherzustellen, dass die auf dem Unionsmarkt befindlichen Geräte und Ausrüstungen die Anforderungen für ein hohes Niveau in Bezug auf den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit von Personen und von Haus- und Nutztieren und auf die Sicherheit von Eigentum erfüllen. Gemäß Art. 3 Abs. 3 berührt die Verordnung nicht das Recht der Mitgliedstaaten, durch die von ihnen für nötig erachteten Vorschriften sicherzustellen, dass Personen, Haus- und Nutztiere und Eigentum bei der üblichen Verwendung der Geräte geschützt sind, sofern dies keine Veränderung der Geräte bedeutet. Nach Nr. 1.1. des Anhang I ist ein Gerät so zu entwerfen und zu bauen, dass es sicher betrieben werden kann und keine Gefahr für Personen, Haus- und Nutztiere und Eigentum hervorruft.

Aus der Zusammenschau der vorgenannten einzelnen Bestimmungen der Verordnung ergibt sich, dass ein Verbot fossiler Brenngase zwecks Klimaschutz wohl als nicht im Zusammenhang mit der Verordnung stehend anzusehen ist. Vielmehr liegt der Schutzzweck offenbar in der Herstellung der Produktsicherheit zum Gesundheitsschutz und dem Schutz von Eigentum. Aspekte des Umweltschutzes sind nicht Gegenstand der Verordnung; sie finden keine Erwähnung.<sup>407</sup> Damit wird der Erlass einer nationalen Regelung zur Begrenzung bestimmter Einsatzstoffe zum Zweck des Klimaschutzes nach unserer Einschätzung nicht durch die Verordnung gesperrt.

#### d) **Gebäudeeffizienz-Richtlinie und Gesamtenergieeffizienz-Richtlinie**

Die Richtlinie (EU) 2018/844<sup>408</sup> (im Folgenden: **Gebäudeeffizienz-Richtlinie**) ist Teil des Pakets „Saubere Energie für alle Europäer“ und ersetzt einzelne bereits bestehende Regelungen zur Gebäudeeffizienz in den Richtlinien 2010/31/EU<sup>409</sup> (im Folgenden: **Gesamtenergieeffizienz-Richtlinie**) sowie der Energie-Effizienz-Richtlinie und regelt neue Vorgaben für die energetische Sanierung von Gebäuden und die Energieeffizienz von Neubauten.

#### aa) **Regelungsgegenstand**

Die Richtlinie wurde auf Art. 194 Abs. 2 AEUV gestützt. Im Bereich der Energiepolitik verbleibt den Mitgliedstaaten ein grundsätzlich weiter Spielraum für eigene Maßnahmen, da nach Art. 194 Abs. 2 UA 2 AEUV für die Mitgliedstaaten das Recht

<sup>407</sup> Vgl. Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 54, 55.

<sup>408</sup> Richtlinie (EU) 2018/844 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden und der Richtlinie 2012/27/EU über Energieeffizienz.

<sup>409</sup> Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden.

besteht, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen, ihre Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur ihrer Energieversorgung zu bestimmen. Hierzu dürfte auch die Bestimmung des in Heizkesseln zulässigen Brennstoffs gehören.

#### **bb) Harmonisierungsgrad**

Fraglich ist, ob die Richtlinie diesen Bereich inhaltlich regelt und damit im Falle eines Konflikts inhaltlich überlagern würde.

In den Erwägungsgrund 42 heißt es, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran hindern soll, für Gebäude und Gebäudekomponenten ehrgeizigere Anforderungen an die Gesamtenergieeffizienz festzulegen, sofern diese Anforderungen mit dem Unionsrecht in Einklang stehen. Es ist mit den Zielen der Gesamtenergieeffizienz-Richtlinie und der Energie-Effizienz-Richtlinie vereinbar, dass die Anforderungen unter bestimmten Umständen die Installation oder Nutzung von Produkten, die anderen Rechtsvorschriften der Union unterliegen, einschränken können, sofern durch diese Anforderungen keine ungerechtfertigten Marktbarrieren errichtet werden.

Die Gebäudeeffizienz-Richtlinie sieht in Art. 20 Abs. 2 UA 1 vor, dass die Mitgliedstaaten die Eigentümer oder Mieter von Gebäuden über den Austausch von mit fossilen Brennstoffen betriebenen Heizkesseln gegen nachhaltigere Alternativen informieren. Die Mitgliedstaaten stellen die Informationen mittels zugänglicher und transparenter Beratungsinstrumente zur Verfügung, etwa über Beratungen zu Renovierungen und zentrale Anlaufstellen.

Die Mitgliedstaaten haben bei der Wahl der konkreten Instrumente zur Erreichung der Effizienzziele grundsätzlich einen weiteren Gestaltungsspielraum, vgl. Art. 1 Abs. 3 der Gesamtenergieeffizienz-Richtlinie. Sie sind danach zur Aufstellung von Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden gemäß Art. 4 und gebäudetechnischen Systemen gemäß Art. 8 berechtigt.

Die Zulässigkeit bestimmter Brennstoffe in Heizkesseln wird in den vorgenannten Richtlinien nicht geregelt, sodass keine abschließende Regelung diesbezüglich beabsichtigt worden sein dürfte. Vielmehr sind Gegenstand der Richtlinie in erster Linie Maßnahmen zur Energieeinsparung.

#### **e) Energieeffizienz-Richtlinie**

Mit Einführung der Energieeffizienz-Richtlinie wurden sektorenübergreifende Regelungen zur Steigerung der Energieeffizienz auf europäischer Ebene beschlossen.

12.05.2021

Zweck der Richtlinie ist es, in den Mitgliedstaaten für eine Energieeinsparung durch Energieeffizienz zu sorgen.<sup>410</sup>

Der Anhang IV enthält eine Aufzählung des Energiegehalts bestimmter Brennstoffe für den Endverbrauch. Diese stellen Umrechnungsfaktoren nach Art. 7 Abs. 5 Satz 2 der Richtlinie dar, die bei der Berechnung der Energieeinsparung zugrunde zu legen sind. Aussagen zu ihrer Zulässigkeit oder ihrer fossilen bzw. nichtfossilen Herkunft werden damit jedoch nicht getroffen.

Die Zulässigkeit bestimmter Brennstoffe zur Kälte- oder Wärmeversorgung wird in nicht geregelt. Damit ergeben sich aus dieser Richtlinie keine relevanten Beschränkungen.<sup>411</sup>

#### **f) Erneuerbare-Energien-Richtlinie**

Zu untersuchen ist, ob sich aus der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, die der Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dient<sup>412</sup>, abschließende Regelungen für den Einsatz von Brennstoffen im Bereich der Kälte- und Wärmeversorgung ergeben.

#### **aa) Regelungsgegenstand**

Nach Art. 15 Abs. 4 UA 1 der Richtlinie nehmen Mitgliedstaaten in ihren Bauvorschriften und Regelwerken geeignete Maßnahmen auf, um den Anteil aller Energie aus erneuerbaren Quellen im Gebäudebereich zu erhöhen. Nach Art. 15 Abs. 4 UA 3 der Richtlinie schreiben die Mitgliedstaaten in ihren Bauvorschriften und Regelwerken oder auf andere Weise mit vergleichbarem Ergebnis vor, dass in neuen Gebäuden und in bestehenden Gebäuden, an denen größere Renovierungsarbeiten vorgenommen werden, ein Mindestmaß an erneuerbarer Energie genutzt wird, sofern dieses technisch machbar, zweckmäßig und wirtschaftlich tragbar ist und sofern dies nicht zur Verschlechterung der Raumluftqualität führt. Zudem soll nach Art. 15 Abs. 6 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie verstärkt zu Lösungen für Heizungsanlagen übergegangen werden, die auf erneuerbaren Energie beruhen.

Gemäß Art. 23 Abs. 1 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie bemüht sich jeder Mitgliedstaat um eine Steigerung des Anteils der erneuerbaren Energie in dem Wärmesektor um einen indikativen Richtwert von 1,3 Prozentpunkten gegenüber dem An-

---

<sup>410</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.1)d).

<sup>411</sup> So auch Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 54.

<sup>412</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.1)a).

teil der erneuerbaren Energie im Wärmesektor im Jahr 2020, um die Nutzung erneuerbarer Energie in diesem Bereich zu stärken. Diese Steigerung soll u.a. nach Art. 23 Abs. 4 durch die physische Beimischung von erneuerbarer Energie zu Energie und Brennstoffen, durch direkte Minderungsmaßnahmen, wie die Installationen hoch-effizienter Wärme- und Kältesysteme auf der Grundlage erneuerbarer Energie in Gebäuden oder andere politische Maßnahmen mit entsprechender Wirkung, einschließlich steuerlicher Maßnahmen oder anderer finanzieller Anreize, erreicht werden.

Art. 29 der Richtlinie regelt die Nachhaltigkeitskriterien und Kriterien für Treibhausgaseinsparungen für flüssige Biobrennstoffe zum Zweck der Berechnung des Beitrags zum Unionsziel, der Bewertung der Einhaltung der Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energie und der Möglichkeit der finanziellen Förderung für den Verbrauch von flüssigen Biobrennstoffen. Hier geht es in erster Linie um Anrechnungsfragen zur Erreichung europäischer Vorgaben und im Hinblick auf Fragen der Förderfähigkeit. Vorgaben zur ordnungsrechtlichen Zulässigkeit der Nutzung bestimmter Brennstoffe werden nicht getätigt.

#### **bb) Harmonisierungsgrad**

Relevante Beschränkungen ergeben sich damit nicht.<sup>413</sup> Zum einen ergibt sich dies aus der einschlägigen Kompetenzgrundlage, die für einen grundsätzlich eher weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten streitet. Zudem liegt es in der Natur einer europäischen Richtlinie, Mindeststandards und Zielvorgaben zu postulieren, vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV. Mitgliedstaaten bleibt es möglich, eine ambitioniertere Umsetzung vorzunehmen. Das wird durch eine Gesamtschau der aufgeführten Regelungen bestätigt, die den Mitgliedstaaten aufgibt, den Anteil der erneuerbaren Energie im Wärmebereich zu erhöhen.<sup>414</sup> Wie sie dies erreichen – etwa durch die Implementierung eines Verbots des Einsatzes fossiler Brennstoffe – bleibt damit den Mitgliedstaaten überlassen.

#### **g) Richtlinie zur Information über technische Vorschriften**

Ein etwaiger abschließender Charakter könnte sich aus dem Regelungsinhalt der Richtlinie (EU) 2015/1535<sup>415</sup> (im Folgenden: **Richtlinie zur Information über technische Vorgaben**) ergeben.

---

<sup>413</sup> So auch Kliński/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 32.

<sup>414</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.1.a)bb).

<sup>415</sup> Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

12.05.2021

Die EU erließ auf Grundlage von Art. 114, 337 und 43 AEUV die Richtlinie über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft. In dieser Richtlinie wird von Mitgliedstaaten die Notifikation von neuen technischen Vorschriften an die EU und andere Mitgliedstaaten verlangt.

Zu den technischen Vorschriften gehören technische Spezifikationen und sonstige Vorschriften. Eine technische Spezifikation ist gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c) der Richtlinie eine Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung des Erzeugnisses sowie über Konformitätsbewertungsverfahren. Eine sonstige Vorschrift ist gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchstabe d) der Richtlinie eine Vorschrift für ein Erzeugnis, das keine technische Spezifikation ist und insbesondere zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erlassen wird und den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betrifft, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung oder die Art des Erzeugnisses oder seine Vermarktung wesentlich beeinflussen können.

Bei dem Verbot fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen dürfte es sich jedenfalls um eine sonstige Vorschrift nach Art. 1 Abs. 1 Buchstabe d) handeln, die unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Inhaltliche Anforderungen, also Vorgaben zur Zulässigkeit bestimmter Erzeugnisse, enthält die Richtlinie nicht.

Damit wären bei der gesetzlichen Umsetzung die prozeduralen Vorgaben, insbesondere die Unterrichtungspflichten aus Art. 5 der Richtlinie zur Information über technische Vorgaben, zu beachten. Eine etwaige Sperrwirkung zum Erlass eines Verbots des Einsatzes fossiler Brennstoffe ergibt sich daraus jedoch nicht.<sup>416</sup>

## **h) Zwischenergebnis**

Abschließend harmonisierende unionsrechtliche Regelungen sind für uns nicht erkennbar. Nach unserer Einschätzung sollte europäisches Sekundärrecht dem Erlass einer nationalen Beschränkung des Einsatzes fossiler Brennstoffe damit nicht entgegenstehen – wobei hinsichtlich der Ökodesign-Anforderungen bisher keine Bewertung des EuGH vorliegt.<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> So auch Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 30.

<sup>417</sup> Vgl. dazu Teil 3D.II.1.a)bb).

## 2) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht

### a) Warenverkehrsfreiheit

Das Verbot fossiler Brennstoffe müsste mit der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV vereinbar sein.

#### aa) Anwendungsbereich

Bei den fossilen Heizbrennstoffen handelt es sich um Waren nach der Definition des EuGH. Von der Regelung mittelbar betroffene Brennkessel, in denen ausschließlich fossile Brennstoffe zum Einsatz kommen können, fallen ebenfalls unter den Anwendungsbereich. Da das Verbot fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen unabhängig von der Herkunft des Brennstoffs gelten soll, wird der grenzüberschreitende Bezug gegeben sein.<sup>418</sup>

#### bb) Beschränkung

Mit der Regelung soll nicht die Einfuhr, sondern der Einsatz von fossilen Brennstoffen in Heizungsanlagen untersagt werden. Eine unmittelbare mengenmäßige Einfuhrbeschränkung liegt damit nicht vor. Dasselbe gilt im Hinblick auf Brennkessel, in denen ausschließlich fossile Brennstoffe zum Einsatz kommen können.<sup>419</sup>

Art. 34 AEUV erfasst nicht nur direkte Beschränkungen der Wareneinfuhr im Sinne einer mengenmäßigen Beschränkung, sondern auch Maßnahmen gleicher Wirkung. Bei einem nationalen Verbot, das den Vertrieb bestimmter Erzeugnisse beschränkt, handelt es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen.<sup>420</sup> Das Verbot fossiler Brennstoffe beeinträchtigt den Vertrieb nahezu aller in einem anderen Mitgliedstaat zur Verbrennung in Heizungsanlagen hergestellten fossilen Brennstoffe in der Bundesrepublik Deutschland. Zudem behindert es potentiell den Vertrieb von Heizungsanlagen, die ausschließlich fossile Brennstoffe verbrennen können oder – mangels ausreichendem Angebot an regenerativem Substitut-Brennstoff (etwa Biogas oder E-Gas statt Erdgas) – unter einem Verbot fossiler Brennstoffe de facto unverkäuflich wären. Es stellt somit eine Maßnahme gleicher Wirkung dar.

---

<sup>418</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.2)a)aa).

<sup>419</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.2)a)bb)(1).

<sup>420</sup> EuGH, Urteil vom 10. 4. 2008 – C-265/0, Rn. 35-37.

## cc) Rechtfertigung

Fraglich ist, ob eine solche Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung gerechtfertigt wäre.

### (1) Rechtfertigungsgrund

Eine Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV kommt aufgrund des engen Anwendungsbereichs nicht in Betracht.<sup>421</sup>

Als Rechtfertigungsgrund kommt vorliegend der Umweltschutz als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls in Betracht. Das Verbot fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen soll Brennstoffe unabhängig von ihrer Herkunft erfassen; sie ist damit nicht offen diskriminierend. In seiner Rechtsprechung hat der EuGH festgehalten, dass eine Regelung dem Umweltschutz dient, wenn sie zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beiträgt, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen gehören.<sup>422</sup> Darüber hinaus bezwecke eine Regelung, die diese Treibhausgase verringere, zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen, der in Art. 36 AEUV unter den Gründen des Allgemeininteresses aufgeführt werde.<sup>423</sup>

### (2) Verhältnismäßigkeit

Die Rechtfertigung der genannten nationalen Regelung setzt ferner voraus, dass sie den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit genügt, d. h., dass sie zur Erreichung des mit ihr verfolgten legitimen Ziels – vorliegend des Umwelt- und Klimaschutzes – geeignet und erforderlich ist.

#### (a) Geeignetheit

Das Verbot müsste geeignet sein, den Umweltschutz zu fördern. Im Gebäudebereich kann der Abbau („phase-out“) fossiler Heizsysteme für das Erreichen von Treibhausgasneutralität förderlich sein.<sup>424</sup> Die Einführung eines Verbots des Einsatzes fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen führt dazu, dass weniger CO<sub>2</sub> emittiert wird. Das Verbot kann somit die damit verbundenen Umweltbelastungen verringern. Infolge eines ordnungsrechtlichen Verbotes des Einsatzes fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen müssten sich Gebäudeeigentümer um klimafreundlichere Heizungstechnologien bemühen. Daher ist die Einführung eines Verbots für fossile

---

<sup>421</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.2)a)cc)(1).

<sup>422</sup> EuGH, Urteil vom 01.07.2014 – C-573/12, Rn. 78.

<sup>423</sup> EuGH, Urteil vom 01.07.2014 – C-573/12, Rn. 80.

<sup>424</sup> Wuppertal Institut (2020). CO<sub>2</sub>-neutral bis 2035: Eckpunkte eines deutschen Beitrags zur Einhaltung der 1,5-°C-Grenze, S. 89.

Brennstoffe geeignet, die Umweltbelastungen durch den Gebäudesektor zu reduzieren und die Ziele des Klima- und Umweltschutzes zu erreichen.

## **(b)      Erforderlichkeit**

Bei der Frage, ob ein gleich wirksames aber milderes Mittel zur Verfügung steht, kommt den Mitgliedstaaten ein weiter Einschätzungsspielraum zu.<sup>425</sup> Erforderlich ist die Einführung eines Verbots für fossile Brennstoffe, wenn Belastungen der Umwelt durch den Gebäudesektor nicht mit gleichermaßen geeigneten Maßnahmen verringert werden können, die den freien Warenverkehr weniger beeinträchtigen. Zu berücksichtigen ist auch, ob das alternative Mittel gleich schnell und gleich umfassend ist.

Zu denken wäre dabei etwa an die Förderung von synthetischen Brennstoffen sowie des Einbaus von Wärmepumpen und eine weitere Verteuerung fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen. Diese Maßnahmen sind jedoch nach unserer Einschätzung mit der Perspektive ihrer Wirkung bis 2045 nicht gleich effektiv. Denn im Verlauf bis dahin dürften sehr viele Gebäude, die leicht oder mit mäßigem Aufwand regenerativ beheizt werden könnten, auch aufgrund einer solchen Regelung bereits umgestellt sein. Besonders mit Blick auf den Zeitpunkt der „Scharfschaltung“ eines solchen Verbots in 2045 erscheint ein Instrument, das gezielt auf die Beendigung der Verwendung von fossilen Heizbrennstoffen abzielt, erforderlich, weil insoweit dann allein noch erfolgversprechend zu sein. Damit scheidet auch das bloße „Auslaufen lassen“ des Einsatzes fossiler Brennstoffe durch ein Verbot etwa allein in Neubauten als taugliche Alternative aus.

Der erhebliche Anteil der Emissionen dürfte 2045 aus dem dann noch unsanierten Rest-Gebäudebestand bestehen, sodass in diesem Bereich eine Reduktion stattfinden muss. Die Frage der CO<sub>2</sub>-Speicherung (CCS/CCU) als Handlungsalternative kann unseres Erachtens dahinstehen, da sie zumindest im Gebäudesektor wohl auch bis 2045 nicht zur Verfügung stehen dürfte. Sie kann die Erforderlichkeit eines Verbots fossiler Heizbrennstoff nach unserer Einschätzung somit nicht in Frage stellen. Etwaige Sanierungspflichten zwecks Energieeinsparung sind ebenfalls nicht als mildere Maßnahmen anzusehen, da sie einen Handlungsbedarf auslösen und die Wahl der Mittel als Reaktion auf das Verbot damit eingeschränkt wird. Zudem dürfte der in den 2040er Jahren noch nicht transformierte Gebäudebestand noch über Effizienzmaßnahmen allein umgestellt werden können (Fraglichkeit eines Umbaus solcher Gebäude zu Null-Energie-Gebäuden).

---

<sup>425</sup> Vgl. dazu Teil 3C.II.2)a)cc)(2)(c).



### (c) Abwägung zwischen Eingriffsschwere und Schutzgewinn

Zudem muss die Abwägung ergeben, dass die auferlegten Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.<sup>426</sup>

Bei der vorzunehmenden Abwägung ist zu berücksichtigen, dass es sich um Schutzgüter von überragender Bedeutung handelt. Zudem trägt das Verbot dazu bei, dass Deutschland seine Klimaschutzziele – hier Klimaneutralität bis 2045 – erreichen wird.

Demgegenüber stehen die Interessen der betroffenen Hersteller und Händler, denen Kosten durch die Umstellung der Produktion sowie Gewinnverluste drohen. Bei der Gewichtung der Schutzwürdigkeit der Interessen der betroffenen Produzenten und Händler wäre zu berücksichtigen, dass diese jedoch bei einer zeitnahen gesetzlichen Umsetzung des Verbots einen großzügigen Umsetzungszeitraum hätten. Entsprechende Vertriebs- und Produktionsprozesse könnten schrittweise umgestellt werden.<sup>427</sup> Je stärker die Möglichkeit besteht, auf alternative Brennstoffe zur Kälte- und Wärmeerzeugung umzustellen, desto eher ist die Regelung auch zumutbar. Hierbei ist zudem zu berücksichtigen, dass entsprechende Entwicklungen sich aufgrund der politischen Debatte zum Klimaschutz abgezeichnet haben und bis zum Eintritt des Verbots 2045 noch mehr als zwanzig Jahre zeitlicher Abstand zur Umsetzung der technischen Transformation zu einer regenerativen Beheizungs-technologie besteht und im Zweifel ohnehin bis dahin vermehrt grüne Substitut-Brennstoffe (Biomethan/synthetisches oder E-Gas statt Erdgas) angeboten werden dürften, die dann zum Einsatz gelangen können.

Bei der Abwägung ist zu beachten, dass im Gebäudesektor ein akuter Handlungsbedarf in Sachen CO<sub>2</sub>-Reduzierung besteht. Als einziger Sektor überschritt der Gebäudesektor im Jahr 2020 seine Jahresemissionsmenge gemäß Klimaschutzgesetz, die bei 118 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub> liegt.<sup>428</sup> Während in den Bereichen Gewerbe, Handel und Dienstleistungen die Emissionen aufgrund der Pandemie sanken, sind die Emissionen in den privaten Haushalten gestiegen.<sup>429</sup> Zwar werden nicht allein die Kälte- und Wärmebereitstellung zum Bereich des Gebäudesektors hinzugezählt. Gleichwohl würde die Verringerung der THG-Emissionen im Bereich der Gebäudewärme

---

<sup>426</sup> Vgl. dazu Teil 3A.II.2)a)cc)(3)(d).

<sup>427</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-463/01, Kommission/Deutschland, Slg. 2004, I-11760 Rz. 80.

<sup>428</sup> BMU, Treibhausgasemissionen sinken 2020 um 8,7 Prozent, online abrufbar unter: <https://www.bmu.de/pressemitteilung/treibhausgasemissionen-sinken-2020-um-87-prozent/>, (abgerufen am 09.04.2021).

<sup>429</sup> BMU, Treibhausgasemissionen sinken 2020 um 8,7 Prozent, online abrufbar unter: <https://www.bmu.de/pressemitteilung/treibhausgasemissionen-sinken-2020-um-87-prozent/> (abgerufen am 09.04.2021).

die Gesamtbilanz des Gebäudesektors erheblich verbessern. Hinsichtlich der Beheizungsstruktur fand in den letzten Jahren ein Wechsel von Heizöl zu Erdgas und von Niedertemperatur- zu Brennwertkesseln statt. Dadurch konnten in begrenztem Umfang CO<sub>2</sub>-Emissionen reduziert werden. Dennoch nutzten wie im Jahr 2018 mit knapp 80 % die Mehrzahl aller neu installierten Wärmeerzeugungsanlagen noch fossile Energien.<sup>430</sup> Für das Erreichen einer Klimaneutralität ist im Gebäudesektor u.a. ein schneller und umfassender Wechsel zu Heiztechnologien auf Basis erneuerbarer Energien nötig.<sup>431</sup> Es besteht eine große Notwendigkeit, bei den Heizungsanlagen CO<sub>2</sub> einzusparen. Angesichts des erheblichen Anteils des Gebäudesektors an den THG-Emissionen sind ordnungsrechtliche Maßnahmen wie ein Verbot als angemessen zu bewerten.

#### **b) Zwischenergebnis**

Nach unserer Einschätzung wäre eine solche Regelung eines Verbots fossiler Brennstoffe zur Kälte- und Wärmeerzeugung mit Wirkung ab dem 01.01.2045 mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar.

### **III. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht**

Eine derartige Regelung müsste zudem formell und materiell mit dem Grundgesetz vereinbar sein.

#### **1) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

##### **a) Gesetzgebungskompetenz**

Fraglich ist zunächst, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass einer solchen Regelung zukommt.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Anpassungen im GEG ist gegeben. Das Verbot bzw. die Beschränkung fossiler Brennstoffe im GEG fällt in den Bereich der Luftreinhaltung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG. Darunter ist auch der Klimaschutz zu verstehen, der dem Schutz der natürlichen Zusammensetzung der Luft dient und damit unter den Kompetenztitel der Luftreinhaltung fällt.<sup>432</sup> Darüber hinaus könnte

---

<sup>430</sup> Wuppertal Institut (2020). CO<sub>2</sub>-neutral bis 2035: Eckpunkte eines deutschen Beitrags zur Einhaltung der 1,5-°C-Grenze, S. 90.

<sup>431</sup> Wuppertal Institut (2020). CO<sub>2</sub>-neutral bis 2035: Eckpunkte eines deutschen Beitrags zur Einhaltung der 1,5-°C-Grenze, S. 89.

<sup>432</sup> Vgl. Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 58 mit Verweis auf Pieroth, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 74, Rn. 69 m.w.N.

12.05.2021

sich der Bund bei einem entsprechenden Verbot im GEG auf die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Rechts der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen. Die Gesetzesbegründung zum GEG beruft sich auf diese Kompetenz.<sup>433</sup> Das Verbot der Brennstoffe zielt auf die Einsparung fossiler Energie und die Förderung und zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien im Gebäudesektor. Diese sind als Aspekte der Wirtschaft zu sehen.<sup>434</sup>

Fraglich ist, ob auch eine gesetzgeberische Zuständigkeit zur Änderung von Rechtsverordnungen – vorliegend der Anpassung der zulässigen Brennstoffe in § 3 der 1. BImSchV – gegeben wäre. Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BImSchG wird die Bundesregierung dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu regeln, dass die Errichtung, die Beschaffenheit und der Betrieb nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen bestimmten Anforderungen zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umweltwirkungen genügen müssen. Von dieser Ermächtigung hat sie Gebrauch gemacht. Ausweislich der Eingangsformel verordnet die Bundesregierung auf Grund des § 23 Abs. 1 i. V. m. § 48b und § 59 BImSchG die 1. BImSchV.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Änderung bestehender Rechtsverordnungen auch durch den parlamentarischen Gesetzgeber möglich sind, er also auf die Ermächtigung der genannten Adressaten zum Erlass von Rechtsverordnungen verzichten und die Rechtsverordnungen stattdessen selbst erlassen kann. Beispiele finden sich unter anderem dann, wenn der Gesetzgeber bei Gelegenheit einer Novelle sozusagen „in einem Aufwasch“ mit dem bisherigen Gesetz auch die dazugehörige Rechtsverordnung der geänderten Rechtslage anpasst.<sup>435</sup>

Das BVerfG geht von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Änderung bestehender Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber aus; es nimmt an, dass einer gesetzlich modifizierten Verordnung insgesamt ein einheitlicher Verordnungsrang zukomme, es sich also um „im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht“ handle.<sup>436</sup> Diese sog. „Legislativverordnungen“ sollen allerdings nur dann zulässig sein, wenn sie mit Änderungen der gesetzlichen Regelungen eines Sachbereichs verbunden werden, weshalb isolierte Veränderungsänderungen unzulässig sein sollen; weiterhin soll der parlamentarische Gesetzgeber verpflichtet sein,

---

<sup>433</sup> Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude, BT-Drs. 10/16716, S. 108.

<sup>434</sup> Vgl. Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 58.

<sup>435</sup> Maunz/Dürig/Remmert, 92. EL August 2020, GG Art. 80 Rn. 89 mit Verweis auf Möllers Jura 2007, 932 (937) und Brosius-Gersdorf ZG 2007, 305 (314) sowie Lenz NVwZ 2006, 296 ff.

<sup>436</sup> BVerfG, Beschluss vom 13.09.2005, 2 BvF 2/03.

beim Erlass einer Legislativverordnung das Verfahren nach Art. 76 ff. GG ebenso einzuhalten wie die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.<sup>437</sup>

Alternativ bliebe dem Gesetzgeber die Möglichkeit, im Rahmen der gesetzlichen Neuregelung einer Materie den Ordnungsgeber nicht nur zu ermächtigen, sondern auch zu verpflichten, die Bestimmungen der einschlägigen Rechtsverordnung zu ändern, bei denen der Gesetzgeber Modifikationsbedarf sieht. Das ließe sich mit einer Fristsetzung kombinieren.<sup>438</sup>

## **b) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis ist die formell-rechtmäßige Ausgestaltung des Verbots des Einsatzes fossiler Brennstoffe für die Kälte- und Wärmeversorgung möglich.

## **2) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Innerhalb der Grundrechtsprüfung ist auch hier zwischen den Grundrechten gewerblicher Produzenten der Brennstoffe und Heizungsanlagen, der sowie der privaten Nutzer derselben zu unterscheiden.<sup>439</sup> Soweit Privatpersonen ohne wirtschaftliche Aktivitäten Verpflichtungen unterliegen oder, soweit grundrechtlich relevant, von den Auswirkungen der Bestimmungen erfasst werden, ist von den Freiheitsgrundrechten neben dem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) (nur) die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG berührt. Soweit solche Personen und Grundrechtsträger betroffen sind, die wirtschaftliche Aktivitäten entfalten, sind die Maßnahmen sowohl am Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) als auch am Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

### **a) Eigentumsgarantie**

#### **aa) Schutzbereich**

Denn Art. 14 GG schützt grundsätzlich jedes vom einfachen Gesetzgeber gewährte konkrete, vermögenswerte Recht,<sup>440</sup> das dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet ist, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.<sup>441</sup> Ge-

---

<sup>437</sup> BVerfG, Beschluss vom 13.09.2005, 2 BvF 2/03.

<sup>438</sup> Maunz/Dürig/Remmert, 92. EL August 2020, GG Art. 80 Rn. 96.

<sup>439</sup> Vgl. dazu Teil 3C.III.2).

<sup>440</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.01.1991, 1 BvR 929/89; Urteil vom 29.01.1997, 1 BvR 48/94; Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Auflage 2016, Art. 14 Rn. 4.

<sup>441</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.01.2006 - 2 BvR 2194/99.

genstand des Eigentumsrechts ist zunächst der fossile Brennstoff selbst. Die Verbrennung dieses Brennstoffs zum Zweck der Wärmeerzeugung in einer Heizungsanlage bedeutet die Nutzung des Eigentumsrechts. Schließlich ist an das Eigentum der Hersteller der Brennstoffe an den Produktionsanlagen zu denken. Der Schutzbereich ist eröffnet.<sup>442</sup>

## **bb) Eingriff**

Ein Eingriff in die Eigentumsgarantie ist jedes staatliche Verhalten, das die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht oder erschwert.<sup>443</sup> Zu unterscheiden ist zwischen potenziell Betroffenen.

### **(1) Eingriff in das Eigentum an den Brennstoffen**

Relativ unproblematisch ist ein Eingriff in das Eigentum an den Brennstoffen zu bejahen, wenn dessen Eigentümern ab dem 01.01.2045 ein Verbrennungsverbot auferlegt wird. Diese könnten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zur Wärmeerzeugung in Heizungsanlagen genutzt werden.

### **(2) Eingriff in das Eigentum an den Heizungsanlagen bzw. Gebäuden**

Wenn die gesetzliche Bestimmung es untersagt, ab 2045 fossile Brennstoffe zu verwenden, liegt insoweit eine Beschränkung der Nutzungsbefugnis der Heizungsanlagen vor, unabhängig davon, ob die Heizungsanlage mit den treibhausgasreduzierten Brennstoffen einsetzbar ist oder nicht.

Einen Eingriff in das Eigentumsrecht an den Verbrauchsgeräten wird man auch dann annehmen können, wenn technische Geräte mit einem treibhausgasfreien Brennstoff, etwa sog. „Green Fuels“, ebenso gut funktionieren sollten wie mit einem herkömmlichen fossilen Brennstoff, da immerhin die Art und Weise der Nutzung rechtlich eingeschränkt ist. Die Frage der Schwere des Eingriffs ist aber für die Rechtfertigung desselben im Rahmen der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung.

### **(3) Eingriff in das Eigentum der Hersteller und Händler**

Hinsichtlich des Eingriffs in das Eigentum der Hersteller und Händler ist zu unterscheiden. Dabei ist das Eigentum der Hersteller und Händler von fossilen Brennstoffen, die in Heizungsanlagen zum Einsatz kommen, sowie das der Hersteller und

---

<sup>442</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)aa).

<sup>443</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)bb).

12.05.2021

Händler von Heizungsanlagen, die ausschließlich mit fossilen Brennstoffen beschickt werden können, bei der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit in Betracht zu ziehen.

Die bloße Absatzmöglichkeit von fossilen Brennstoffen und Heizungsanlagen, die ausschließlich fossile Brennstoffe einsetzen, wird mit der Regelung zwar in Deutschland eingeschränkt. Der Art. 14 GG schützt jedoch nur das Erworbene, nicht den Erwerb. Die Aussicht auf den Verkauf dieser ist als bloße Erwerbsaussicht nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.<sup>444</sup>

Fraglich ist, ob das Verbot fossiler Brennstoffe ein Eingriff in das Eigentum und in den Besitz an bestehenden Produktionsanlagen darstellt die zur Herstellung fossiler Heizstoffe oder Heizungsanlagen genutzt werden, die ausschließlich fossile Brennstoffe einsetzen können. Ob und inwieweit der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als tatsächliche Zusammenfassung der zum Vermögen eines Unternehmens gehörenden Sachen und Rechte in eigenständiger Weise von der Gewährleistung der Eigentumsgarantie erfasst wird, ist in der Rechtsprechung des BVerfG noch nicht geklärt.<sup>445</sup> Grundrechtlich geschützt wäre – wenn überhaupt – nur die Substanz des Gewerbebetriebs, nicht die damit verbundene wirtschaftliche Erwartung wie etwa der Erhalt der tatsächlichen Absatzmöglichkeit sowie die Erwartung, dass ein Unternehmen auch in Zukunft rentabel betrieben werden kann.<sup>446</sup> Wirkt sich ein Gesetz auf die betriebliche Produktion aus, ist der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes nur tangiert, wenn wesensmäßige Funktionsabläufe des betrieblichen Organismus und das Recht des Eigentümers, von dem Gewerbebetrieb als der von ihm aufgebauten und aufrechterhaltenen Organisation sachlicher und persönlicher Mittel bestimmungsgemäß Gebrauch zu machen, berührt werden. An einer solchen Verbindung fehlt es, wenn lediglich Einfluss auf die Gestaltung eines einzigen Produktes genommen wird, ohne dass dies zur Erdrosselung des Betriebs führt.<sup>447</sup>

Es könnte in diesem Zusammenhang argumentiert werden, dass ein Verbot in das Eigentum und den Besitz an den bestehenden Produktionsanlagen für fossile Brennstoffe oder Heizungsanlagen eingreift, da diese infolge der zu erwartenden Umstellung der Produktionsprozesse auf andere Heiztechnologien nicht mehr genutzt werden könnten.

---

<sup>444</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)bb)(3).

<sup>445</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12.

<sup>446</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, 1 BvR 558, 1428/91; BVerfG, Urteil vom 20.04.2004, 1 BvR 1748/99, 905/00; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl., Art. 14, Rn. 10 und 25.

<sup>447</sup> BVerfG, Urteil vom 29.07.1991, 1 BvR 868/90.

Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, dass hierdurch die für einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erforderliche Erdrosselung des Betriebs anzunehmen wäre. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang zum einen der Verkauf der fossilen Brennstoffe sowie der Heizungsanlagen im Ausland. Die bislang bestehende Absatzmöglichkeit in Deutschland gehört nicht zur Substanz des Gewerbebetriebes; es betrifft vielmehr die mit dem Gewerbebetrieb verbundene wirtschaftliche Erwartung, nämlich der Erhalt der bestehenden Absatzmöglichkeiten sowie die Erwartung, dass ein Unternehmen künftig weiterhin ohne eine Anpassung gewinnerbringend betrieben werden kann. Darüber hinaus kann von einer Erdrosselung nicht ausgegangen werden, wenn die Möglichkeit besteht, auf anderweitige Produktionsprozesse umzusteigen.

Einen Eingriff in das Eigentum der Hersteller und Händler hinsichtlich der Produktionsstätte nehmen wir damit im Ergebnis nicht an.

#### **(4) Zwischenergebnis**

Ein Eingriff in das Eigentum an den Brennstoffen und Heizungsanlagen bzw. Gebäuden ist anzunehmen.

#### **cc) Rechtfertigung**

Fraglich ist, ob der Eingriff in das Eigentum an den Brennstoffen und Heizungsanlagen bzw. Gebäuden gerechtfertigt ist.

#### **(1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung**

Nur die Enteignung ist regelmäßig ausgleichspflichtig; für Inhalts- und Schrankenbestimmungen stellt eine Ausgleichspflicht die Ausnahme dar. Bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind gesteigerte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen, wenn sie zu einem Entzug konkreter Eigentumspositionen führen. Sie werfen dann die Frage einer Ausgleichsregelung auf.<sup>448</sup>

Eine Enteignung setzt den Entzug des Eigentums durch Änderung der Eigentumszuordnung und eine hoheitliche Güterbeschaffung voraus.<sup>449</sup> Die hoheitliche Güterbeschaffung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Staat gegen den Privateigentümer vorgeht, weil er dessen Eigentum für einen öffentlichen Zweck braucht, mithin hierfür nutzen will.<sup>450</sup> Allein die Tatsache, dass das Verbot der Verringerung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes dient und damit einen Beitrag zum Klimaschutz leisten soll, reicht dafür

<sup>448</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 243.

<sup>449</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11.

<sup>450</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(1).

aber nach unserer Einschätzung nicht aus. Nach dem Zweck der Norm soll das enteignete Gut für eine konkrete Aufgabe bereitstehen. Das ist weder bei den fossilen Brennstoffen noch bei den Heizungsanlagen der Fall. Zudem fehlt es an einer Änderung der Eigentumsordnung. Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen können keine Enteignung sein, selbst wenn sie die Nutzung des Eigentums nahezu oder vollständig entwerten, da zwingendes Merkmal der entschädigungspflichtigen Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG das Kriterium der vollständigen oder teilweisen Entziehung der Eigentumsposition darstellt.<sup>451</sup>

Es handelte sich bei einer solchen Regelung mithin nach unserer Einschätzung nicht um eine Enteignung, sondern um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Entzieht der Staat aus Gründen des Gemeinwohls Eigentum, enteignet er hierbei jedoch mangels Güterbeschaffung nicht, stellt sich dem Gesetzgeber stets die Frage, ob eine solche Inhalts- und Schrankenbestimmung nur dann Bestand haben kann, wenn angemessene Ausgleichsregelungen vorgesehen sind. Die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eröffnete Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit einer sonst unverhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmung mittels eines durch den Gesetzgeber vorzusehenden finanziellen Ausgleichs zu sichern, besteht allerdings nur, wenn in denen der mit der Schrankenbestimmung verfolgte Gemeinwohlgrund den Eingriff grundsätzlich rechtfertigt, aus Verhältnismäßigkeitsgründen allerdings noch zusätzlich einer Ausgleichsregelung bedarf.<sup>452</sup> Der in Art. 14 GG verankerte Bestandsschutz des Eigentums verlangt im Rahmen des Möglichen vorrangig, eigentumsbelastende Regelungen ohne kompensatorische Ausgleichszahlungen verhältnismäßig auszugestalten, etwa durch Ausnahmen und Befreiungen oder durch Übergangsregelungen.<sup>453</sup> In diesen Fällen hat der Gesetzgeber besonders sorgfältig zu prüfen, ob ein solcher Entzug nur dann mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist, wenn für den Eigentümer ein angemessener Ausgleich vorgesehen ist.

## (2) Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist, ob das Verbot verhältnismäßig ist. Auch in diesem Zusammenhang ist die weite Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers zu berücksichtigen.<sup>454</sup>

---

<sup>451</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 248.

<sup>452</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rz. 260 mit Verweis auf vgl. BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91.

<sup>453</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rz. 260 mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91.

<sup>454</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc(3).



### (a) Legitimer Zweck

Das Verbot fossiler Brennstoffe dient mit der Verringerung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes und anderer klimaschädlicher Emissionen dem Klimaschutz und damit einem legitimen Zweck. Es dient insoweit dem Schutz von Leben und körperliche Unversehrtheit der Bevölkerung nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG gegenwärtiger und künftiger Generationen.<sup>455</sup> Damit kann sich der Gesetzgeber auf das „Staatsziel Umweltschutz“ aus Art. 20a GG stützen, weil es ihm bei der Klimaschutzpolitik – auch im Interesse zukünftiger Generationen – um den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen geht.<sup>456</sup> Hierbei handelt es sich um ein Gut mit Verfassungsrang, wie das BVerfG ausdrücklich entschieden hat.<sup>457</sup> Art. 20a GG enthält nicht nur ein unverbindliches politisches Programm, sondern eine justiziable Rechtsnorm, die den Gesetzgeber bindet.<sup>458</sup>

Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine massive Senkung des Kohlendioxid-ausstoßes sowie des Ausstoßes anderer Treibhausgase fügt sich in eine Vielzahl von unionalen und nationalen Maßnahmen ein.<sup>459</sup>

### (b) Geeignetheit

Die Regelung, wonach im Jahr 2045 grundsätzlich keine fossilen Brennstoffe in Heizungsanlagen zum Einsatz kommen dürfen, müsste geeignet sein, ihren Zweck zu erfüllen. Eine staatliche Maßnahme ist bereits dann zur Erreichung eines Zwecks geeignet, wenn die Herbeiführung des angestrebten Erfolgs zumindest möglich erscheint.

Für die Beurteilung der Geeignetheit kommt es in erster Linie auf die Förderung der Zielerreichung im eigenen Hoheitsgebiet an.<sup>460</sup> Der Ausstieg aus der Verwendung fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen führt zu einer Verringerung der CO<sub>2</sub>-Emissionen in Deutschland. Der Fortbestand von Emissionsquellen in anderen Staaten der Erde nimmt der Reduzierung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes durch ein Verbot in Deutschland nicht die Eignung, zur Verringerung des weltweiten CO<sub>2</sub>-Ausstoßes beizutragen. Die Geeignetheit der Maßnahme zur Verfolgung des Umwelt- und Klimaschutzzweckes ist zu bejahen.

---

<sup>455</sup> Vgl. dazu Teil 3C.III.2)a)cc)(2)(b)(aa).

<sup>456</sup> Vgl. dazu A.III.2)a)cc)(2)(b)(aa)).

<sup>457</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 205.

<sup>458</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 205.

<sup>459</sup> Vgl. dazu Teil 3C.III.2)a)cc)(2)(b)(aa).

<sup>460</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(b) sowie BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 287.

12.05.2021

### (c) Erforderlichkeit

Im Rahmen der Erforderlichkeit ist abzuwägen, ob sich die staatliche Maßnahme nicht durch ein anderes, im Wesentlichen gleich wirksames Mittel erreichen lässt, das das betroffene Grundrecht weniger stark einschränkt.<sup>461</sup>

Zu berücksichtigen ist, ob das alternative Mittel gleich schnell und gleich umfassend ist.<sup>462</sup> Damit scheidet das bloße Ausklingen des Einsatzes fossiler Brennstoffe durch ein alleiniges Verbot in Neubauten bereits aus. Die Frage der CO<sub>2</sub>-Speicherungen als Handlungsalternative kann dahinstehen, da sie zumindest kurz- bis mittelfristig nicht zur Verfügung stünde. Sie kann die Erforderlichkeit somit nicht in Frage stellen. Auch die Förderung von synthetischen Brennstoffen, Wärmepumpen und solarthermischen Kollektoren sowie die Verteuerung fossiler Brennstoffe können die Erforderlichkeit eines umfassenden Verbots des Einsatzes fossiler Heizstoffe nicht in Frage stellen, da sie das Ziel einer Null-Emission nicht in gleicher Weise erreichen können. Dasselbe gilt für die bestehenden Regelungen im GEG im Hinblick auf die sog. „Hybridlösungen“, die eine teilweise Deckung des Wärmebedarfs mit erneuerbare Energie vorsieht. Wird der übrige Teil weiterhin durch die Verbrennung fossiler Brennstoffe gedeckt, kommt es weiterhin zu einem erhöhten CO<sub>2</sub>-Ausstoß.

### (d) Angemessenheit

Der Gesetzgeber muss bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen.<sup>463</sup> Nach der Rechtsprechung ist bei der Angemessenheit auch von Bedeutung, welchen sozialen Bezug der Eigentumsgegenstand aufweist.<sup>464</sup> Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist dabei umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist.<sup>465</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die wenigsten Gebäude ausschließlich Wirkungen aufweisen, die an der Grundstücksgrenze enden. Vielmehr führt die Beheizung von Gebäuden typischerweise zu schädlichen Emissionen, die Auswirkungen auf andere Rechtsgüter haben.<sup>466</sup> Dem öffentlichen Interesse an der Reduzierung dieser Emissionen kann damit in erster Linie durch die Inanspruchnahme des Eigentümers des Grundstücks

<sup>461</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(c).

<sup>462</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 290.

<sup>463</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(aa) und Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(bb).

<sup>464</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(dd).

<sup>465</sup> BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91, BVerfG, Urteil vom 29.11.1979, 1 BvL 17/77, 7, 9, 14, 15, 16, 37, 64, 74, 78, 100/78, 5, 16/79 und 1 BvR 807/78.

<sup>466</sup> Vgl. Schröder, Die Verwaltung 2/2013, S. 183.

und des Gebäudes Rechnung getragen werden, dessen Eigentum daher einer gesteigerten Sozialbindung unterliegt. Sie ergibt sich aus der Situationsgebundenheit, hier der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks.<sup>467</sup> Für die Frage, wie schwer der Eingriff wiegt, kommt es maßgeblich darauf an, ob die Heizungen, die bislang mit fossilen Brennstoffen betrieben wurden, mit alternativen Brennstoffen betrieben werden können. Den Eigentümern bestimmter Heizungsanlagen, die nicht mit synthetischen Brennstoffen betrieben werden können, wird ab 2045 die Möglichkeit genommen, ihre Heizung zu betreiben. Das gilt etwa für Heizungsanlagen, die mit festen fossilen Brennstoffen beschickt werden. Diese müssten faktisch bei dem Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe ab 2045 ausgebaut und ausgetauscht bzw. umfassend umgerüstet werden. Das Verbot des Einsatzes fossiler gasförmiger und flüssiger Brennstoffe in Heizungen hingegen beschränkt lediglich die Nutzungsmöglichkeiten der Heizungsanlagen, ohne den Eigentümern zwingend Sanierungspflichten aufzuerlegen. Denn hier ist eine Umstellung der Einsatzstoffe Heizöl und Erdgas auf „Green Fuels“ und Biomethan denkbar, ohne dass größere Umrüstungen erforderlich werden.

Da die Regelungsbereiche unterschiedliche Eingriffsintensitäten aufweisen, wird in den nachfolgenden Ausführungen danach differenziert, ob das Verbot mittelbar zu einer Sanierungspflicht führt.

#### **(aa) Auslösung von Sanierungspflichten**

Bestehende Kohleheizungen können nicht mit alternativen Brennstoffen betrieben werden. Zudem ist nicht damit zu rechnen, dass in einem ausreichenden Ausmaß „Green Fuels“ ab dem Jahr 2045 zur Verfügung stehen werden, um den Heizbedarf von allen Eigentümern von Heizungsanlagen decken zu können, die mit flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen beschickt werden (unter der Annahme, dass deren Anzahl bis 2045 stabil bliebe).<sup>468</sup> Es ist daher zu erwarten, dass diese Eigentümer auf alternative Heizmethoden, wie etwa die Deckung des Bedarfs durch Fernwärme oder Wärmepumpen, ausweichen werden. Das Verbot führt damit mittelbar und faktisch zur Auferlegung einer Verpflichtung des Gebäudeeigentümers zur Vornahme energetischer Anpassungen am bzw. im Gebäudebestand. Das Verbot stellt damit einen weitreichenden Eingriff in das Eigentumsgrundrecht dar. Sie führt zu einer vollständigen Nutzungsaufhebung und beseitigt damit die bestehende, durch die Eigentumsgarantie grundsätzlich geschützte Rechtsposition im Hinblick auf die Heizungsanlage vollständig.

---

<sup>467</sup> BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91.

<sup>468</sup> Vgl. Czechanowsky, Branche setzt auf Klimaschutz mit grünem Heizöl, energate messenger, 25.03.2021.

12.05.2021

Die **Gemeinwohlgründe**, die den Gesetzgeber zu einem Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe bewegen würden, sind von überragendem Gericht. Das Verbot dient dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) und der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG), die von diesen Emissionen betroffen werden. Dem Klimaschutz wird über Art. 20a GG Verfassungsrang zugesprochen. Angesichts der großen Gefahren, die ein immer weiter voranschreitender Klimawandel mit sich bringen kann, ist der Staat hierzu sowohl den heute lebenden Menschen, als auch objektivrechtlich im Hinblick auf künftige Generationen verpflichtet. Auch die Grundrechte der künftigen Generationen sind daher in die Abwägung mit einzubeziehen.<sup>469</sup>

Bei der vorzunehmenden Abwägung ist ebenfalls der **soziale Bezug des Eigentums** bei der Frage der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn zu berücksichtigen, der hier aufgrund der umweltschädlichen Emissionen gegeben ist.<sup>470</sup> Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass der Eigentümer durch die Nutzung seines Grundstücks als Verursacher zur Belastung der Umwelt beiträgt. Auch der hohe Anteil des Gebäudebestandes an den Gesamtemissionen zeigt, dass ohne eine Reduzierung in diesem Bereich die Klimaschutzziele nicht erreicht werden können, was für die starke Sozialbindung des Eigentums streitet.

Die Grenze der Angemessenheit ist aber dort zu ziehen, wo das Eigentum vollständig entwertet wird, wo also die nötigen Investitionen den Wert des Eigentums überschreiten und die Beeinträchtigung damit die Privatnützigkeit nahezu vollständig beseitigt.<sup>471</sup> Das ist dann der Fall, wenn die Kosten der Sanierung den Wert des Gebäudes nach der Sanierung bzw. bei selbst genutztem Eigentum der weiteren Nutzung übersteigen. Darüber hinaus sind die Grenzen überschritten, wenn die Belastungen auf Dauer zu Verlusten oder zur Substanzgefährdung führen.<sup>472</sup> Wegen des gewichtigen Gemeinwohlinteresses dürfte die Grenze der zumutbaren Belastungen dann nicht überschritten werden, solange die Kosten der abverlangten Maßnahmen nicht so groß sind, als dass sie die wirtschaftliche Nutzbarkeit des Grundstücks als solche nicht substantiell beeinträchtigen oder diese gar aufgehoben wird.<sup>473</sup> Bei dieser Betrachtung wäre die Möglichkeit zu berücksichtigen, Investitionskosten auf etwaige Mieter umlegen zu können. Bei der Betrachtung sind durch die Sanierung entstehende Vorteile bei der Bewertung der Angemessenheit zu beachten.<sup>474</sup> Zum einen steigert die Investition in eine moderne und effizientere Heizungsanlage oder in

<sup>469</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(ee).

<sup>470</sup> Vgl. dazu Teil 3D.III.2)a)cc)(2)(d).

<sup>471</sup> BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99, 20ff; BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91.

<sup>472</sup> Vgl. BVerfG NJW 1995, 511, 512 mit Verweis auf BVerfGE 71, 230 [250].

<sup>473</sup> So auch Bürger/Hermann/Keimeyer, Konzepte für die Beseitigung rechtlicher Hemmnisse des Klimaschutzes im Gebäudebereich, S. 128 mit Verweis auf BVerwGE 100, S. 226, 243.

<sup>474</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99.

eine verbesserte Dämmung den Wert des Gebäudes. Auch der durch die effizientere Heiztechnik eingesparte Energieverbrauch ist bei der Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen.

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie ist jedoch bei der Abwägung auch der rechtsstaatliche **Grundsatz des Vertrauensschutzes**<sup>475</sup> zu berücksichtigen, der in Art. 14 Abs. 1 GG für vermögenswerte Güter eine eigene Ausprägung erfahren hat.<sup>476</sup> Die Eigentumsgarantie gebietet dabei nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen; selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein.<sup>477</sup>

Die nachträgliche Änderung der Rechtslage durch Etablierung von Sanierungspflichten erweist sich dann als unangemessen, wenn die Eigentümer von Verfassung wegen auf den Fortbestand der vorherigen Rechtslage vertrauen durften. Der Umstand, dass Investitionen getätigt worden sind, kann für sich genommen kein schutzwürdiges Vertrauen begründen. Gegen die Schutzwürdigkeit des Vertrauens spricht, wenn Eigentümer damit rechnen mussten, dass der nationale Gesetzgeber Neuregelungen treffen wird.<sup>478</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint das uneingeschränkte Vertrauen der Gebäudeeigentümer in eine weiterhin zulässige Nutzung von Heizkessel, die mit fossilem Brennstoff beschickt werden, bedenklich. Die gegenwärtige Regelung in § 72 Abs. 4 GEG sieht vor, dass Heizkessel mit festem fossilem Brennstoff nach 2026 nur noch ausnahmsweise eingebaut werden dürfen. Schon durch die Implementierung einer solchen Regelung im GEG wird deutlich, dass sich ein Ausstieg aus den fossilen Energieträgern im Heizungsbereich abzeichnet. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund der politischen Debatten zum Klimaschutz. Seit einigen Jahren sind klimafreundliche Lösungen im Heizungsbereich Gegenstand der politischen Diskussion. In dem Klimaschutzprogramm 2030 heißt es, dass eine zentrale Maßnahme zur Reduzierung von Treibhausgasemissionen im Gebäudesektor, u.a. der Ausbau des Einsatzes erneuerbaren Energien, darstellt.<sup>479</sup> Es sei jetzt und in den nächsten Jahren die Gelegenheit, auf klimafreundliche Optionen umzusteigen; für Bürgerinnen und Bürger gehe es dabei um den nächsten Heizungsaustausch.<sup>480</sup> In den Gesetzgebungsmaterialien zum GEG heißt es, dass die Erweiterung der Regelung des § 72 Abs. 4 und 5 GEG auf Kohleheizungen geboten sei,

<sup>475</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2a)cc)(3)(d)(cc).

<sup>476</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 268, 371.

<sup>477</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 269.

<sup>478</sup> Vgl. zum Gesichtspunkt der Absehbarkeit einer Neuregelung auch BVerfG, Beschlüsse vom 29. November 2000, 1 BvR 422/94 - NJW-RR 2001, 750, vom 25. Juli 2007, 1 BvR 1031/07 - DVBl 2007, 1097 ff. und vom 18. Februar 2009, 1 BvR 3076/08 - juris; BVerwG, Urteil vom 30. April 2009, 7 C 14/08 -, Rn. 40,

<sup>479</sup> Bundesregierung, Klimaschutzprogramm, S. 49.

<sup>480</sup> Klimaprogramm, S. 20.

um die verbesserte Förderung für einen Umstieg von Kohleheizungen auf klimafreundlichere Lösungen vorzusehen.<sup>481</sup> Damit zeichnete sich für die Eigentümer ab, dass es Bestrebungen gibt, von den mit festen fossilen Brennstoffen betriebenen Heizungsanlagen wegzukommen. Das Vertrauen in die zeitlich unbegrenzte und grundsätzlich ungeschmälerete Verwertungsmöglichkeit von fossilen Brennstoffen in Heizungsanlagen erscheint vor diesem Hintergrund nicht schutzwürdig.

Durch eine ordnungsrechtliche Strategie dürfen jedoch Investitionen, die ein Eigentümer in der Vergangenheit im Einklang mit der zu dem Zeitpunkt geltenden Rechtslage getätigt hat, nicht kurzfristig und ohne Übergangsregelung entwertet werden. Zwar genießt die enttäuschte Erwartung, dass getätigte Investitionen sich amortisieren würden, nicht per se den Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>482</sup> Schutzwürdig ist vielmehr nur ein mittels Investitionen betätigtes, aus einem gesetzlichen Vertrauenstatbestand abgeleitetes Vertrauen, was vor dem Hintergrund der oben diskutierten politischen Debatte zumindest als fragwürdig bezeichnet werden dürfte. Diesem Problemkreis kann dadurch begegnet werden, dass ein Verbot fossiler Brennstoffe ab 2045 mit einem ausreichenden zeitlichen Vorlauf implementiert wird, der mindestens den Investitionszyklus von Heizkessel, die mit festen fossilen Brennstoffen beschickt werden, berücksichtigt. Damit hätten sich die Investitionskosten amortisiert, was gegen die Schutzwürdigkeit eines etwaigen Vertrauens sprechen würde. Werden getätigte Investitionen hingegen entwertet, liegt u.U. ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG vor, soweit die Regelung keine Übergangsfristen, Entschädigungsklauseln oder sonstige Ausgleichsregelungen vorsieht.<sup>483</sup>

**Zusammenfassend** ist festzuhalten, dass die Gemeinwohlgründe, die den Gesetzgeber zu einem Verbot des Einsatzes fossiler Brennstoffe bewegen würden, von überragendem Gewicht sind. Daneben sind die Grundrechte künftiger Generationen bei dieser Abwägung mit einzubeziehen. Zudem ist die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den unangetasteten Bestand unseres Erachtens nicht besonders hoch. Bei einem entsprechenden zeitlichen Vorlauf wäre die Schutzwürdigkeit unter Berücksichtigung des Investitionszyklus weiter geschwächt.

Bei der gesetzlichen Ausgestaltung ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich gleichwohl nicht um eine freie Investitionsentscheidung handelt, sondern an einem bestehenden Gebäude Änderungen in einer bestimmten Form vorgenommen werden müssen. Die Investitionspflicht sollte daher entfallen, wenn diese im Einzelfall eine zumutbare Höhe überschreitet oder zu einem ungünstigen Zeitpunkt auftritt,

---

<sup>481</sup> BT-Drs. 19/20148, S. 26.

<sup>482</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. November 2003, 1 BvR 1680/03.

<sup>483</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 369.

wobei die Ungünstigkeit sich auch aus persönlichen Umständen ergeben kann. Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten sind daher zwingend zu empfehlen, um die Verhältnismäßigkeit herzustellen.<sup>484</sup>

Zentral ist in diesem Zusammenhang, dass den Eigentümern tatsächlich ab dem Zeitpunkt des Verbots in 2045 ausreichende klimafreundlichere Heizmethoden zur Verfügung stehen, etwa durch die Verfügbarkeit synthetischer oder allgemein klimaneutraler Energieträger oder die Umstellung auf erneuerbare Energie gestützte Fernwärme.<sup>485</sup> Weitere Möglichkeiten stellen dabei die voraussichtlich sehr häufig anwendbare Beheizung mittels Wärmepumpen, also letztlich eine grünstrombasierte Wärmeversorgung, oder solarthermische Kollektoranlagen dar. Zu dem gegenwärtigen Zeitpunkt ist nicht definitiv vorhersehbar, inwiefern und in welchem Umfang ab dem 01.01.2045 diese alternativen Möglichkeiten tatsächlich in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen werden. Sollte sich herausstellen, dass die technischen Möglichkeiten nicht in einem ausreichenden Maße verfügbar sein werden, könnte die Regelung u.U. nachträglich unverhältnismäßig werden und deshalb die Aufnahme einer ausnahmsweisen Härtefallregelung angezeigt erscheinen.

Zu berücksichtigen ist nämlich im Rahmen der Zumutbarkeit, dass eingeräumte Wahlrechte zwischen verschiedenen Sanierungsmaßnahmen zur treibhausgasreduzierten Kälte- und Wärmeversorgung grundsätzlich die Angemessenheit fördern, da sie dem Bürger mehr Freiheit lassen.<sup>486</sup> Je stärker die Möglichkeit bis 2045 besteht, technisch sowie wirtschaftlich auf alternative Heizmethoden umzustellen, desto eher wäre die Regelung auch zumutbar. Wären zum 01.01.2045 keine ausreichenden Alternativen zur Kälte- und Wärmeversorgung verfügbar, bestünden keine Auswahlmöglichkeiten. Aktuell ist zu erwarten, dass bis 2045 eine Vielzahl an Möglichkeiten für eine fossilfreie dezentrale Wärme- und Kälteversorgung bestehen wird. Sollte das nicht der Fall ein, müsste eine solche Regelung angepasst und das Verbot ausgesetzt oder zeitlich nach hinter verlagert werden, bis ausreichende technische Alternativen bestehen. Die Verhältnismäßigkeit hängt damit nicht zuletzt auch von der Marktverfügbarkeit entsprechender Technologien ab.

## **(bb) Keine Sanierungspflichten**

Ein Verbot des Einsatzes von flüssigen und gasförmigen fossilen Brennstoffen in Heizungen ab dem 01.01.2045 beschränkt generell und abstrakt die Nutzungsmöglichkeiten der Heizungsanlagen, ohne den Eigentümern zwingend Sanierungspflich-

---

<sup>484</sup> Vgl. Schröder, Die Verwaltung 2/2013, S. 209-210.

<sup>485</sup> So auch Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 61.

<sup>486</sup> Vgl. Schröder, Die Verwaltung 2/2013, S. 211.

12.05.2021

ten aufzuerlegen, wenn alternative Heizbrennstoffe in ausreichendem zur Verfügung stünden, sodass kein Austausch der Heizsysteme erforderlich werden würde. Mit einer solchen Pflicht wäre nach unserer Einschätzung kein Eingriff in den Gebäudebestand verbunden. Fraglich ist, ob eine solche Regelung in einer abschließenden Gesamtbetrachtung angemessen und deshalb für den Betroffenen zumutbar wäre.

Ein solches Verbot diene dem Schutz von verfassungsrechtlichen Gütern von hohem Rang. Dem stünde das verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsrecht gegenüber. Angesichts des hohen Ranges des Klimaschutzes und im Blick auf die Sozialgebundenheit in Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG<sup>487</sup> muss der Eigentümer es grundsätzlich hinnehmen, dass ihm möglicherweise eine etwaige rentablere Nutzung des Grundstücks (durch den fortgesetzten Einsatz fossiler Brennstoffe in den Heizkesseln anstelle einer gegebenenfalls teureren Umrüstung auf regenerative Brennstoffe oder andere Heizungstechniken) verwehrt wird. Denn Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums.<sup>488</sup> Dabei ist fraglich, inwieweit im Jahr der „Scharfstellung“ eines solchen Verbots 2045 und des bis dahin zu erwartenden Anstiegs des CO<sub>2</sub>-Preises auf fossilen Brennstoffen eine solche Betroffenheit (rentablere Nutzung des Gebäudes) überhaupt noch gegeben wäre.

Gegen eine Vertrauensbildung im Hinblick auf die zeitlich unbegrenzte Möglichkeit der Weiterverwendung flüssiger wie gasförmiger fossiler Brennstoffe streitet hier ebenfalls die politische Diskussion. So heißt es in der Gesetzesbegründung zur Neuregelung in § 72 GEG, welche die in den Eckpunkten für das Klimaschutzprogramm 2030 von der Bundesregierung beschlossene ordnungsrechtliche Maßnahme zur Erneuerung von Heizanlagen umsetzen soll, dass es Ziel des Maßnahmenbündels zur Erneuerung von Heizanlagen sei, die Austauschrate von Ölheizungen hin zu klimafreundlicheren Lösungen zu erhöhen, um einen Beitrag zum Klimaschutz zu leisten.<sup>489</sup> Die Endlichkeit der Einsatzmöglichkeit fossiler Brennstoffe zeichnet sich damit bereits heute ab, zudem besteht bis 2045 noch ein langer Zeitraum zur Abänderung des Heizungskonzepts auf fossiler Basis.

Anders liegt der Fall nur, wenn für das Gebäude bzw. für die Heizungsanlage durch das Verbot keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr bestünde.<sup>490</sup> Dazu kann es kommen, wenn die ursprüngliche Nutzung infolge geänderter Verhältnisse hinfällig wird und eine andere Verwendung, auf die der Eigentümer in zumutbarer Weise verwiesen werden könnte, sich nicht verwirklichen lässt. Wird aus dem Recht eine Last,

---

<sup>487</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(d)(dd).

<sup>488</sup> BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91 mit Verweis auf BVerfGE 91, 294, 310.

<sup>489</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 145.

<sup>490</sup> BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91.



die der Eigentümer allein im öffentlichen Interesse zu tragen hat, ohne dafür die Vorteile einer privaten Nutzung genießen zu können, handelt es sich um eine unverhältnismäßige Regelung. Die Rechtsposition des Betroffenen nähert sich damit einer Lage, in der sie den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient.<sup>491</sup>

Von einer Aushöhlung der Eigentumsposition kann bei dem zu prüfenden Verbot vorliegend nach unserer Einschätzung aber nicht ausgegangen werden. Durch das Verbot mit „Scharfschaltung“ im Jahr 2045 würde die bestehende Nutzung eines Gebäudes bzw. der Heizungsanlagen nicht übermäßig eingeschränkt. Ein Substanzeingriff wäre bei einem Verbot fossiler gasförmiger oder flüssiger Brennstoffe selbst im Jahr 2045 nicht gegeben. Vielmehr könnte die Heizungsanlage dann sogar noch weiterhin zu ihrem ursprünglichen Zweck – nämlich der Raumheizung – genutzt werden, da der Einsatz regenerativer Heizbrennstoffe eine Alternative zur Weiterführung der ursprünglichen Nutzung bieten dürfte, wenn diese in der Anlage eingesetzt werden könnten, wovon überwiegend ausgegangen werden darf. Weder die ursprüngliche Nutzung des Gebäudes noch die der Heizungsanlage würde dergestalt hinfällig, dass eine andere Verwendung sich nicht verwirklichen lässt. Dies gilt zunächst sowieso in Bezug auf den Zeitpunkt der Fassung der Regelung in den nächsten Jahren und auch noch für den Moment des Verbotsbeginns zum 01.01.2045.

Eine solche Regelung hält einer Überprüfung des BVerfG aller Voraussicht nach jedoch nur dann stand, wenn diese alternativen grünen Brennstoffe im Jahr 2045 faktisch auf dem Markt verfügbar sind, sodass dem Verbot für die bis dahin nicht umgestellten Anlagen zur Kälte- und Wärmeversorgung auch nachgekommen werden kann. Damit muss fortlaufend überprüft werden, ob diese Brennstoffe in einem entsprechenden Ausmaß zur Deckung nicht oder nicht wirtschaftlich umrüstbarer Heizungsanlagen erhältlich sein werden, wenn das Verbot des Einsatzes fossiler flüssiger oder gasförmiger Brennstoffe 2045 in Kraft tritt. Andernfalls wäre das Verbot nicht verhältnismäßig. Je stärker die Möglichkeit besteht, auf alternative Brennstoffe umzustellen desto eher wäre die Regelung auch zumutbar.

### **(cc) Ausgleichspflicht nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten?**

Zwar ist eine Inhalts- und Schrankbestimmung grundsätzlich nicht entschädigungspflichtig. Ausnahmsweise kann aber eine Ausgleichspflicht auch für Inhalts- und Schrankenbestimmungen aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bestehen.<sup>492</sup> Fraglich ist, ob hier eine solche Pflicht zum Ausgleich bei dem Erlass eines Verbots fossiler Brennstoffe bestünde.

---

<sup>491</sup> BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91.

<sup>492</sup> Vgl. dazu Teil 3D.III.2)a)cc(1).

Das BVerfG nimmt bei dieser Frage insbesondere die Zumutbarkeit der Regelung in den Blick. Bei der hierfür gebotenen Zumutbarkeitsprüfung sei jeweils von besonderer Bedeutung, inwieweit der Eigentümer die den Entzug des Eigentums legitimierenden Gründe zu verantworten hat oder sie ihm jedenfalls zuzurechnen sind.<sup>493</sup> Hier ist zu berücksichtigen, dass der Eigentümer durch die Nutzung des Grundstücks als Verursacher zur Belastung der Umwelt beiträgt. Dieser Aspekt streitet für die Zumutbarkeit des Verbots und damit gegen eine Ausgleichspflicht.

Darüber hinaus sind die oben aufgeführten Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit bei der Frage der Entschädigungspflicht zu berücksichtigen. Mit einem entsprechenden zeitlichen Vorsprung sowie entsprechenden Ausnahmeregelungen für Härtefälle dürfte nach unserer Einschätzung keine Pflicht zum Ausgleich bestehen. Eine Pluralität an technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten würde für die Verhältnismäßigkeit eines Verbots ohne finanzielle Entschädigung sprechen. Es ist nicht zu befürchten, dass Übergangstatbestände und Ausnahmeregelung eine Verhältnismäßigkeit eines Verbots nicht herzustellen vermögen. Von entscheidender Bedeutung ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch, dass ein Verbot ausgesetzt wird, sobald sich abzeichnet, dass im Moment der „Scharfschaltung“ des Verbots des Einsatzes fossiler Heizbrennstoffe wider Erwarten und entgegen dem für die Transformation dringend Erforderlichen doch keine technischen und wirtschaftlichen Alternativen im ausreichenden Ausmaß zur Verfügung stehen sollten.

Dem Gesetzgeber steht es im Rahmen von Inhalts- und Schrankenbestimmungen unter Beachtung der üblichen Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgebots grundsätzlich frei, aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls auch Änderungen im vorhandenen Gebäudebestand zu verlangen.

Bei der Bestimmung der Schwere dieses Eingriffs gewinnt der Zeitraum zwischen Inkrafttreten des Gesetzes und der Frist, in der sich die Rechtsunterworfenen auf die neue Regelung einstellen können, eine besondere Bedeutung. Vor allem aufgrund des langen Zeithorizonts von über 20 Jahren können sich die Träger des Eigentumsgrundrechts, insbesondere die Eigentümer entsprechender Heizungsanlagen, auf die neue gesetzliche Lage einstellen. Auch die Einführung von Übergangsfristen kann erhebliche Grundrechtseingriffe durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen, durch die bestimmte Nutzungen gänzlich entfallen, abmildern und so die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs sicherstellen.<sup>494</sup>

---

<sup>493</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rz. 261 mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 16.02.1999, 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99.

<sup>494</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.01.1991, 1 BvR 929/89; BVerfG, Beschluss vom 16.02.1999, 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99; BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, BvR 321/12, BvR 1456/12.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dagegen das Eigentumsgrundrecht der Hersteller sowie Händler von fossilen Brennstoffen bzw. Heizungsanlagen, die ausschließlich solche einsetzen, durch ein Verbot des Einsatzes derselben bis zum Jahr 2045 nicht betroffen, da es lediglich die Gewinnchancen und nicht die vorhandenen Eigentumsrechte betrifft. Damit läge nach unserer Einschätzung weder eine Enteignung noch eine Inhalts- und Schrankbestimmung vor, da schon der Schutzbereich nicht eröffnet ist.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Das Verbot fossiler Brennstoffe im Heizungsbereich dürfte im Ergebnis mit Art. 14 GG vereinbar sein, wenn es frühzeitig implementiert wird und, soweit technisch-energiewirtschaftlich im Jahr 2045 überhaupt noch erforderlich, Ausnahmeregelungen für technisch-wirtschaftliche Härtefälle beinhaltet. Die Verhältnismäßigkeit hängt maßgeblich davon ab, dass ausreichende technische und wirtschaftliche Alternativen zur Verfügung stehen. Eine gesetzgeberische Ausgleichspflicht dürfte in einem solchen Fall dann nicht bestehen.

#### **b) Berufsfreiheit**

Hinsichtlich der Auswirkungen des Verbots auf Unternehmen, die auf dem Markt für Brennstoffe und Heizungsanlagen tätig sind, kommt eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 GG in Betracht.

#### **aa) Schutzbereich**

Wie bereits dargelegt, schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit der Berufsausübung.<sup>495</sup> Umfasst sind vorliegend die Berufe des Heizungsherstellers sowie Brennstofflieferanten.

#### **bb) Eingriff**

Zudem müsste ein Eingriff gegeben sein. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist dann anzunehmen, wenn der Ausübungsbereich des Grundrechts verkürzt wird.<sup>496</sup>

Hinsichtlich des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Hersteller und Händler ist zu unterscheiden. Dabei ist das Grundrecht der Berufsfreiheit der Hersteller und Händler von fossilen Brennstoffen, die in Heizungsanlagen zum Einsatz kommen, sowie das der Hersteller und Händler von Heizungsanlagen, die ausschließlich mit fossilen

---

<sup>495</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)b)aa).

<sup>496</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)b)bb).

Brennstoffen beschickt werden können, bei der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit zu berücksichtigen.

Die Einführung eines Verbots bestimmter Brennstoffe verpflichtet die Hersteller und insbesondere die Händler dieser Brennstoffe und von Heizungsanlagen, die ausschließlich fossile Brennstoffe einsetzen, ihre gewerbliche Tätigkeit umzustellen. Dies ist in Bezug auf das hier geplante Verbot fossiler Brennstoffe der Fall, da es den Vertrieb von fossilen Heizbrennstoffen und Heizungsanlagen, in denen ausschließlich fossile Brennstoff zum Einsatz kommen, auf dem deutschen Markt mittelbar verhindern würde. Da die Absatzmöglichkeit wegfällt, wären auch die Hersteller von einer solchen Regelung betroffen. Es liegt damit ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG vor.

Von einer Beeinträchtigung der Berufswahl kann nicht ausgegangen werden, da es den betroffenen Unternehmen frei steht, sich auf den Märkten für Heizungen bzw. für Brennstoffe neu aufzustellen und ihre Tätigkeit auf andere Produktgruppen auszurichten.<sup>497</sup> Es handelte sich somit um eine Regelung mit berufsregelnder Tendenz, die verbindliche Vorgaben für das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit enthält.

### cc) Rechtfertigung

Zur Legitimität des Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit kann auf die Ausführungen zu Art. 14 GG verwiesen werden.<sup>498</sup> Fraglich ist, ob die Regelung auch verhältnismäßig im engeren Sinn ist.

Die gesetzlichen Grundlagen sind bei einer Berufsausübungsregel dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn der Eingriff im Interesse des Gemeinwohls liegt und wenn dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprochen wird, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.<sup>499</sup> Das BVerfG geht insoweit davon aus, dass sogenannte Berufsausübungsregelungen, die lediglich das „Wie“ der Berufsausübung regeln, in der Regel von so geringer Eingriffsintensität sind, dass sie bereits gerechtfertigt sind, wenn sie aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.<sup>500</sup> Die Rechtferti-

---

<sup>497</sup> Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 61.

<sup>498</sup> Vgl. dazu Teil 3D.III.2)a)cc).

<sup>499</sup> BVerfG, Beschluss vom 2.10.1973 – 1 BvR 459 u. 477/72.

<sup>500</sup> BVerfG, Beschluss vom 05.12.1995, 1 BvR 2011/94.

12.05.2021

gungsanforderungen werden strenger, wenn eine Regelung zunehmend in den Bereich einer Berufswahlregelung rückt, also die Ausübung eines Berufs oder einer bestimmten Tätigkeit ganz oder weitgehend unmöglich machen.<sup>501</sup>

Bei der Einführung eines Verbots fossiler Brennstoffe kann sich der Gesetzgeber auf das „Staatsziel Umweltschutz“ aus Art. 20a GG stützen, weil es ihm, auch im Interesse der zukünftigen Generationen, um den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen geht. Damit liegt ein herausragendes Gemeinwohlziel von Verfassungsrang vor, welches auch einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufswahl zu rechtfertigen geeignet ist.<sup>502</sup> Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Einführung eines Verbots mit einem entsprechenden zeitlichen Vorlauf hier von über 20 Jahren in Bezug auf Heizungsanlagen als unzumutbare Beeinträchtigung gilt.<sup>503</sup>

Nach der Rechtsprechung des BVerfG geht der Schutz für die Berufsfreiheit für die unternehmerische Betätigung nicht weiter als der Schutz des Eigentumsrechts für dessen berufliche Nutzung.<sup>504</sup> Es sind aber auch in diesem Zusammenhang diejenigen Aspekte in den Blick zu nehmen, die dort keine Berücksichtigung fanden, weil bestimmte Betätigungen oder Interessen nicht unter den Schutz des Eigentumsgrundrechts fielen. Dies betrifft zum einen die Aussicht, mit der Herstellung von fossilen Brennstoffen für Heizungsanlagen oder mit Heizungsanlagen, in denen ausschließlich fossile Brennstoffe eingesetzt werden können, Gewinne zu erzielen. Diese Betätigungen fielen dann nicht unter das Eigentumsgrundrecht, da sie nur den Erwerb und nicht „das Erworben“ betreffen. Anders als etwa beim Verbot des Inverkehrbringens von Kraftstoffen wird hier nicht tiefgreifend in die Anforderungen an die Umgestaltung der Produktionsprozesse eingegriffen.<sup>505</sup> Zu berücksichtigen ist dabei auch hier jedoch der lange Zeithorizont, der den Unternehmen die Möglichkeit gibt, ihre Produktion bzw. Handelsgegenstände (Brennstoffe) langfristig umzustellen. Für eine Verfassungsmäßigkeit würde ein entsprechender zeitlicher Vorlauf streiten. Je länger die Grundrechtsträger die Gelegenheit haben, ihre Produktions- und Vertriebsprozesse umzustellen, desto eher kann von einer Angemessenheit des Eingriffs ausgegangen werden. Eine möglichst frühzeitige Regelung ist daher empfehlenswert. Von entscheidender Bedeutung ist auch in diesem Zusammenhang, dass die Unternehmen es in der Hand haben, ihre Produktionsprozesse frühzeitig umzugestalten. Wie bereits oben ausgeführt, vermögen nach der Rechtsprechung des BVerfG Übergangsfristen den Eingriff in die Eigentumsrechte in Form

<sup>501</sup> BVerfG, Beschluss vom 05.12.1995, 1 BvR 2011/94.

<sup>502</sup> BVerwGE 62, 224/230.

<sup>503</sup> Vgl. *Klinski/Braungardt/Bürger/Tezak*, Nationale Beschränkungen fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen im Licht der Ökodesign-Richtlinie, Januar 2021, S. 61.

<sup>504</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, Rn. 391.

<sup>505</sup> Es wird vorliegend davon ausgegangen, dass Unternehmen, in denen fossile Brennstoffe wie etwa Heizöl, Erdgas und Kohle hergestellt werden, können zumindest für eine nicht unerhebliche Übergangszeit diese weiterhin herstellen und ins Ausland absetzen könnten.

von Inhalts- und Schrankenbestimmungen rechtfertigen. Für die Berufsfreiheit, welche nur den Erwerb schützt, gilt dies ebenso.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Ein Verbot fossiler Brennstoffe für den Einsatz in Heizungsanlagen ab 2045 stellte nach unserer Einschätzung keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar.

#### **c) Allgemeiner Gleichheitssatz**

Fraglich ist, ob durch das Verbot fossiler Brennstoffe im Heizungsbereich der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt wird.

#### **aa) Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung**

Eine Beeinträchtigung von Art. 3 Abs. 1 GG setzt zunächst das Vorliegen einer Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder die Gleichbehandlung von Ungleichen voraus.<sup>506</sup>

Erstens bedarf es der Feststellung der Vergleichbarkeit mehrerer Personen, Gruppen oder Sachverhalte, die verschieden behandelt werden. Bei fossilen und nicht fossilen Brennstoffen müsste es sich wesensmäßig um vergleichbare Sachverhalte handeln. Bei den Heizstoffen unterschiedlicher Herkunft handelt es sich zwar um Energieträger für die Beheizung, was zunächst für eine Vergleichbarkeit der Brennstoffe streitet. Allerdings erscheint wegen des erheblichen Unterschieds im Hinblick auf den Ausstoß von CO<sub>2</sub> bereits fraglich, ob diese Brennstoffe überhaupt als vergleichbar angesehen werden könnten.

Zweitens wird die Ungleichbehandlung der unter dem gemeinsamen Oberbegriff subsumierbaren Personen oder Sachverhalte aufgrund eines Unterscheidungsmerkmals (Differenzierungskriterium) festgestellt. Das Differenzierungskriterium für das Verbot ist hier die fossile Herkunft der Brennstoffe. Das Verbot würde ausschließlich die fossilen Brennstoffe Kohle, Erdgas und Heizöl betreffen. Sie werden damit anders als Heizstoffe nicht fossiler Herkunft behandelt.

#### **bb) Rechtmäßigkeit**

Eine ungleiche Behandlung mehrerer Gruppen von Normadressaten ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche

---

<sup>506</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)c)aa).

12.05.2021

Behandlung rechtfertigen können. Soweit wie im vorliegenden Fall mit der Ungleichbehandlung Eingriffe in Freiheitsrechte verbunden sind, erfolgt eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung.<sup>507</sup>

Das Verbot fossiler Brennstoffe verfolgt hier einen legitimen Zweck, nämlich der Verringerung von CO<sub>2</sub> Emissionen und bezweckt damit den Klimaschutz gemäß Art. 20a GG. Die Differenzierung zwischen dem Einsatz fossiler und nicht fossiler Brennstoffe im Rahmen einer Verbotsregelung ist geeignet, eine Senkung von CO<sub>2</sub> Emissionen herbeizuführen. Mildere und gleich effektive Mittel sind nicht erkennbar, so dass die Unterscheidung zur Umsetzung des Differenzierungsgrunds erforderlich ist.<sup>508</sup>

In Rahmen einer vorzunehmenden Abwägung ist zu berücksichtigen, dass das Verbot dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) und der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) dient, die von diesen Emissionen betroffen werden. Dem Klimaschutz wird über Art. 20a GG Verfassungsrang zugesprochen. In der Rechtsprechung sind die Schutzgüter als verfassungsrechtliche Güter von hohem Wert anerkannt.<sup>509</sup> Damit wiegt auch der Klimaschutz bei der vorzunehmenden Abwägung sehr schwer.<sup>510</sup> Die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich aus den schädlichen Emissionen und dem daraus resultierenden größeren Beitrag zum Treibhauseffekt.

Bei einem zeitlichen Vorlauf führt die Ungleichbehandlung nicht zwingend zu einer Existenzgefährdung der Hersteller und Händler von fossilen Brennstoffen; diese hätten ausreichend Möglichkeit, um ihre Betriebe entsprechend umzustellen und auf andere Tätigkeitsfelder auszuweichen.

Die Unterschiede zwischen den fossilen und nicht fossilen Brennstoffen fallen bei der Frage des CO<sub>2</sub> Ausstoßes beträchtlich ins Gewicht, sodass die Ungleichbehandlung vorliegend verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Damit kann die Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Differenzierungszweck als angemessen bezeichnet werden; der Zweck des Klimaschutzes und das Mittel des Verbots stehen nicht in einem krassen Missverhältnis zu einander.

Es stellt auch keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar, dass das Verbot grundsätzlich gleichermaßen für Heizungsanlagen in Neubauten sowie in Bestands-

---

<sup>507</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)c)bb).

<sup>508</sup> Vgl. dazu Teil 3D.III.2)a)cc)(2)(c).

<sup>509</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/11.

<sup>510</sup> Vgl. Klimaschutzkonzepte im Gebäudebereich, S. 125 mit Verweis auf Battis/Kersten/Mitschang: Stadtentwicklung, S. 54.

bauten gilt. Durch entsprechende Ausnahmeregelungen und einem zeitlichen Vorlauf kann die Regelung für Eigentümer von Gebäude mit Kohleheizungen angemessen ausgestaltet werden. Der Gesetzgeber kann damit die Regelung abfedern, ohne die Ziele der Verbesserung der Lebensgrundlagen aus den Augen zu lassen. Voraussetzung für die Angemessenheit der Regelung ist jedoch, dass entsprechende alternative Brennstoffe ab 2045 vorhanden sind.

#### cc) **Zwischenergebnis**

Ein Verbot fossiler Brennstoffe im Heizungsbereich würde nach unserer Einschätzung kein Verstoß gegen Art. 3 GG darstellen.

#### IV. **Zusammenfassendes Ergebnis Heizungsanlagen**

Ein Verbot fossiler Brennstoffe, welches den Einsatz bestimmter Brennstoffe ab dem Jahr 2045 in Heizungsanlagen untersagt, wäre sowohl unionsrechtlich als auch verfassungsrechtlich umsetzbar.

Das **Unionsrecht** steht der Einführung eines solchen Verbots grundsätzlich nicht entgegen, insbesondere trifft das Sekundärrecht keine abschließende Regelung, die ein Verbot fossiler Brennstoffe vorsieht oder es aus anderen Gründen verbietet. Zwar handelt es sich bei einer Regelung der zulässigen Brennstoffe um eine Ökodesign-Anforderung nach der Ökodesign-Richtlinie. Die Vorgabe zulässiger Brennstoffe ist jedoch nicht Regelungsgegenstand von derzeit geltenden Durchführungsmaßnahmen, sodass eine europarechtliche Sperrwirkung nicht besteht. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Gasgeräteverordnung. Bei der Regelung des Verbots fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen handelt es sich nicht um eine Maßnahme im Zusammenhang mit der Gasgeräteverordnung, sodass die Sperrklausel nicht greift. Eine Sperrwirkung ergibt sich nicht aus der Energiekennzeichnungsverordnung, da diese Pflichten im Zusammenhang mit der Informationsvermittlung an Verbraucher regelt. Die Gebäudeeffizienzrichtlinie, die Energieeffizienz-Richtlinie und die Erneuerbare-Energien-Richtlinie wurden auf Art. 194 Abs. 2 AEUV gestützt. Im Bereich der Energiepolitik verbleibt den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein weiter Spielraum. Die Richtlinie zur Information über technische Vorgaben macht lediglich prozedurale Vorgaben in Gestalt von Unterrichtungspflichten zu technischen Regelwerken. Eine abschließende Regelung im Hinblick auf die Zulässigkeit bestimmter Brennstoffe kann aus ihr nicht abgeleitet werden. Ein Verbot fossiler Brennstoffe dürfte auch mit dem Unionsprimärrecht vereinbar sein. Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit wäre aus Gründen des Umwelt- und Klimaschutzes gerechtfertigt.



Das Verbot fossiler Brennstoffe greift insbesondere in die im **Grundgesetz** abgesicherte Eigentumsfreiheit der Gebäudeeigentümer und die Berufsfreiheit der Hersteller und Händler fossiler Brennstoffe und Heizungsanlagen, die ausschließlich solche einsetzen, ein. Diese Eingriffe wären nach unserer Einschätzung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, denn das Verbot würde mit dem Umwelt- und Klimaschutz gemäß Art. 20a GG einem herausragenden Gut mit Verfassungsrang dienen.

Der Eingriff in die Eigentumsfreiheit kann gerechtfertigt werden, auch wenn das Verbot fossiler Brennstoffe in Heizungsanlagen einen schweren Grundrechtseingriff darstellt. Entscheidend ist für die Rechtfertigungsmöglichkeit gestützt auf den Umwelt- und Klimaschutz insbesondere, dass die Gebäudeeigentümer ausreichend Zeit haben, das Verbot bei der Planung von Sanierungsmaßnahmen zu berücksichtigen und aller Voraussicht nach eine Vielzahl an alternativen Heizungsmöglichkeiten in 2045 bestehen werden. Erforderlich sind jedoch Ausnahmen für Härtefälle. Zentral ist in diesem Zusammenhang, dass den Eigentümern auch tatsächlich ab dem Zeitpunkt des Verbots in 2045 in ausreichendem Maße klimafreundlichere Heizmethoden zur Verfügung stehen. Sollte sich herausstellen, dass solche technischen Möglichkeiten entgegen aller volkswirtschaftlichen Anstrengungen und trotz der großen Bedeutung für die Transformation doch nicht in einem ausreichenden Maße verfügbar oder die bauphysikalischen Voraussetzungen für ihren Einsatz in der Breite nicht geschaffen sein werden, könnte die Regelung unter Umständen zu diesem späteren Zeitpunkt unverhältnismäßig werden, so dass dann noch die Aufnahme einer ausnahmsweisen Härtefallregelung angezeigt erscheint.

Auch ein Eingriff in die Berufsfreiheit kann gerechtfertigt werden, da die Umstellung auf CO<sub>2</sub>-freie Brennstoffe bzw. alternative Heizungstechnologien aufgrund des langen Zeithorizonts ermöglicht wird. Je länger die Grundrechtsträger die Gelegenheit haben, ihre Produktions- und Vertriebsprozesse umzustellen, desto eher kann von einer Angemessenheit des Eingriffs ausgegangen werden. Eine möglichst frühzeitige Regelung ist daher empfehlenswert.

## **E. Anlagen zur Förderung von Erdgas und Erdöl (Verbot der Förderung fossiler Brennstoffe)**

### **I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt**

Es stellt sich die Frage, ob es zulässig wäre, gleichsam zur vollständigen Absicherung des Verbots der Verbrennung fossiler Bren- und Kraftstoffe nach 2045 in Deutschland, auch eine Förderung solcher Rohstoffe zu verbieten, aus denen derartige Brenn-, und Kraftstoffe hergestellt werden. Auch in Deutschland werden noch ge-

ringe Mengen Erdöl und Erdgas gefördert; auch bestehen noch gewisse Erdölreserven.<sup>511</sup> Im Verhältnis zum importierten Erdöl und Erdgas spielen die heimischen Quellen wirtschaftlich allerdings keine bedeutende Rolle.

Umgesetzt werden könnte eine solche Regelung durch eine Änderung des Bundesberggesetz (im Folgenden: **BBergG**), indem Kohlenwasserstoffe nebst ihrer bei der Gewinnung anfallenden Gasen aus der Liste der bergfreien Bodenschätze gestrichen werden. Damit die Förderung auch dem Grundeigentümer nicht mehr möglich ist, müsste auch diesem die Förderung gesetzlich untersagt werden. Aufgrund der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes erschiene sogar eine generelle Untersagung sinnvoll, um gegenläufige landesrechtliche Regelungen zu vermeiden.

## II. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

### 1) Formelle Rechtmäßigkeit

Der Bergbau wird dem Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugeordnet. Für den Bund besteht damit eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz.<sup>512</sup> Im Ergebnis ist die formell-rechtmäßige Ausgestaltung des Verbots der Förderung fossiler Rohstoffe möglich.

### 2) Materielle Rechtmäßigkeit

Auch hier stellen sich Fragen des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG und der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.

#### a) Eigentumsgarantie

##### aa) Schutzbereich

Zunächst ist wiederum zu prüfen, ob eine derartige Regelung mit dem Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG in Übereinstimmung gebracht werden kann. Die Unternehmen, die Erdgas oder Erdöl fördern, verfügen über eigene Eigentumsrechte im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG.

Gemäß § 3 Abs. 3 BBergG gehören „Kohlenwasserstoffe nebst ihrer bei der Gewinnung anfallenden Gasen“ zu den bergfreien Bodenschätzen. Auf bergfreie Bodenschätze erstreckt sich gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 BBergG das Grundeigentum nicht.

---

<sup>511</sup> Vgl. etwa Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie des Landes Niedersachsen „Erdöl und Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland 2018, abzurufen auf der Webseite [www.lbwg.niedersachsen.de](http://www.lbwg.niedersachsen.de).

<sup>512</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.1a).

Das heißt, die Bodenschätze werden nicht vom Grundeigentümer gefördert. Vielmehr bedarf es zur Gewinnung derselben gem. § 6 Abs. 1 BBergG der Bewilligung nach § 8 BBergG oder des Bergwerkseigentums nach § 9 BBergG. Hierfür werden jeweils, ebenso wie bei einer Förderung von Kohle, Betriebspläne von der zuständigen Bergbaubehörde zugelassen (§ 51 Abs. 1 BBergG). Die Zulassung der entsprechenden Betriebspläne (Hauptbetriebspläne bzw. Rahmenbetriebsplan) nach § 53 BBergG ist abhängig von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen, die in § 55 Abs. 1 BBergG geregelt sind. Hier geht es insbesondere um die Verhütung von Gefahren aus dem Bergbaubetrieb für Mensch und Umwelt.

Eine Bewilligung bzw. ein Bergwerkseigentum fällt nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>513</sup> bzw. des BGH (sogar für die Erlaubnis)<sup>514</sup> unter den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG. Der Schutzbereich ist mithin eröffnet.

## **bb) Eingriff**

Wenn nun die Förderung ab 2045 untersagt würde, läge zweifellos ein Eingriff in dieses Eigentumsrecht vor. Denn die Nutzung des Bergwerkseigentums bzw. der Bewilligung durch den Erdöl- oder Erdgasförderer würde dadurch ab 2045 unterbunden werden. Ein Eingriff läge jedenfalls insoweit vor, als an dem konkreten Förderfeld noch förderfähiges Erdgas bzw. Erdöl vorhanden sein sollte.

## **cc) Rechtfertigung**

Es fragt sich, ob ein solcher Eingriff gerechtfertigt wäre.

### **(1) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung**

Was die unterschiedlichen Möglichkeiten der Rechtfertigung eines solchen Eingriffs angeht, so ist auch hier wiederum zwischen Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) und Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) zu unterscheiden.<sup>515</sup> Im vorliegenden Falle würde zwar die Nutzungsbefugnis im Jahr 2045 vollständig aufgehoben, es würde sich gleichwohl nicht um eine Enteignung handeln. Denn nach dem mit seinem Urteil vom 06.12.2016<sup>516</sup> zur 13. AtG-Novelle weiter entwickelten Enteignungsbegriff des BVerfG muss zum Tatbestandsmerkmal des individuell-konkreten Zugriffs auf konkrete Eigentumspositionen das Element der staatlichen Güterbeschaffung treten. Hieran aber würde es im vorliegenden Falle mangeln, weil der Staat das Erdöl- oder Erdgasfeld nicht selbst würde ausbeuten wollen, sondern

<sup>513</sup> BVerfG, Urteil vom 21.10.1987, 1 BvR 1048/87.

<sup>514</sup> BGH, Urteil vom 09.12.2004, III ZR 263/04..

<sup>515</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(1).

<sup>516</sup> BVerfG, Urteil vom 06.12.2016, 1 BvR 2821/111, BvR 321/121, BvR 1456/12.

dessen Ausbeutung generell untersagen würde. Demnach ist eine Enteignung zu verneinen. Es läge eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor. Diese erfolgte auch durch ein entsprechendes Gesetz.

## (2) Verhältnismäßigkeit

Die wesentliche Frage ist deshalb, ob die so gefundene Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verhältnismäßig ist.

### (a) Legitimer Zweck

Bereits zuvor wurde das Ziel einer CO<sub>2</sub>-Neutralität der gesamten deutschen Industrie und Gesellschaft und damit die Erreichung des 2-Grad oder 1,5-Grad Ziels gemäß dem Paris-Abkommen mehrfach als legitimer Zweck für einen Eingriff in das Eigentumsrecht erkannt. Dies gilt auch hier. Dieser Zweck kann mit Bezug auf die Förderung von Erdöl und Erdgas noch wie folgt konkretisiert werden: Es entspricht dem ganzheitlichen, sektorübergreifenden Ansatz, wenn der Gesetzgeber die von ihm in den verschiedenen Sektoren der Wirtschaft implementierte Klimaneutralität in Gestalt der Vermeidung von CO<sub>2</sub>-Emissionen auch auf den Bereich der inländischen Förderung fossiler Energieträger (wie hier Erdöl und Erdgas) erstreckt. Denn wenn im Inland geförderte fossile Brennstoffe nicht CO<sub>2</sub>-neutral im Ausland verfeuert werden, könnte der im Inland erzielte Einsparungseffekt in gewissem Umfang beeinträchtigt werden.

### (b) Geeignetheit

Die Frage, ob die weiteren Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit, ebenso wie beim Verbrennungs- oder Verkehrsverbot fossiler Kraftstoffe oder beim Verbot der CO<sub>2</sub>-Emission beim Heizen und bei der Stromerzeugung zu beurteilen sind, ist jedoch nachfolgend zu prüfen.

Wie bereits ausgeführt, ist eine Beschränkung des Eigentumsgrundrechts zur Verfolgung des legitimen Zwecks – hier des Klimaschutzes durch Vermeidung von CO<sub>2</sub>-Emissionen – geeignet wenn sie ihren eigenen Zweck fördert.<sup>517</sup> Dies wird man bei der großzügigen Betrachtungsweise in jedem Falle annehmen können. Denn Kohlenwasserstoffe, die nicht gefördert werden, können auch nicht verbrannt werden.

---

<sup>517</sup> BVerfG, Beschlüsse vom 27.01.1983, 1 BvR 1008/79, 322/80 und 1091/81, ; vom 20.06.1984, 1 BvR 1494/78; vom 10.04.1997, 2 BvL 45/92; vom 12.07.2017, 1 BvR 2222/12, 1106/13..

Zwar könnte eingewandt werden, dass für den Treibhauseffekt nicht die Förderung<sup>518</sup>, sondern die Verbrennung von fossilem Öl und Gas verantwortlich ist, bei der CO<sub>2</sub> freigesetzt wird. Das ändert jedoch nichts daran, dass ein solches Fördererverbot nicht als ungeeignet zur Förderung dieses Zwecks anzusehen ist, insbesondere zumal der Gesetzgeber hier über einen Einschätzungsprärogative verfügt und verfassungsrechtlich bereits die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.<sup>519</sup>

### (c) **Erforderlichkeit**

Die Regelung müsste jedoch auch erforderlich sein, d.h. es dürfte kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, mit dem der Zweck genauso gut erreicht werden kann.

Ein derartiges milderes Mittel könnte im vorliegenden Falle zum einen in eben jenem oben behandelten Verbrennungsverbot oder, bezogen auf die Stromerzeugung oder Wärmeerzeugung, im Verbot der nicht CO<sub>2</sub>-neutralen Verfeuerung von Erdöl und Erdgas bestehen. Nur bei der Verbrennung von Erdöl und Erdgas wird im Regelfall CO<sub>2</sub> freigesetzt. Die Beschränkung der Maßnahmen auf ein Verbrennungsverbot oder gar auf ein zusätzliches Verkehrsverbot zur Absicherung des Verbrennungsverbots erscheint als mildere, und jedenfalls nahezu gleich geeignete Maßnahme. Zu berücksichtigen ist, dass – anders als etwa Braunkohle – Erdgas und Erdöl über weitere Strecken transportiert wird und daher überhaupt nicht maßgeblich von der inländischen Förderung abhängig ist.

Zum anderen ist an ein weiteres, unmittelbar an ein Verhalten der Förderer von Öl und Gas anknüpfendes Mittel zu denken: Sowohl Erdöl als auch Erdgas wird nicht nur gefördert, um nach entsprechender Aufbereitung als Brenn-, Treib- oder Kraftstoff eingesetzt zu werden, also einer thermische Verwendung zugeführt zu werden, sondern ist auch Ausgangsstoff in der chemischen Industrie für eine Vielzahl weiterer Industrieprodukte, etwa für Kunststoffe.

Würde nun die Förderung im Inland verboten, so würde den Unternehmen, die diese Förderung bisher durchgeführt haben, auch die Möglichkeit genommen, diese Bodenschätze an solche Abnehmer zu verkaufen, die den Rohstoff lediglich industriell

---

<sup>518</sup> Einen kleinen unmittelbaren Effekt wird man freilich allenfalls im Bereich zufällig entweichender Treibhausgase im Zusammenhang mit der Förderung annehmen können. Da hier gegebenenfalls auch technische Vorkehrungen getroffen werden können, wird man hieraus nicht bereits das Hauptaugenmerk legen können.

<sup>519</sup> Vgl. dazu Teil 3A.III.2)a)cc)(3)(b).

als Ausgangsstoff für eine nicht-thermische Verwendung in der chemischen Industrie einsetzen wollen.<sup>520</sup> Auch insoweit erscheint zur Erreichung des Zwecks eine Beschränkung auf eine Veräußerung zum Zwecke der Herstellung von Brenn- und Kraftstoffen als das mildere Mittel.

Das oben als legitim erkannte Interesse des Gesetzgebers, eine effektive Umsetzung des Verbrennungsverbotes von Erdöl und Erdgas oder seinen Derivaten auch durch Regelungen mit Bezug auf die Förderung dieser Kohlenwasserstoffe in gewissem Umfang auch auf die inländische Förderung (potentieller) fossiler Brennstoffe zu erstrecken, um etwa Verlagerungseffekte zu vermeiden, kann auch durch ein milderes Mittel erreicht werden, etwa durch die Verpflichtung der Unternehmen, die im Inland Erdöl und Erdgas fördern, diese lediglich zu Zwecken der industriellen Nutzung (außerhalb der Verbrennung) zu nutzen. Dies könnte durch entsprechende Nachweise ermöglicht werden. Berücksichtigt man diese Möglichkeit einer Regelung mit geringerer Eingriffsintensität, ist eine generelle Untersagung der Förderung insgesamt als unverhältnismäßig zu betrachten.

#### **(d) Angemessenheit**

Da eine solche Regelung nach dem Vorstehenden schon nicht als erforderlich angesehen werden kann, kommt es auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne eigentlich nicht mehr an. Jedoch würde auch hier festzustellen sein, dass der geringe Effekt einer Absicherung des Verbotes der Verbrennung fossiler Brennstoffe mit CO<sub>2</sub>-Emission durch eine Untersagung der Förderung und damit der Veräußerung des geförderten Erdgases und Erdöls ins Ausland mit deren anschließender Verbrennung desselben außer Verhältnis steht zu den Nachteilen für die Förderunternehmen, wenn berücksichtigt wird, dass dann auch die Nutzung inländischen Erdgases und Erdöls zu industriellen Zwecken untersagt würde.

Die Regelung würde damit auch eine Nutzung unmöglich machen, die mit dem Zweck einer CO<sub>2</sub>-Vermeidung gar nicht mehr im Zusammenhang steht. Diese insoweit stärkere, weil mit nicht finalen Nebenfolgen verknüpfte Belastung stünde in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu den hiermit erzielten Vorteilen einer bloßen Vervollständigung des horizontalen Ansatzes einer Herstellung von Klimaneutralität in Wirtschaft und Gesellschaft.

---

<sup>520</sup> Auch bei der Verwendung von Erdöl als Ausgangsstoff in der Industrieproduktion (etwa für Kunststoffe) wird häufig ein Teil des Erdöls auch für die Prozessenergie verwendet. Dies könnte separat im Zusammenhang mit den Regelungen in der Industrie im Bereich der Produktion von Strom und Wärme geregelt d. h. ausgeschlossen, werden.

12.05.2021

#### dd) **Zwischenergebnis**

Im Ergebnis ist das Verbot der Förderung fossiler Bodenschätze nur mit Art. 14 GG vereinbar, wenn es sich nicht um ein generelles Verbot der Förderung handelt, sondern lediglich die Förderung zum Zwecke der anschließenden Verbrennung untersagt wird.

#### b) **Berufsfreiheit**

Die Förderung von Erdöl und Erdgas ist zugleich von der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Ihre Untersagung wäre wiederum als Eingriff anzusehen. Gegebenenfalls läge hier sogar eine Berufswahlregelung vor, wenn man auf den Beruf des Erdöl- oder Erdgasexplorateurs abstellt. Insoweit müssten besonders hohe Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden, wenn die Tätigkeit als Öl- bzw. Gas Förderer in Deutschland generell untersagt würde.

Ohne dies detailliert auszuführen, würde aus denselben Gründen, wie sich schon für die Eigentumsbeschränkung ausgeführt wurden, eine Unverhältnismäßigkeit anzunehmen sein. Demgegenüber wäre als milderer Mittel eine Berufsausübungsregelung in Gestalt des Verbots des Verkaufs des geförderten Erdöls oder Erdgases an solche Abnehmer, die keine Nutzung durch Verbrennung des Erdöls oder Erdgases vornehmen wollen, vorzuziehen.

#### c) **Allgemeiner Gleichheitssatz**

Zusätzlich zu den Freiheitsgrundrechten ist auch hier der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in den Blick zu nehmen.

Es fragt sich, ob auch hier der Umstand von Bedeutung ist, dass durch die gesetzliche Regelung die Nutzung von Erdöl und Erdgas aus dem Ausland in der Chemieindustrie für die Produktion von Kunststoffen etc. zulässig bliebe, während im Inland gefördertes Erdöl bzw. Erdgas nicht mehr eingesetzt werden dürften. Allerdings gilt der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG immer nur gegenüber einem Hoheitsträger<sup>521</sup> (hier dem Bund bzw. der Bundesrepublik Deutschland insgesamt), so dass eine Ungleichbehandlung nicht darin liegen kann, dass eine bestimmte im Inland untersagte Tätigkeit im Ausland erlaubt ist. Man wird deshalb eine Ungleichbehandlung allenfalls mit Bezug auf die Unternehmen sehen können, die Erdöl oder Erdgas als industriellen Grundstoff einsetzen.

<sup>521</sup> Dies gilt sogar innerhalb Deutschlands für unterschiedliche Länder (BVerfG, Beschluss vom 25.02.1960, 1 BvR 239/52 oder Gemeinden (BVerfG, Beschluss vom 23.02.1972, 2 BvL 36/71..

Sähe man in dem Förderverbot zugleich eine Beschränkung der Belieferungsfreiheit der Abnehmer, wäre zu fragen, ob unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung wäre nicht zu erkennen, dass zwischen der unterschiedlichen Herkunft der Ausgangsstoffe Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht<sup>522</sup> bestünden, dass sie einer Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.

### III. Zusammenfassendes Ergebnis

Im Ergebnis ist daher von einem generellen Verbot der Förderung abzusehen. Ein solches wäre nicht mit den Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen. Das geförderte Erdgas bzw. Erdöl würde nur beim Verbrennungsvorgang THG-Emissionen produzieren. Die Stoffe werden jedoch auch in dem produzierenden Gewerbe als Rohstoff eingesetzt. Daher kann lediglich eine Förderung zum Zwecke der anschließenden Verbrennung im Einklang mit der Verfassung sinnvollerweise verboten werden.

---

<sup>522</sup> Sog. „neue Formel“ bei der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG durch das BVerfG (z.B. BVerfG, Beschluss vom 07.10.1980, 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79; Beschluss vom 21.06.2011, 1 BvR 2035/07).