

Zusammenfassung der eingereichten Dissertation von Philipp Overkamp gemäß § 13 Abs. 3 Nr. 2 der Promotionsordnung der Bucerius Law School, 16. April 2019

## **Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht**

### *Eine grundrechtliche Annäherung anhand des nationalen Ausstiegs aus der Kohleverstromung*

Im Zentrum der Betrachtung steht das grundrechtliche Verhältnis von Ordnungsrecht – namentlich Ge- und Verbote – und indirekter Steuerung – vor allem abgabenrechtliche Lenkungsinstrumente. Dieses wird anhand der Debatte zum Kohleausstieg beleuchtet. Dabei werden auch die allgemeinen rechtlichen Implikationen des nationalen Ausstiegs aus der Kohleverstromung betrachtet, die nicht mit der konkreten Instrumentenwahl zusammenhängen. So soll sichergestellt werden, dass das Ergebnis nicht rein akademisch ist und auch etwas zur konkreten Sachfrage „Kohleausstieg“ beiträgt.

Obwohl Klimaschutz eine globale Herausforderung darstellt, sind klimapolitische Lösungen auf nationaler Ebene überwiegend sowohl kompetenzrechtlich zulässig als auch sinnvoll. Im Zuge des nationalen Kohleausstiegs muss aber die Steuerungswirkung des europäischen Emissionszertifikatehandels berücksichtigt werden. Infolge der jüngsten Reform des Handelssystems lassen sich Zertifikate, die durch eine nationale Maßnahme im Stromsektor freierwerden, durch die Mitgliedstaaten löschen; das ursprüngliche Problem der Verlagerungseffekte von Zertifikaten wird dadurch gelöst. Für die Bundesrepublik ist ein solches Vorgehen unerlässlich, um die klimaschützende Wirkung des nationalen Kohleausstiegs sicherzustellen.

Grundsätzlich liegt der Kohleausstieg in der Hand des Bundesgesetzgebers. Das Verfassungs-, Völker- und Unionsrecht setzt nur weite Grenzen. Verbietet der Gesetzgeber nun die Kohleverstromung ordnungsrechtlich, ist das maßgebliche Grundrecht der Kraftwerksbetreiber Art. 14 Abs. 1 GG: Geschützt ist die Nutzung des zivilrechtlichen Kraftwerkseigentums in der nach dem BImSchG genehmigten Form, wobei auch Investitionen in die Anlage berücksichtigungsfähig sind. Das Verbot der Kohleverstromung ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, keine Enteignung. Die Kohlekraft ist im Hinblick auf ihre Sozialpflichtigkeit mit der Kernenergie vergleichbar, weswegen sich Teile des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils zur 13. AtG-Novelle (E 143, 246) übertragen lassen: Übermäßige Eigentumsbelastungen an Kohlekraftwerken können vor diesem Hintergrund durch Entschädigungszahlungen kompensiert werden. Solche Zahlungen sind aber

überwiegend unnötig, denn es besteht bislang kein schutzwürdiges Vertrauen auf die Amortisation von Investitionen in die Kohlekraftwerke. Wegen des überragenden Gewichts des Klimaschutzes, ist ein ordnungsrechtlicher Ausstieg bis 2030 nicht zu beanstanden.

Der Gesetzgeber könnte statt eines Verbots auch ökonomische Instrumente wählen. Die Wirkung derartiger Instrumente ist freilich unsicherer als die Wirkung des Ordnungsrechts. Mit dieser Unsicherheit gehen aus Sicht der Unternehmen einerseits Investitionsrisiken, aber andererseits auch Flexibilität und Investitionschancen einher: Ökonomische Steuerung ist insofern ein *aliud* zum Ordnungsrecht. Allerdings führt die Unsicherheit zu Nachteilen des Bürgers auf Rechtsschutzebene, denn das BVerfG muss seinen Entscheidungen über die Grundrechtskonformität eines Instruments aus *ex-ante* Perspektive die (politisch geprägte) Wirkungsprognose des Gesetzgebers zugrunde legen.

Der Kohleausstieg durch ökonomische Instrumente setzt langfristig eine Erdrosselungswirkung voraus. Dem Steuerstaatsprinzip lässt sich ein eingeschränktes finanzverfassungsrechtliches Verbot erdrosselnder Steuern entnehmen; aus grundrechtlicher Perspektive ist der Erdrosselungsbegriff dagegen anders konnotiert. Er kennzeichnet den Moment, in dem sich die Belastungswirkung eines ökonomischen Instrumentes eine verbotsgleiche Wirkung erreicht. Verbot und ökonomische Instrumente wirken allerdings selbst dann nicht wirklich gleich, denn die Erdrosselung verbietet Handlungen nicht imperativ. Trotzdem kann die Erdrosselung – mit einigen Einschränkungen – typisierend als Verbotsäquivalent begriffen werden. Dann lässt sich auch die grundrechtliche Bewertung des Verbots übertragen. Eine Erdrosselung liegt vor, wenn der durchschnittliche, private Unternehmer perspektivisch nicht mehr rentabel am Markt tätig sein kann.

Ökonomische Instrumente sind aus Sicht der kohleverstromenden Unternehmen an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Die grundrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen an Eingriffe in die Berufsfreiheit unterscheiden sich gegenüber dem Eigentumsgrundrecht materiell nicht. Allerdings ergeben sich unterschiedliche finanzverfassungsrechtliche Anforderungen: So wäre eine allgemeine CO<sub>2</sub>-Steuer für die emissionsintensive Industrie nur möglich, wenn der Katalog des Art. 106 GG durch den Typus der Umweltsteuer erweitert würde. Auch eine Ressourcennutzungsgebühr mit Klimaschutzcharakter wäre verfassungswidrig. Dagegen sind Lenkungsabgaben, die sich an die Kraftwerksbetreiber richten, in unterschiedlicher Ausgestaltung zulässig: Es könnte beispielsweise ein Fonds errichtet werden, mit dem Emissionszertifikate aufgekauft werden oder der Strukturwandel in den Braunkohlerevieren finanziert wird. Indirekte, aber nicht-abgabenrechtliche Instrumente (EEG, Beteiligung der

Bundesrepublik am Emissionshandel, informationelle Steuerung) dürften dagegen nur einen komplementären Beitrag leisten können.

Für die Kohleausstiegsgesetzgebung liegt ein Nebeneinander unterschiedlicher direkter oder indirekter Instrumente nahe (Instrumentenmix), wobei die so entstehende Belastungskumulation auf Seiten der Kohlekraftwerksbetreiber grundrechtlich Beachtung finden muss. Im Zuge der grundrechtlichen Prüfung müssen auch unionsrechtliche Belastungen durch den Zertifikatehandel berücksichtigt werden. Den Gesetzgeber treffen vor diesem Hintergrund Flexibilisierungsanforderungen, um bei Bedarf „nachzusteuern“. Sollte die Gesamtbelastung ein Erdrösselungsniveau erreichen, gilt auch diesbezüglich ein entsprechendes ordnungsrechtliches Verbot als Maßstab.

Im Lichte der Ergebnisse der Arbeit muss dem Vorschlag der so genannten Kohlekommission vom Januar 2019 ein gemischtes Zeugnis ausgestellt werden: Die umfangreiche Zahlung von Entschädigungen ist angesichts eines Ausstiegs bis 2038 nicht notwendig. Die Finanzierung des Ausstiegs durch den Steuerzahler wird dem Verursacherprinzip in Klimaschutzfragen nicht gerecht. Hier wäre eine abgabenrechtliche Lösung oder Ergänzung sparsamer und konsequenter gewesen. Allerdings ist unter Klimaschutzgesichtspunkten, insbesondere im Lichte des Pariser Klimaübereinkommens, positiv, dass es überhaupt zu einem Ausstiegskompromiss kam. Dieser dürfte in Folge seiner Umsetzung auch weitgehende Rechts- und Investitionssicherheit vermitteln. Auch die vorgesehenen nachträglichen Evaluations- und Anpassungszeitpunkte sind unter Flexibilisierungsgesichtspunkten sinnvoll.