

gelung eine Rolle spielte, aber jetzt nur noch in der Fortgeltung bereits bestehender Satzungen existent ist.<sup>105</sup>

Die ersten Kommunen sind bereits tätig geworden und haben über örtliche Bauvorschriften und Festsetzungen in Bebauungsplänen erste Schritte für eine Verhinderung von Schottergärten eingeleitet.<sup>106</sup> Das Urteil des VG Hannover vom 26. 11. 2019<sup>107</sup> ist die erste gerichtliche Feststellung einer Unzulässigkeit von Schottergärten und sie wird wohl nicht die letzte sein. Bei der hier präferierten Lösung wird es in der Praxis für die Kommunen eine Herausforderung darstellen, die Masse an privaten Gärten zu überwachen und die Vielzahl an notwendigen Beseitigungsanordnungen zu erlassen. Für eine nachhaltige Lösung des Problems wird es darüber hinaus auf ein intensives Informationshandeln und das Aufzeigen der Vorteile von alternativen Gartengestaltungen ankommen, um Grundstückseigentümer vom Schottern ihrer Vorgärten abzuhalten.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

105) Satzung zum Schutz der Grünbestände im baurechtlichen Innenbereich der Stadt Frankfurt am Main v. 11. 2. 2010, Stand 18. 3. 2020, abrufbar unter <https://frankfurt.de/service-und-rathaus/verwaltung/frankfurter-stadtrecht/satzungen-rechtsverordnungen-und-verwaltungsvorschriften-a-z?index=B>.

106) *Shuhaiber*, Kommunen im Kreis Kassel verbieten Schottergärten in Neubaugebieten, HNA v. 5. 10. 2019, Stand 18. 3. 2021, abrufbar unter <https://www.hna.de/lokales/kreis-kassel/kreis-kassel-ort306256/kommunen-im-kreis-kassel-verbieten-schottergaerten-in-neubaugebieten-13068417.html>.

107) VG Hannover, Urt. v. 26. 11. 2019 – 4 A 12592/17, juris Rdnr. 19 ff.

<https://doi.org/10.1007/s10357-021-3851-1>

# Die Feststellung der energiepolitischen und energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II nach §48 Kohleverstromungsbeendigungsgesetz (KVBG) – rechtspolitisch verfehlt und verfassungswidrig?

Thomas Schomerus\*

© Der/die Autor(en) 2021. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

*§ 48 KVBG stellt den energiewirtschaftlichen und -politischen Bedarf für den Braunkohletagebau Garzweiler II in den Grenzen der Leitentscheidung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen von 2016 fest. Unter Einbeziehung mehrerer Gutachten wird dargelegt, dass der anzuerkennende weite Spielraum für gesetzliche Bedarfsfeststellungen in evident unsachlicher Weise ausgefüllt wurde. Die Bedarfsfeststellung geht von unzutreffenden Annahmen aus, sie ist nur schwer mit bestehenden und künftigen Klimazielen vereinbar, und sie beruht auf einer Fehlgewichtung der Anwohnerbelange. Die Landesregierung ist daher durch § 48 KVBG nicht im Hinblick auf künftige Planungen und Zulassungen gebunden, sondern muss u. a. in der anstehenden neuen Leitentscheidung eine eigenständige planerische Entscheidung treffen.*

## 1. Einführung

Das Klimaschutzrecht gewinnt an Dynamik und entwickelt sich zu einem eigenständigen, von anderen Bereichen

wie dem Umweltrecht abgrenzbaren Rechtsgebiet.<sup>1</sup> Als letztes in der Trias der jüngeren Klimaschutzgesetze nach dem Klimaschutzgesetz (KSG)<sup>2</sup> und dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)<sup>3</sup> trat am 14. 8. 2020 das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz (KVBG)<sup>4</sup> in Kraft. Nach § 2 Abs. 1 KVBG wird der Zweck verfolgt, „die Erzeugung elektrischer Energie durch den Einsatz von Kohle in Deutschland sozialverträglich, schrittweise und möglichst stetig zu reduzieren und zu beenden ...“. Zieljahr ist 2038 (§ 2 Abs. 2 KVBG), wobei nach § 47 KVBG eine Überprüfung der vorzeitigen

\*) Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten für die Klimaa Allianz Deutschland und einem Vortrag samt Veröffentlichung auf dem 21. KBU – Kolloquium zu Wirtschaft und Umweltrecht an der RWTH Aachen am 26. 1. 2021 zum Thema Kohleausstiegsgesetz: Inhalt und Folgen.

1) Vgl. *Schomerus*, in: *Rehbinder/Schink* (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 5. Aufl. 2018, S. 639, 657 ff.

2) Bundes-Klimaschutzgesetz v. 12. 12. 2019, BGBl. I S. 2513.

3) Brennstoffemissionshandelsgesetz v. 12. 12. 2019, BGBl. I S. 2728; geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 3. 11. 2020, BGBl. I S. 2291.

4) Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung (Kohleverstromungsbeendigungsgesetz – KVBG) v. 8. 8. 2020, BGBl. I S. 1818.

Thomas Schomerus, Professor für Umwelt- und Energierecht,  
Leuphana Universität Lüneburg,  
Richter am OVG Lüneburg,  
Lüneburg, Deutschland

Stilllegung von Braunkohleanlagen erfolgen soll, „ob der Stilllegungszeitpunkt für die Braunkohleanlagen nach dem Jahr 2030 jeweils bis zu drei Jahre vorgezogen und damit auch das Abschlussdatum 2035 erreicht werden kann ...“. Für einzelne Braunkohleanlagen werden in Anlage 2 zum KVBG Stilllegungszeitpunkte genannt. Für Garzweiler II sind insoweit die Kraftwerksblöcke von Niederaußem und Neurath relevant.<sup>5</sup>

§ 48 KVBG enthält eine Bedarfsfeststellung für Garzweiler II. Nach dessen Absatz 1 werden „die energiepolitische und energiewirtschaftliche Notwendigkeit zur Gewährleistung einer sicheren und zuverlässigen Energieversorgung ... in den Grenzen der Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviers/Garzweiler II vom 5. Juli 2016 festgestellt.“ Vorbild hierfür ist offenbar § 12e Abs. 4 EnWG, wonach „mit Erlass des Bundesbedarfsplans durch den Bundesgesetzgeber ... für die darin enthaltenen Vorhaben die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der vorrangige Bedarf festgestellt“ werden.<sup>6</sup> § 48 Abs. 2 S. 1 enthält eine Regelung zur Bindungswirkung von Absatz 1, nach der diese „für die Planung sowie fachrechtliche Zulassungen zu Grunde zu legen“ ist. Ergänzend besagt Absatz 2 S. 2, dass „der damit verbindlich festgestellte energiepolitische und energiewirtschaftliche Bedarf ... räumliche Konkretisierungen im Rahmen der Braunkohlenplanung und der anschließenden fachrechtlichen Zulassungen des Landes Nordrhein-Westfalen nicht“ ausschließt.

Der Beitrag befasst sich vor dem Hintergrund widersprüchlicher gutachterlicher Aussagen zum Braunkohlebedarf mit der Verfassungsmäßigkeit und der Bindungswirkung des § 48 KVBG für die Braunkohlenplanung und nachfolgende Zulassungen. Beides kann unter rechtlichen sowie rechtspolitischen Aspekten in Frage gestellt werden. Der Gesetzgeber, der den jetzigen § 48 KVBG erst nach den Beratungen des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 2. 7. 2020 in den Entwurf aufgenommen hatte, beruft sich zwar auf die Empfehlungen der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ (KWSB – auch „Kohlekommission“ genannt).<sup>7</sup> Eine derartige gesetzliche Bedarfsfeststellung für den Tagebau Garzweiler II hatte die KWSB jedoch nicht vorgeschlagen.<sup>8</sup> Vielmehr stellen sich Fragen, ob eine solche Feststellung mit bestehenden und absehbaren klimarechtlichen Vorgaben vereinbar ist, und ob die konfligierenden Belange der Energiewirtschaft und -politik, des Klimaschutzes und nicht zuletzt der von Umsiedlung bedrohten Menschen in den betroffenen Dörfern wie Keyenberg gerecht abgewogen wurden.

Zur Klärung dieser Fragen werden zunächst Gutachten zur energiepolitischen und -wirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II vorgestellt (2), um dann Voraussetzungen und Grenzen gesetzlicher Bedarfsfeststellungen zu erläutern (3). Darauf wird der Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 48 Abs. 1 KVBG nachgegangen (4), und anschließend werden die vom Gesetzgeber vorgesehenen Bindungswirkungen nach § 48 Abs. 2 KVBG hinterfragt (5) sowie Fragen des Rechtsschutzes erörtert (6). Der Beitrag schließt mit einem zusammenfassenden Ergebnis (7).

## 2. Gutachten zur energiepolitischen und energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II

Mit dem Bedarf für den weiteren Abbau im Tagebau Garzweiler II haben sich mehrere Gutachten befasst. Das DIW verneint die energiepolitische und -wirtschaftliche Notwendigkeit. Seit der Leitentscheidung der NRW-Landesregierung von 2016<sup>9</sup> hätten sich die Rahmenbedingungen derart geändert, dass eine neue Leitentscheidung für das rheinische Braunkohlerevier geboten sei. Mit international vereinbarten Klimaschutzziele sei zur Wahrung eines angenommenen 1,75 °C-Ziels „eine maximale Fördermenge von

280 Millionen Tonnen Braunkohle aus den Tagebauen Garzweiler II und Hambach ab Januar 2020“ möglich. Daher müsse „auch in NRW ein schnellerer Kohleausstieg bis 2030 anvisiert werden“. In Garzweiler II liege „die Gesamtmenge Braunkohle, die gewonnen werden kann, ... zwischen 258 und 383 Millionen Tonnen ... (Stand Januar 2019)“. Es bestehe „keine energiewirtschaftliche Notwendigkeit für einen kompletten Aufschluss der Tagebaufelder, welcher ... die Umsiedlung weiterer Ortschaften bedingen würde“, zumal „eine längere Nutzung der Braunkohle ... durch einen steileren Böschungswinkel von 1:3 in den Tagebauen gewährleistet werden“ könne. „Für die von Umsiedlung bedrohten Menschen in den fünf Garzweiler Dörfern genauso wie für RWE [seien] solide Rahmenbedingungen und Planungsgrundlagen zu schaffen“, zumal „in den nächsten Jahren noch weitere Verschärfungen der deutschen Klimaschutzziele“ absehbar seien, denen durch „eine flexible Leitentscheidung ... die in regelmäßigen Abständen weitere Verkleinerungen der Tagebaumengen“ prüfe, begünstigt werden könne.<sup>10</sup>

Demgegenüber gelangte 2019 das Gutachten von *frontier economics* im Auftrag der RWE Power AG zu dem Schluss, dass „Braunkohlenkraftwerke ... in einem Stromsystem mit wachsenden Anteilen fluktuierender Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien einen wesentlichen Beitrag zur Versorgungssicherheit“ leisteten. Ohne die „Braunkohlekraftwerkskapazität im Rheinischen Revier ... entstünde ... eine inländische Kapazitätssücke von –14 GW im Jahr 2023 (17 % der Spitzenlast) bzw. ca. 23 GW im Jahr 2030 (27 % der Spitzenlast)“. Die Stromgroßhandelspreise würden erheblich steigen, und Braunkohlenkraftwerke seien „in allen Szenarien wirtschaftlich“. „Mit der Verkleinerung des Braunkohlenkraftwerksparks im Rheinischen Revier“ werde „ein wesentlicher Beitrag zur Minderung der

- 5) Stilllegungsdaten: Niederaußem D (31. 12. 2020), Niederaußem C (31. 12. 2021), Neurath B (31. 12. 2021), Neurath A (1. 4. 2022), Neurath D (31. 12. 2022), Neurath E (31. 12. 2022), Niederaußem G oder H – wahlweise (31. 12. 2029), Niederaußem H oder G – wahlweise (31. 12. 2033), Niederaußem K (31. 12. 2038), Neurath F (31. 12. 2038), Neurath G (31. 12. 2038); zu den Wahlrechten im Stilllegungspfad s. § 41 KVBG; s. auch § 13g Abs. 1 EnWG zur erfolgten Stilllegung weiterer Blöcke.
- 6) Vgl. *Verheyen*, Kurzgutachten zum Kohleausstiegsgesetz: Bedeutung der Festlegung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit für den Braunkohletagebau Garzweiler, erstattet für Greenpeace e. V., 2020, Stand 1. 2. 2021, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/presse/publikationen/kurzgutachten-zum-kohleausstiegsgesetz>, S. 6.
- 7) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/20714 (neu) vom 2. 7. 2020, zu § 48 KVBG neu, S. 201 f.; s. auch Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ (KWSB): Abschlussbericht, 2019, Stand 1. 2. 2021, abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/abschlussbericht-kommission-wachstum-strukturwandel-und-beschaeftigung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/abschlussbericht-kommission-wachstum-strukturwandel-und-beschaeftigung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).
- 8) Vor der am 15. 1. 2020 erzielten Einigung der Bundesregierung und betroffener Länder zum Kohleausstieg sollte dies durch öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden; vgl. auch die kritische Stellungnahme ehemaliger Mitglieder der KWSB, abrufbar unter <https://fragenstaat.de/anfrage/unterlagen-zur-bund-lander-einigung-zum-kohleausstieg/#nachricht-487988>, Stand 1. 2. 2021.
- 9) Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviers/Garzweiler II – Eine nachhaltige Perspektive für das Rheinische Revier v. 5. 7. 2016.
- 10) *Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen*, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 39 ff.; vgl. auch die vorherigen Gutachten von *Oei/Rieve/Hirschhausen/Kemfert*, Ergebnis vom Kohlekommissariat: Der Hambacher Wald und alle Dörfer können erhalten bleiben, DIW Berlin, 2019, S. 25 f. sowie des Öko-Instituts, *Bauknecht/Hermann/Ritter/Vogel/Winger*, Braunkohleausstieg NRW: Welche Abbaumengen sind energiewirtschaftlich notwendig und klimapolitisch möglich?, 2015, S. 8.

Treibhausgasemissionen in Deutschland geleistet“. Braunkohle trage „als relativ günstige Absicherung fluktuierender Erzeugung aus Erneuerbaren Energien ... in der Transformationsphase auch indirekt zur Energiewende bei.“ „Braunkohlenkraftwerke und -tagebaue im Rheinischen Revier“ seien „von hoher Bedeutung für Wertschöpfung und Beschäftigung im Rheinland bzw. Nordrhein-Westfalen“.<sup>11</sup>

Ein weiteres Gutachten von BET, EY et al. mit Stand vom 29.11.2019<sup>12</sup> im Auftrag des BMWi wurde erst am 14.12.2020 veröffentlicht, nachdem es offenbar über ein Jahr vom Ministerium unter Verschluss gehalten worden war.<sup>13</sup> Auf der Basis von Szenarien wird der energiewirtschaftliche Bedarf u. a. des Tagebaus Garzweiler II untersucht. Hiernach weicht „das modellierte Referenzszenario ... deutlich von der derzeit von RWE beantragten Tagebauplanung mit 710 Mio. t Kohlen ab“, indem „von einer Kohlenmenge von 507 Mio. t Kohlen ausgegangen“ wird. Hierdurch würden „die Ortschaften Keyenberg, Kuckum und Westrich (Ober- und Unterwestrich) ... erhalten bleiben. Die Ortschaft Berverath müsste weiterhin umgesiedelt und abgebagert werden, da der Tagebau hier ... nicht noch schmaler gestaltet werden“ könne.<sup>14</sup> Dieses Szenario sei „aus bergtechnischer Sicht ... umsetzbar“ und es entstünden „gegenüber den derzeitigen Planungen von RWE keine relevanten Mehrkosten“.<sup>15</sup>

### 3. Voraussetzungen und Grenzen gesetzlicher Bedarfsfeststellungen

Öffentlich-rechtliche Infrastrukturplanungen als potenzielle Eingriffe in durch Art. 14 GG geschützte Eigentumspositionen erfordern eine grundsätzliche Rechtfertigung durch Feststellung des Bedarfs.<sup>16</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat für das Recht der Planfeststellung konstatiert, „dass eine hoheitliche Planung ihre Rechtfertigung nicht etwa schon in sich selbst trägt, sondern im Hinblick auf die von ihr ausgehenden Einwirkungen auf Rechte Dritter für die jeweils konkrete Planungsmaßnahme rechtfertigungsbedürftig ist (...). In diesem Sinne findet eine bestimmte straßenrechtliche Planung ihre Rechtfertigung darin, dass für das beabsichtigte Vorhaben nach Maßgabe der vom Bundesfernstraßengesetz allgemein verfolgten Ziele ein Bedürfnis besteht, die mit ihr geplante Maßnahme unter diesem Blickwinkel also objektiv erforderlich ist“.<sup>17</sup> Zwar wird den Planfeststellungsbehörden ein weiterer Gestaltungs- und Prognosespielraum eingeräumt, ein Vorhaben muss aber vernünftigerweise geboten sein,<sup>18</sup> und die Planrechtfertigung ist grundsätzlich vollständig gerichtlich überprüfbar.<sup>19</sup>

Für eine gesetzliche Bedarfsfeststellung wird angesichts der unmittelbaren demokratischen Legitimation ein weiter Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zugrundegelegt. So hat das Bundesverfassungsgericht zum Bundesschienenwegeausbaugesetz 1998 „auch im Hinblick auf die enteignungsrechtlichen Vorwirkungen der Planfeststellung gem. § 22 II AEG keine verfassungsrechtlichen Bedenken“ erhoben. Danach stößt die gerichtliche Kontrolle bei solchen „übergreifenden, von vielen politischen und wirtschaftlichen Faktoren bestimmten und auf lange Frist ausgerichteten Entscheidungen mit notwendig hohem prognostischem Gehalt ... unabhängig von der Rechtsform der Entscheidung an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung. ... Staatliche Planung“ könne „grundsätzlich auch vom Gesetzgeber wahrgenommen werden.“ Dieser bedürfe „auch keiner besonders gewichtigen Gründe des Gemeinwohls, um die Bedarfsfestlegung an sich ziehen zu können.“ Es gebe in dem zugrundeliegenden Fall „keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber von vornherein nicht in der Lage wäre, flexibel auf tatsächliche Entwicklungen zu reagieren und die einmal getroffene Entscheidung gegebenenfalls zu korrigieren.“<sup>20</sup> Für Regierungsentscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht im Garzweiler II-Urteil ebenfalls den großen Spielraum des Staates bei energiepolitischen Grundentscheidungen betont.<sup>21</sup> In seinen Entscheidungen hat das Bundesverwaltungsgericht wiederkehrend als Prüfungsmaßstab angesetzt, ob die

für ein Gesetz angeführten Gründe „evident unsachlich“ erscheinen.<sup>22</sup> Hier ging das Gericht nicht einfach von der Richtigkeit der gesetzlichen Bedarfsfeststellung aus, sondern prüfte diese inhaltlich anhand der vorliegenden Daten zum Verkehrsaufkommen und weiterer Kriterien.

Zwar ist für private Vorhaben angesichts der grundrechtlich durch wirtschaftliche Freiheiten geprägten Ordnung grundsätzlich keine Bedarfsprüfung vorgesehen. Braunkohleförderung und -verstromung sind aber weitgehend öffentlich-rechtlich überlagert, so dass eine Bedarfsprüfung aus öffentlichen, insbesondere energiewirtschaftlichen und energiepolitischen Interessen legitimierbar ist. Vor allem aus Umwelt- und Klimaschutzgründen ist angesichts von Art. 20a GG eine staatliche Bewirtschaftung der Braunkohle geboten.<sup>23</sup> In NRW erfolgt die Bedarfsprüfung durch die der Raumordnung und Landesplanung zuzuord-

- 11) Perner/Growitsch/Bräuninger, Energiewirtschaftliche Notwendigkeit der Braunkohlengewinnung und -nutzung im Rheinischen Revier, Eine Studie für die RWE Power AG, Dezember 2019.
- 12) Ritzau et al., Ermittlung von Folgekosten des Braunkohletagebaus bei einem gegenüber aktuellen Braunkohle- bzw. Revierplänen veränderten Abbau und Bestimmung der entsprechenden Rückstellungen, 2020, Stand 1.2.2021, abrufbar unter <https://www.bet-energie.de/themen/erzeugung/gutachten-zur-ermittlung-von-folgekosten-des-braunkohletagebaus.html>.
- 13) Schultz, Umsiedlung von fünf Dörfern – Ministerium hielt brisantes Gutachten unter Verschluss, Spiegel online v. 16.12.2020, Stand 1.2.2021, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/kohleausstieg-wirtschaftsministerium-hielt-brisante-studie-unter-verschluss-a-ad86aec0-5f29-4cf4-a005-0c9369ec5bcb>.
- 14) Ritzau et al., Ermittlung von Folgekosten des Braunkohletagebaus bei einem gegenüber aktuellen Braunkohle- bzw. Revierplänen veränderten Abbau und Bestimmung der entsprechenden Rückstellungen, 2020, Stand 1.2.2021, abrufbar unter <https://www.bet-energie.de/themen/erzeugung/gutachten-zur-ermittlung-von-folgekosten-des-braunkohletagebaus.html>, S. 176.
- 15) Ritzau et al., Ermittlung von Folgekosten des Braunkohletagebaus bei einem gegenüber aktuellen Braunkohle- bzw. Revierplänen veränderten Abbau und Bestimmung der entsprechenden Rückstellungen, 2020, Stand 1.2.2021, abrufbar unter <https://www.bet-energie.de/themen/erzeugung/gutachten-zur-ermittlung-von-folgekosten-des-braunkohletagebaus.html>, S. 177.
- 16) Dazu Köck, ZUR 2016, 579, 583f.
- 17) BVerwG, Urt. v. 14.2.1975 – IV C 21.74, BVerwGE 48, 56, 60 – Neubau einer Bundesstraße; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 26.4.2007 – 4 C 12/05, BVerwGE 128, 358, Rdnr. 45 – Mühlenberger Loch; Steinberg/Wickel/Müller (Hrsg.), Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 98; BVerwG, Urt. v. 9.11.2006, NVwZ 2007, 445 – Flughafen Leipzig-Halle zu Eingriffen in andere Grundrechte sowie einfachgesetzliche Schutzrechte.
- 18) BVerwG, Urt. v. 26.4.2007 – 4 C 12.05 – BVerwGE 128, 358, Rdnr. 45 – Mühlenberger Loch; BVerfG, Beschl. v. 20.2.1998 – 1 BvR 661/94, NVwZ 1998, 1060, 1061 – Private Rundfunkanbieter.
- 19) BVerwG, Urt. v. 6.12.1985 – 4 C 59/82, BVerwGE 72, 282, 284ff. – Planrechtfertigung Straßenbau; BVerwG, Urt. v. 24.11.1989 – 4 C 41/88, BVerwGE 84, 123, 131 – längsgeteilte Bundesautobahn; BVerwG, Urt. v. 11.7.2001 – 11 C 14/00, BVerwGE 114, 364, 373 – zivile Mitbenutzung des NATO-Reserveflugplatzes Bitburg; kritisch Schoch/Schneider/Bier/Riese, VwGO, 38. EL Januar 2020, § 114 Rdnr. 192.
- 20) BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 8.6.1998 – 1 BvR 650/97, NVwZ 1998, 1060 (Leitsätze der Redaktion) – Verkehrsbedarf der Eisenbahn; vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 8.3.2006 – 7 KS 145/02, juris, Rdnr. 51 – Schacht Konrad.
- 21) BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, juris, Rdnr. 289 – Garzweiler II.
- 22) BVerwG, Urt. v. 10.2.2016 – 9 A 1/15, juris, Rdnr. 12 – Ortsumgehung Naumburg.
- 23) Umfassend zur Bedarfsprüfung für heimische Rohstoffe Sanden/Schomerus/Keimeyer/Gailhofer/Westphal/Tefmer, Rohstoffbedarfsplanung – Konzeptionelle Eckpunkte eines Instruments zur ressourcen- und flächensparenden Rohstoffgewinnung, UBA Texte 27/2019, S. 27ff.; s. auch Köck, ZUR 2016, 579, 586.

nenden Braunkohlenpläne nach §§ 25 ff. LPIG NRW.<sup>24</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat 2013 in der Garzweiler II-Entscheidung die landesplanerische Bedarfsfeststellung für Garzweiler II im Braunkohlenplan sowie den früheren Leitentscheidungen der nordrhein-westfälischen Landesregierung nicht beanstandet. Es betonte „die überragende Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl“ und rechnete „die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge ... Energiepolitische Grundentscheidungen“ könnten „nur darauf überprüft werden, ob sie offensichtlich und eindeutig unvereinbar sind mit verfassungsrechtlichen Wertungen, wie sie insbesondere in den Grundrechten oder den Staatszielbestimmungen, hier namentlich dem Umweltschutz (Art. 20a GG), zum Ausdruck kommen.“<sup>25</sup>

#### 4. Verfassungswidrigkeit des § 48 KVBG

§ 48 KVBG ausgehend von dem regelmäßig vom Bundesverwaltungsgericht angelegten Prüfungsmaßstab wäre verfassungswidrig, wenn die gesetzliche Feststellung der energiepolitischen und energiewirtschaftlichen Notwendigkeit und des vordringlichen Bedarfs in den Grenzen der Leitentscheidung der NRW-Landesregierung vom 5. 7. 2016 evident unsachlich wäre. Dies könnte unter drei Aspekten der Fall sein. Zum einen könnten die der Feststellung des § 48 KVBG zugrundeliegenden Annahmen grundlegend falsch sein. Eine evidente Unsachlichkeit könnte weiter anzunehmen sein, wenn die vorgesehenen Abbaumengen nicht mit rechtsverbindlichen Klimazielen vereinbar wären, und drittens könnte in dem Fehlen einer Abwägung mit den grundrechtlich geschützten Belangen der von Umsiedlungen betroffenen Bewohner eine eklatante Fehlgewichtung liegen.

##### 4.1 Richtigkeit der der Bedarfsfeststellung für den Tagebau Garzweiler II zugrundeliegenden Annahmen

Angesichts neuer Entwicklungen ist die in § 48 Abs. 1 KVBG zitierte Leitentscheidung der NRW-Landesregierung von 2016 nicht mehr aktuell. Die Annahme der noch erforderlichen Abbaumengen für Garzweiler II beruhte auf Prognosen „über die erwartete Entwicklung der Braunkohleverstromung von 2020 bis 2050 in Deutschland“<sup>26</sup> und geht damit vom Zieljahr 2050 aus.<sup>27</sup> Die Leitentscheidung 2016 gibt den äußeren Rahmen des Bedarfs genau vor.<sup>28</sup> Das dort avisierte Zieljahr 2050<sup>29</sup> ist durch das in § 2 Abs. 2 Nr. 3 KVBG genannte Zieldatum 2038 (bzw. 2035) mit einem Zielniveau von Null Gigawatt verbleibende Nettonennleistung überholt. Das Gesetz ist in sich widersprüchlich, wenn es einerseits auf die Grenzen für den Tagebau abstellt, die Ergebnis einer veralteten Leitentscheidung mit anderen Annahmen (etwa Zielhorizont 2050) als der Kohleausstieg sind, andererseits aber als Ganzes von einem viel früheren Ausstiegsdatum ausgegangen wird.<sup>30</sup> Der von der Landesregierung NRW im Herbst 2020 vorgelegte Entwurf einer neuen Leitentscheidung für das Rheinische Revier<sup>31</sup> muss die veränderten Rahmenbedingungen, insbesondere die seit 2016 verschärften Klimaziele, beachten.<sup>32</sup> Die veraltete Leitentscheidung von 2016 kann daher kein tauglicher Maßstab für die Feststellung der Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II sein. Allein dies lässt eine Einschätzung des § 48 Abs. 1 KVBG als evident unsachlich zu.

Darüber hinaus haben sich die energiepolitischen Rahmenbedingungen zwischen der Leitentscheidung vom Juli 2016 und dem KVBG vom August 2020 erheblich verändert.<sup>33</sup> So waren die zur Umsetzung des Pariser Klimaabkommens vom 12. 12. 2015 notwendigen Schritte noch nicht berücksichtigt worden. Nach Berechnungen des Sachverständigenrats für Umweltfragen dürfen zur Erreichung der Temperaturziele des Pariser Abkommens ab 2020 in Deutschland bezogen auf eine Erwärmung von 1,75 °C noch 6,7 Gt CO<sub>2</sub> emittiert werden.

Für 1,5 °C wäre das verbleibende CO<sub>2</sub>-Budget mit 4,2 Gt CO<sub>2</sub> erheblich geringer.<sup>34</sup> Danach wäre „bei unverändertem Emissionsniveau [...] das berechnete deutsche CO<sub>2</sub>-Budget im Jahr 2029 verbraucht, bei linearer Reduktion im Jahr 2038.“<sup>35</sup> Demnach müsste zur Erreichung der Ziele des Paris-Abkommens „bei linearer Reduktion ... Deutschland ab dem Jahre 2038 CO<sub>2</sub>-neutral wirtschaften, also nicht erst im Jahre 2050.“<sup>36</sup> Nach dem DIW müssten zur Erreichung der Ziele des Paris-Abkommens bis 2038 sämtliche Sektoren dekarbonisiert sein. Da hierfür Sektoren wie die Industrie und die Landwirtschaft mehr Zeit benötigen würden, müsste ein Ausstieg aus der Kohlenutzung „bereits deutlich vor 2038“ erreicht werden.<sup>37</sup> Der Europäische Rat hat am 11./12. 12. 2020 im Rahmen des sog. Green Deal ein Emissionsreduktionsziel von 55 % für 2030 beschlossen.<sup>38</sup> Auf nationaler Ebene war im November 2016 der Klimaschutzplan 2050 der Bundesregierung mit einer Verschärfung der Klimaziele verabschiedet worden.<sup>39</sup> Es folgte am 31. 1. 2019 der Bericht der KWSB, nach dem gestufte Stilllegungen vorgeschlagen wurden, so bis 2022 eine Reduktion der Leistung der Kraftwerke im Markt auf ca. 15 GW Braunkohle, bis 2030 auf maximal 9 GW Braunkohle, einschließlich der sog. Öffnungsklausel mit einer Option auf 2035. Diese Veränderungen der energiepolitischen Rahmenbedingungen lassen die Leitentscheidung von 2016 in weiten Bereichen obsolet erscheinen, denn „damit verschiebt sich der Ausstieg aus der Braunkohle-

- 24) Landesplanungsgesetz Nordrhein-Westfalen, GV. NRW. 2005 S. 430; dazu ausführlich BVerfG, Urt. v. 17. 12. 2013 – 1 BvR 3139/08, juris, Rdnr. 5 – Garzweiler II.
- 25) BVerfG, Urt. v. 17. 12. 2013 – 1 BvR 3139/08, BVerfGE 134, 242, Rdnr. 285 ff. – Garzweiler II.
- 26) Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviers/Garzweiler II – Eine nachhaltige Perspektive für das Rheinische Revier v. 5. 7. 2016, S. 6.
- 27) Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviers/Garzweiler II – Eine nachhaltige Perspektive für das Rheinische Revier v. 5. 7. 2016, S. 7.
- 28) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/20714 (neu) v. 2. 7. 2020, zu § 48 KVBG neu, S. 201.
- 29) Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviers/Garzweiler II – Eine nachhaltige Perspektive für das Rheinische Revier v. 5. 7. 2016, S. 13.
- 30) Vgl. auch Frenz, ZNER 2020, 492.
- 31) Landesregierung NRW, Stand 1. 2. 2021, abrufbar unter <https://www.land.nrw/de/pressemitteilung/kabinett-beschliesst-denentwurf-einer-neuen-leitentscheidung-fuer-das-rheinische>.
- 32) S. auch die Forderungen des BUND für die neue Leitentscheidung, Stand 1. 2. 2021, abrufbar unter <https://www.bund-nrw.de/themen/braunkohle/im-fokus/leitentscheidung-2020/>.
- 33) Zum folgenden s. Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 4 ff.
- 34) SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 88 f.; der SRU verwendet hier ein „CO<sub>2</sub>-Budget als vereinfachte Variante des Klimabudgets“.
- 35) SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 52.
- 36) SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 11.
- 37) Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 5.
- 38) Schlussfolgerungen des Europäischen Rats v. 11. 12. 2020, EUCO 22/20 CO EUR 17 CONCL 8.
- 39) BMU, Klimaschutzplan 2050, Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung (2016), S. 10 f., Stand 1. 2. 2021, abrufbar unter [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan\\_2050\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf).

verstromung in Deutschland und NRW um mindestens zwölf Jahre nach vorne“.<sup>40</sup>

Die energiewirtschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich ebenfalls erheblich verändert. Der Begriff der Energiewirtschaft ist im Sinne der Zweckbestimmung des § 2 Abs. 1 KVBG weit auszulegen und umfasst auch Erkenntnisse der Klimawissenschaft sowie die für die Energiewirtschaft geltenden Klimaziele. Insoweit kommt es darauf an, ob das verbleibende CO<sub>2</sub>-Budget, wie es das SRU aufgrund der Berechnungen der Klimawissenschaft abgeleitet hat, überschritten würde, wenn Garzweiler II im Rahmen der Leitentscheidung von 2016 weiter ausgekohlt würde.<sup>41</sup> Hinzu kommt, dass durch das DIW-Gutachten dargelegt wurde, dass z. B. durch einen etwas steileren Böschungswinkel 280 Millionen Tonnen aus dem Garzweiler II und Hambach gefördert werden können, so dass ein vollständiger Aufschluss der Tagebaufelder sowie die Umsiedlung der betroffenen Ortschaften energiewirtschaftlich nicht notwendig sei.<sup>42</sup> Darüber hinaus wird ein großer Teil der Braunkohle nicht zur Verstromung, sondern zur Veredelung verwendet.<sup>43</sup> Insoweit ist äußerst zweifelhaft, ob dies für die Begründung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit herangezogen werden kann. Die Antwort auf diese Frage dürfte auch davon abhängig sein, was für Produkte aus der Veredelung hergestellt werden.

Aus den genannten Gründen ist die Feststellung der energiepolitischen und -wirtschaftlichen Notwendigkeit in den Grenzen der Leitentscheidung von 2016 nicht nur rechtspolitisch verfehlt, sondern auch evident unsachlich.

#### 4.2 Vereinbarkeit der vorgesehenen Abbaumengen mit rechtsverbindlichen Klimazielen

Sofern die Leitentscheidung von 2016 von Abbaumengen ausgeht, deren Verstromung dazu führen würde, dass die Klimaziele Deutschlands nicht mehr eingehalten werden können, wäre ebenfalls eine evidente Unsachlichkeit des § 48 Abs. 1 KVBG anzunehmen.

Der Gesamtkontext des Paris-Abkommens macht eine Verpflichtung gerade der Industriestaaten zu einer zeitnahen und effektiven Reduktion unterhalb der 2 Grad-Grenze deutlich.<sup>44</sup> Jedoch entspricht bereits das gesamte, hiernach noch zur Verfügung stehende deutsche CO<sub>2</sub>-Budget nur der Hälfte dessen, was nach den nationalen Klimaschutzvorgaben zugrunde zu legen ist.<sup>45</sup> Daher ist auf diese Diskrepanz zwischen den sich aus dem Paris-Abkommen ergebenden Anforderungen und den nationalen Klimaschutzzielen abzustellen.<sup>46</sup> Nach Berechnungen des SRU wird bei einer maximalen Erderwärmung von 1,75 °C von einem deutschen Restbudget von 6700 Mio. t CO<sub>2</sub> ab 2020 ausgegangen, was bei Einhaltung der bisherigen deutschen Klimaschutzziele um fast das Doppelte übertroffen würde.<sup>47</sup> Nach dem DIW bedingt dies „eine vollständige Dekarbonisierung aller Sektoren bis spätestens 2038“ und nicht 2050, wie in § 1 KSG vorgesehen, wobei „die Kohleindustrie bereits deutlich vor 2038 dekarbonisiert“ werden müsste.<sup>48</sup> Auf die Braunkohleindustrie heruntergebrochen lässt sich damit eine verbleibende „maximale[n] Fördermenge von 280 Millionen Tonnen Braunkohle aus den Tagebauen Garzweiler und Hambach ab Januar 2020“ berechnen.<sup>49</sup> In der Leitentscheidung von 2016 wurden nicht die Abbaumengen oder die damit verbundenen CO<sub>2</sub>-Emissionen zugrunde gelegt. Vielmehr sieht diese eine räumliche Begrenzung vor,<sup>50</sup> die zu einer nicht mit internationalen Klimaschutzziele vereinbaren Erhöhung der CO<sub>2</sub>-Emissionen führen würde. Ob es möglich wäre, die aufgrund des „Paris-Budgets“ notwendigen Reduktionen der CO<sub>2</sub>-Emissionen von der Braunkohleverstromung und damit von Garzweiler II weg auf andere Sektoren zu verlagern, lässt sich hier nicht beurteilen. Die Bedarfsfeststellung in § 48 Abs. 1 KVBG in den Grenzen der Leitentscheidung von 2016 ist aber zumindest rechtspolitisch verfehlt. Sie ist

bei einer Überschreitung des „Paris-Budgets“ auch evident unsachlich.

Ein Verstoß gegen unionsrechtliche Klimaziele könnte ebenfalls zu einer evidenten Unsachlichkeit des § 48 Abs. 1 KVBG führen. Die EU hat als Partei des Paris-Abkommens verschiedene rechtliche Schritte zu dessen Einhaltung unternommen, u. a. hat sie neben der KlimaschutzVO<sup>51</sup> das EU-Emissionshandelssystem durch Erhöhung der jährlichen Verringerungsrate verschärft. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass die Reduzierung und Beendigung der Kohleverstromung unionsrechtlich nicht geregelt sei und sich aus der EU-KlimaschutzVO keine Pflicht zum Kohleausstieg ergebe.<sup>52</sup> Wird aber der sog. European Green Deal umgesetzt und das EU-Klimagesetz mit der Senkung der Nettotreibhausgasemissionen um mindestens 55 % oder gar 60 % gegenüber dem Stand von 1990 bis 2030<sup>53</sup> verabschiedet, ginge dies weit über das vorherige, zur Zeit der Leitentscheidung 2016 und

40) Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 8.

41) Dazu sogleich unter 4.2.

42) Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 39 ff.

43) Vgl. VG Köln, Beschl. v. 25.10.2017 – 14 L 3477/17, Rdnr. 30, juris, sowie Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 16.

44) SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 47; für eine völkerrechtliche Verbindlichkeit des 1,5 Grad Ziels Ekdardt/Wieding/Zorn: Paris Agreement, Precautionary Principle and Human Rights: Zero Emissions in Two Decades? Sustainability 10 (8), 2018, 2812; a. A. Bodansky, The Paris Climate Change Agreement: A New Hope? American Journal of International Law 110 (2), 2016, S. 288 ff.; Rajamani/Werksman, The legal character and operational relevance of the Paris Agreement's temperature goal, Philosophical Transactions of the Royal Society/A 376 (2119), 2018.

45) SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 55.

46) Vgl. Frenz, ZNER 2020, 492, der von einer drohenden „Notfallsituation, welche das bisherige dogmatische Verständnis von Grundrechten als konkretisierungsbedürftige Schutzpflichten, auf deren Basis keine konkreten Werte ableitbar sind, in Frage stellt“, spricht.

47) SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 46.

48) Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 5.

49) Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 12 f.

50) Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviere/Garzweiler II – Eine nachhaltige Perspektive für das Rheinische Revier v. 5.7.2016, S. 13 f.

51) VO (EU) 2018/842 v. 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris, ABl. EU L 156 v. 19.6.2018, S. 26.

52) BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung v. 18.8.2020 – 1 BvQ 82/20, juris, Rdnr. 22; s. auch Art. 2 Abs. 1 EU-KlimaschutzVO, wonach die Energieumwandlung nicht in deren Geltungsbereich fällt.

53) EU-Kommission, Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), COM(2020) 563 final v. 17.9.2020; s. auch Tagung des Europäischen Rates (10. und 11.12.2020) – Schlussfolgerungen, EUCO 22/20 – CO EUR 17 CONCL 8, Nr. 12.

noch zum Zeitpunkt der Verabschiedung des KVVBG bestehende Ziel einer europaweiten Reduktion um mindestens 40 % hinaus. Dann würden die unionsrechtlich zur Verfügung stehenden CO<sub>2</sub>-Emissionsmengen (das „Green Deal-Budget“) erhebliche weitere Reduktionen erforderlich machen, zu denen auch die Braunkohle im Rheinischen Revier und insbesondere der Tagebau Garzweiler II ihren Beitrag werden leisten müssen. Unter diesen geänderten Bedingungen könnte ein Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben und eine evidente Unsachlichkeit des § 48 KVVBG bejaht werden.<sup>54</sup> Entscheidend ist dann der Zeitpunkt, in dem über diese Frage entschieden wird. Es ist insoweit unerheblich, dass es zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes noch kein neues EU-Ziel gab. Zumindest ist § 48 Abs. 1 KVVBG angesichts der zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes absehbaren neuen EU-Klimaziele rechtspolitisch verfehlt.

Auf nationaler Ebene ist das am 18. 12. 2019 in Kraft getretene KSG als Maßstab heranzuziehen. Nach § 3 Abs. 1 KSG gilt bis zum Zieljahr 2030 eine Minderungsquote für die Treibhausgasemissionen von mindestens 55 % bei einem EU-Minderungsziel von minus 40 %. § 4 KSG sieht zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele jährliche Minderungsziele vor, für die Jahresemissionsmengen für bestimmte Sektoren festgelegt werden. Die sektorscharfen Festlegungen basieren auf einem Budgetansatz und sind in der deutschen Klimapolitik neu.<sup>55</sup> Nach Anlage 2 zu § 4 KSG werden für den Sektor Energiewirtschaft, hier insbesondere die Stein- und Braunkohleverstromung, CO<sub>2</sub>-Budgets festgelegt, für 2020 (280 Mio. Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent), 2022 (257 Mio. Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent) und das Zieljahr 2030 mit 175 Mio. Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent. Ob die Minderungsziele des KSG mit den internationalen und unionsrechtlichen Pflichten zur Reduzierung von Treibhausgasen vereinbar sind, ist umstritten.<sup>56</sup> Daher lässt sich die Frage nach einer evidenten Unsachlichkeit aufgrund von eklatanten Diskrepanzen zwischen den KSG-Vorgaben und den der Leitentscheidung von 2016 zugrundeliegenden Annahmen noch nicht schlüssig beantworten. Hierzu müsste ermittelt werden, ob von der raumplanerischen Leitentscheidung von 2016 für Garzweiler auf eine Überschreitung der gemäß dem KSG noch zur Verfügung stehenden CO<sub>2</sub>-Emissionsmengen (das „KSG-Budget“) geschlossen werden kann. Die bisherigen Gutachten geben dazu keine Antwort.

Hier kommt ein weiterer aktueller Punkt hinzu: Wenn der Abbau langsamer vorankommt (da Kohlestrom auf dem Energiemarkt nicht gefragt wird und Kohleverstromung daher unwirtschaftlich ist, dann kann nicht an dem veralteten Bedarf aus den Vor-Corona-Zeiten festgehalten werden. Auch deshalb ist § 48 Abs. 1 KVVBG zumindest rechtspolitisch verfehlt.

#### 4.3 Fehlgewichtung in der Abwägung zugunsten der energiepolitischen und -wirtschaftlichen Belange und zulasten der grundrechtlich geschützten Belange der von Umsiedlungen betroffenen Anwohner

Eine der Bedarfsfeststellung in § 48 KVVBG zugrundeliegende eklatante Fehlgewichtung kann ebenso zu einer evidenten Unsachlichkeit der Regelung führen, denn eine Abwägung zwischen der energiewirtschaftlichen und energiepolitischen Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II einerseits und den Belangen der von Enteignung und Umsiedlung betroffenen Menschen andererseits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ist nicht erkennbar. In der Ausschussdrucksache wird auf ein „weites gesetzgeberisches Ermessen“ des Bundes verwiesen,<sup>57</sup> ohne dass eine Ermessensabwägung der widerstreitenden Belange stattgefunden hätte. Es werden ausschließlich Aspekte aufgeführt wie „grundlegende Abwägungsentscheidungen über den künftigen Energiebedarf, die Deckung dieses Energiebedarfs durch unter-

schiedliche Technologien, die dafür erforderliche Rohstoffversorgung in Deutschland sowie die wirtschaftlichen und sozialen Folgen der Kraftwerks- und Tagebaustilllegungen.“<sup>58</sup> Die wegen des Verlusts von Grund und Boden, Wohn- und Arbeitsstätten in ihren grundrechtlich geschützten und daher in der Abwägung zu berücksichtigenden Belange der Anwohner werden nicht thematisiert. Es ist unglaublich, wenn der Gesetzgeber sich eine abgewogene Entscheidung attestiert: „Indem sich der Gesetzgeber hier vorhandene Bewertungen und Planungen in Teilen zu eigen machen möchte, stellt er eine eigene Abwägungsentscheidung an.“<sup>59</sup> Eine eigene Auseinandersetzung im Sinne einer Überprüfung und Einordnung des Gesetzgebers damit ist nicht ersichtlich. Weiterhin lassen die internen Schriftwechsel innerhalb der Bundesregierung zwar erkennen, dass die Bedarfsfeststellung für den Tagebau Garzweiler II erstmals in einer Besprechungsrunde der Bundeskanzlerin am 15. 1. 2015 auftauchte. In dieser „Bund-/Länder-Einigung zum Kohleausstieg“ heißt es unter Vorwegnahme des späteren § 48 Abs. 1 KVVBG: „Zum Zwecke der Energieversorgungssicherheit wird die energiewirtschaftliche Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler in den Grenzen der Leitentscheidung aus dem Jahr 2016 ... festgestellt.“<sup>60</sup> Eine Berücksichtigung anderer Interessen als der Versorgungssicherheit ist nicht erkennbar.

Auch der Verweis in § 48 KVVBG auf die Leitentscheidung von 2016 kann eine eigene Abwägung nicht ersetzen, zumal danach eingetretene Umstände wie ambitionierteren Klimaziele nicht berücksichtigt werden konnten. Das zum Zeitpunkt der Gesetzgebung zum KVVBG gesteigerte Gewicht des Klimaschutzes wurde ebenso wenig berücksichtigt. Diese Belange wirken sich zugunsten der von Umsiedlung betroffenen Menschen aus, was durch die KWSB gewürdigt wurde. Aus deren Bericht spricht der Wille, Umsiedlungen möglichst zu vermeiden und zumindest einen Dialog, d. h. auch eine Auseinandersetzung mit diesen Belangen, anzustreben.<sup>61</sup> In der Garzweiler-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung einer Gesamtabwägung zwischen den betroffenen Belangen hervorgehoben.<sup>62</sup> All dies hat im Falle des § 48 KVVBG gefehlt. Im Gegenteil – die Bedarfsfeststellung beruhte offenbar einseitig auf den durch den Betreiber RWE geäußerten Wünschen. Dies wird besonders anhand einer internen Bewertung im Bundeskanzleramt zu Forderungen der „Umweltseite“ der KWSB deutlich. Darin heißt es: „Die Absicherung des Tagebaus Garzweiler ... einschließlich der damit verbundenen Umsiedlungen war ein zentrales Anliegen von RWE/NRW im Gegenzug zur frühzeitigen Stilllegung des Tagebaus Hambach und dem Erhalt des Hambacher Forsts.“<sup>63</sup>

54) Vgl. auch Frenz, ZNER 2020, 492.

55) Klinski/Scharlau/von Swiekowski-Trzaska/Keimeyer/Sina, Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, 1, 3.

56) Dazu Klinger, ZUR 2020, 259.

57) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/20714 (neu) v. 2. 7. 2020, zu § 48 KVVBG neu, S. 201.

58) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/20714 (neu) v. 2. 7. 2020, zu § 48 KVVBG neu, S. 201.

59) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/20714 (neu) v. 2. 7. 2020, zu § 48 KVVBG neu, S. 201.

60) Ergebnisprotokoll v. 15. 1. 2020, Nr. 4, Stand 1. 2. 2021, abrufbar unter <https://fragenstaat.de/anfrage/unterlagen-zur-bund-landereinigung-zum-kohleausstieg/#nachricht-487988>.

61) S. etwa Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“, Abschlussbericht, 2019, S. 4.

62) BVerfG, Urt. v. 17. 12. 2013 – 1 BvR 3139/08, BVerfGE 134, 242, Rdnr. 188 – Garzweiler II.

63) S. Vermerk v. 27. 1. 2020, Stand 1. 2. 2021, abrufbar unter <https://fragenstaat.de/dokumente/5256-bkamt-kohleausstieg-stellungnahme-kwsb-vermerk3/>.

Daher legt die vollständige Nichtberücksichtigung anderer Interessen als der Versorgungssicherheit im Gesetzgebungsverfahren eine evidente Unsachlichkeit nahe.

### 5. Bindungswirkungen des § 48 KVBG

Die Bedarfsprüfung für Braunkohlevorhaben wird durch die Landesplanung, hier die Braunkohlenplanung umgesetzt. § 48 KVBG mit der Feststellung des energiewirtschaftlichen und energiepolitischen Bedarfs ist daher im Kern als eine raumordnerische Regelung einzuordnen. Als „Fremdkörper im KVBG“ erstreckt sie sich nur auf die Ebene der Planrechtfertigung, nicht auch der raumordnerischen Abwägung.<sup>64</sup> Die Landesregierung NRW ist gehalten, raumordnerische Festlegungen bzgl. des Braunkohleabbaus in Garzweiler II (§ 48 Abs. 2 S. 2: „räumliche Konkretisierungen“) zu treffen.

Nordrhein-Westfalen kann auch von der Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 GG Gebrauch machen und von der Bedarfsfeststellung in § 48 Abs. 1 KVBG abweichen, z. B. durch eine wesentlich frühere Schließung von Garzweiler II als ursprünglich vorgesehen. Die Abweichung kann „im Verhältnis zur verdrängten bundesgesetzlichen Regelung ein Minus, ein Mais, ein Aliud oder eine Mischform dieser Möglichkeiten“ darstellen und „braucht daher auch nicht eng ausgelegt zu werden“.<sup>65</sup> Durch nordrhein-westfälisches Landesraumordnungsrecht könnte demnach trotz § 48 KVBG festgelegt werden, dass auf einen weiteren Abbau des Tagebaus Garzweiler II ganz oder teilweise verzichtet wird.

Mittlerweile hat die Landesregierung einen Entwurf für eine „neue Leitentscheidung Braunkohle“ für das Rheinische Revier vorgelegt.<sup>66</sup> Leitentscheidungen sind landesplanerische Vorgaben für die Braunkohlenplanung. Soweit man dem Wortlaut von § 48 Abs. 2 S. 1 KVBG entnehmen möchte, dass sich die Landesregierung NRW bei ihrer neuen Leitentscheidung bzgl. Garzweiler II an die Bedarfsfeststellung „in den Grenzen der Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviere/Garzweiler II vom 5. Juli 2016“ halten müsste, ist dem entgegenzuhalten, dass die evident unsachliche Bedarfsfeststellung in § 48 Abs. 1 KVBG keine Bindungswirkung gegenüber einer neuen Leitentscheidung entfalten kann. § 48 Abs. 1 KVBG erklärt (wenngleich aus evident unsachlichen Gründen) die Leitentscheidung von 2016 für verbindlich und kann demnach keine neue Leitentscheidung binden. Kleinere Änderungen in Form räumlicher Konkretisierungen sind nach § 48 Abs. 2 KVBG jedoch möglich.

Eine evident unsachliche gesetzliche Bedarfsfeststellung kann zudem keine rechtsverbindliche Wirkung für die Braunkohlenplanung nach §§ 25 ff. LPIG NRW als zentrales Element der Planung der Fortentwicklung des Tagebaus auf der Ebene der Raumordnung haben. Damit würde der Status quo ante gelten, d. h. der energiewirtschaftliche und energiepolitische Bedarf müsste wie vor Inkrafttreten des KVBG im Rahmen der Braunkohlenplanung nachgewiesen werden. Die Klausel in § 48 Abs. 2 S. 2 KVBG bezieht sich nicht auf die Bedarfsfeststellung, denn diese soll nach dem Wortlaut des Gesetzes zugrundegelegt werden.

Genauso wenig kann eine evident unsachliche gesetzliche Bedarfsfeststellung für fachrechtliche Zulassungen, insbesondere für Betriebsplanverfahren nach §§ 51 ff. BBergG, eine Bindungswirkung entfalten; sie kann die auf Ebene der Betriebsplanzulassung erforderlichen Prüfungen nach § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG weder ersetzen noch determinieren. Für bergrechtliche Betriebsplanverfahren zur Braunkohlenförderung in NRW werden Ziele der Raumordnung und Landesplanung über die Braunkohlenplanung nach §§ 25 ff. LPIG NRW festgelegt. Diese raumordnerischen Ziele enthalten jedoch keine Planrechtfertigung für bergrechtliche Betriebspläne. Für die Planrechtfertigung ist nach bisheriger Rechtslage jeweils der energiewirtschaftliche Bedarf zu begründen.<sup>67</sup> Die Planrechtfertigung für

den Tagebau Garzweiler II muss daher nach wie vor im Verfahren des jeweiligen bergrechtlichen Rahmenbetriebsplans nachgewiesen werden.

Das Grundabtretungsverfahren nach §§ 77 ff. BBergG fällt bereits nicht unter die in § 48 Abs. 2 KVBG genannten Begriffe „Planung sowie fachrechtliche Zulassungen“. Eine Grundabtretung ist weder eine raumordnungs- noch eine fachplanungsrechtliche Genehmigungsentscheidung. Vielmehr gilt, dass auf der Grundlage solcher Entscheidungen die Voraussetzungen für eine Enteignung zu würdigen, dabei aber vor dem Hintergrund der Anforderungen aus Art. 14 Abs. 3 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vollumfänglich zu überprüfen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat „ein zugelassener Betriebsplan ... gegenüber dem Grundabtretungspflichtigen nur Indizcharakter dafür, daß die Maßnahmen nach ihm sachgemäß ausgeführt werden und dem Bergrecht entsprechen; er bewirkt keine Bindung für den Abtretungspflichtigen.“<sup>68</sup> § 48 KVBG kann man aber wohl indirekte Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Entscheidungen über Grundabtretungen zusprechen. Nach § 79 Abs. 1 BBergG sind Grundabtretungen nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig.<sup>69</sup> Die gesetzgeberische Aussage in § 48 KVBG ist dabei von der Enteignungsbehörde grundsätzlich mit in den Blick zu nehmen. Allerdings gilt auch insofern, dass eine evident unsachliche Bedarfsfeststellung nicht zur Begründung von Allgemeinwohlerwägungen im Rahmen von Grundabtretungsverfahren herangezogen werden darf. § 48 KVBG könnte ohnehin die Abwägung innerhalb der Grundabtretungsentscheidung entsprechend der Garzweiler II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht abschließend vorwegnehmen. Vielmehr sind die öffentlichen und privaten Belange einschließlich des Klimaschutzes im Rahmen der Raumordnung gegeneinander abzuwägen. Insofern kann die Landesregierung NRW bei einer neuen Leitentscheidung durchaus zu dem Schluss kommen, dass entgegen § 48 Abs. 1 KVBG im Interesse des Klimaschutzes und der betroffenen Anwohner ein weiterer Abbau verringert und ohne die in der bisherigen Leitentscheidung von 2016 vorgesehenen Umsiedlungen durchgeführt wird.<sup>70</sup>

Wenn damit wie oben dargelegt das Land in der Landesraumordnung von der Bedarfsfeststellung in § 48 KVBG abweichen kann, und bei der raumordnerischen Abwägung auch neue Klimaschutzerkenntnisse und -ziele (wie z. B. das neue 55 %-Ziel der EU) zu berücksichtigen sind, muss eine vollständige und gerechte Abwägung zu einem früheren Stopp des Tagebaus Garzweiler II führen als geplant. Das Land ist gehalten, trotz des § 48 KVBG eine neue – wie oben beschrieben im Rahmen der Gesetzgebung zum KVBG unterlassene – Abwägung einschließlich der Bedarfsfrage durchzuführen.

64) Verheyen, Kurzgutachten zum Kohleausstiegsgesetz: Bedeutung der Festlegung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit für den Braunkohletagebau Garzweiler, erstattet für Greenpeace e. V., 2020, Stand 1.2.2021, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/presse/publikationen/kurzgutachten-zum-kohleausstiegsgesetz>, S. 7.

65) BayVerfGH, Entsch. v. 29.5.2017 – Vf. 8-VII-16, juris, Rdnr. 30.

66) Stand 1.2.2021, abrufbar unter <https://www.land.nrw/de/pressemitteilung/kabinett-beschliesst-den-entwurf-einer-neuen-leitentscheidung-fuer-das-rheinische>.

67) OVG Münster, Urt. v. 21.12.2007 – 11 A 1194/02, juris, Leitsatz 2.

68) BVerwG, Urt. v. 14.12.1990 – 7 C 5/90, NVwZ 1991, 987, LS 4 – bergrechtliche Grundabtretung zugunsten der Rheinischen Braunkohlenwerke AG.

69) Dazu ausführlich BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, BVerfGE 134, 242, Rdnr. 197f. – Garzweiler II.

70) Verheyen, Kurzgutachten zum Kohleausstiegsgesetz: Bedeutung der Festlegung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit für den Braunkohletagebau Garzweiler, erstattet für Greenpeace e. V., 2020, Stand 1.2.2021, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/presse/publikationen/kurzgutachten-zum-kohleausstiegsgesetz>, S. 8f.

## 6. Rechtsschutzfragen

Eine im Rahmen eines Planfeststellungsbeschlusses erfolgende Bedarfsfeststellung hat enteignungsrechtliche Vorwirkungen für die Betroffenen. Der Planfeststellungsbeschluss ist nicht als Enteignung einzuordnen, denn mit diesem ist (noch) nicht der formale Entzug einer Eigentumsposition verbunden.<sup>71</sup> Die enteignungsrechtliche Vorwirkung kann aber im Sinne einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verstanden werden. Fraglich ist, ob § 48 KVBG bereits für sich genommen – ohne weitere behördliche Entscheidung betreffend die Weiterführung des Tagebaus – das Eigentum an Grundstücken in dem vom Tagebau betroffenen Bereich mit einer einschränkenden Feststellung versieht, die es ermöglichen soll, Enteignungen zu erleichtern. Vom Eigentum kann faktisch kaum noch Gebrauch gemacht werden.<sup>72</sup> Dieser Eingriff lässt sich nicht auf das Wohl der Allgemeinheit stützen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist „das Wohl der Allgemeinheit, an dem sich der Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums zu orientieren hat, ... nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die Beschränkung des Eigentümers .... Der Gesetzgeber hat die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen ... und sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen zu halten.“<sup>73</sup> Eine evident unsachliche Bedarfsfeststellung kann nicht dem Wohl der Allgemeinheit entsprechen.<sup>74</sup>

Eine Rechtfertigung des Eingriffs kommt auch unter Verhältnismäßigkeitsaspekten nicht in Betracht. Dabei ist „die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht.“<sup>75</sup> Das dem § 48 KVBG zugrundeliegende Ziel der Erhaltung der Braunkohleförderung im Tagebau Garzweiler II bis zum Jahr 2050 – gemäß der Leitentscheidung von 2016 – kann nicht als legitim angesehen werden. Der Auffassung, nur Enteignungen jenseits von 2038 bzw. 2035 als illegitim anzusehen, ist angesichts der evidenten Unsachlichkeit des § 48 KVBG zu widersprechen.<sup>76</sup> Zudem sind die durch § 48 KVBG bewirkten Inhalts- und Schrankenbestimmungen nicht erforderlich. Insofern sind die im Jahr 2020 aktuellen, gesetzlich fixierten und verbindlichen klimapolitischen Ziele maßgeblich. Die im Einklang mit diesen Zielen noch zu verstromende Braunkohlenmenge ist auch bei Schonung der von Enteignung bedrohten Grundeigentümer förderbar. Das Gutachten des DIW von 2020 hat ergeben, „dass die – gemäß internationaler Klimavereinbarungen – noch erlaubte Fördermenge von 280 Millionen Tonnen in jedem Fall aus dem Tagebaukomplex Garzweiler II und Hambach gefördert werden kann.“<sup>77</sup> Es wäre für die Betroffenen unzumutbar und damit unangemessen, wenn sie ihr Grundeigentum unter diesen Rahmenbedingungen opfern müssten.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Nichtannahmebeschluss vom 20.10.2020 eine Verfassungsbeschwerde<sup>78</sup> von durch den Tagebau Garzweiler II betroffenen Grundeigentümern gegen § 48 KVBG nicht zur Entscheidung angenommen. Die Beschwerde sei wegen Subsidiarität (§ 90 Abs 2 BVerfGG) unzulässig und werde insofern nicht den Begründungsanforderungen aus §§ 23 Abs. 1 S. 2 und 92 BVerfGG gerecht.<sup>79</sup> Zwar lässt sich insoweit eine andere Auffassung vertreten, zumal es „mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes gegen Eigentumseingriffe nach Art. 14 Abs. 1 und 3 GG nicht vereinbar“ ist, wenn der von Enteignung Betroffene „für seine Enteignung maßgebliche Vorentscheidungen hinnehmen [müsse], ohne dass ihm dagegen jemals die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes eröffnet gewesen wäre.“<sup>80</sup> Angesichts der Unanfechtbarkeit des Nichtannahmebeschlusses führt eine Diskussion darüber aber nicht weiter. Mit dem Nichtannahmebeschluss unter Verweisung auf anderweitig bestehende Rechtswege hat das Bundesverfassungsgericht

jedenfalls deutlich gemacht, dass die von der Tagebauplanung betroffenen Grundeigentümer effektiven Rechts- und Grundrechtsschutz gegenüber den noch anstehenden staatlichen Entscheidungen suchen können, welche ggf. unter Anwendung des § 48 KVBG ergehen werden.

Insbesondere im Rahmen von Klagen gegen Enteignungsentscheidungen („Grundabtretungsbeschlüsse“) werden die Fragen, ob bzw. inwieweit für die Weiterführung des Tagebaus Garzweiler II eine „energiepolitische und energiewirtschaftliche Notwendigkeit zur Gewährleistung einer sicheren und zuverlässigen Energieversorgung“ besteht, gerichtlich zu überprüfen sein. „Der Garantie effektiven Rechtsschutzes gegen Verletzungen der Eigentumsgarantie [wird] ... nur genügt, wenn Rechtsschutz gegen einen Eigentumsentzug so rechtzeitig eröffnet wird, dass im Hinblick auf Vorfestlegungen oder den tatsächlichen Vollzug des die Enteignung erfordernden Vorhabens eine grundsätzlich ergebnisoffene Überprüfung aller Enteignungsvoraussetzungen realistisch erwartet werden kann.“<sup>81</sup> Mit dem Nichtannahmebeschluss vom 20.10.2020 ist daher das letzte Wort in puncto Rechtsschutz nicht gesprochen.

## 7. Ergebnis

Die Feststellung der energiewirtschaftlichen und energiepolitischen Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II in den Grenzen der Leitentscheidung der Landesregierung NRW von 2016 gemäß § 48 Abs. 1 KVBG ist rechtspolitisch verfehlt und evident unsachlich. Sie missachtet die seit 2016 eingetretene Veränderung der internationalen, rechtlich verbindlichen Klimaziele. Zieljahr der in Bezug genommenen Leitentscheidung ist 2050, nicht wie in § 4 KVBG vorgesehen 2038 bzw. 2035 (§ 47 KVBG). Die energiepolitischen und -wirtschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich in einer Weise geändert, die die Leitentscheidung von 2016 in weiten Bereichen als obsolet erscheinen lassen. Dem Erlass des § 48 KVBG lag keine nach außen deutliche, auch die Eigentümer- und Anwohnerbelange einschließende Abwägung zugrunde, und die in der Leitentscheidung von 2016 vorgenommene Abwägung ist angesichts neuer Klimaziele überholt.

Aus dem Staatsziel Umweltschutz in Art. 20a GG ist ein Gebot abzuleiten, dass sämtliche Braunkohleplanungen darauf gerichtet sein müssen, so wenig wie möglich abzubauen. Bisher war die Planung eher darauf angelegt, möglichst viel zu fördern und (wirtschaftlich) nutzbar zu machen, weil „sonst die Lichter ausgehen“. Angesichts ambitionierter Klimaziele mit weiter steigenden Anteilen erneuerbarer Energien im Netz müssen alle diesbezüglichen Pläne, von der Leitentscheidung bis zu den Betriebsplänen, an diesem Gebot ausgerichtet werden. Die Bedarfsfestlegung in § 48 KVBG ist hiermit nicht vereinbar.

71) Vgl. Axer, BeckOK GG, 44. Ed. 1.12.2019, GG Art. 14 Rdnr. 81.

72) Frenz, ZNER 2020, 492.

73) BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvL 8/07, Rdnr. 88, juris – Miterben-Entschädigungsfonds.

74) Frenz, ZNER 2020, 492 geht davon aus, dass eine Rechtfertigung weiterer Enteignungen allenfalls im Rahmen des noch vom KVBG als zulässig angesehenen Kohleabbaus bis 2038 bzw. 2035 möglich wäre.

75) Frenz, ZNER 2020, 492.

76) So aber Frenz, ZNER 2020, 492.

77) Oei/Braunger/Rieve/Kemfert/von Hirschhausen, Garzweiler II: Prüfung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit des Tagebaus, DIW Politikberatung kompakt Nr. 150, 2020, S. 39 ff.

78) Zum Inhalt der Verfassungsbeschwerde s. auch Frenz, ZNER 2020, 492.

79) BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 20.10.2020 – 1 BvR 2126/20, juris.

80) BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, BVerfGE 134, 242, Rdnr. 236 – Garzweiler II.

81) BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, BVerfGE 134, 242, LS 4 – Garzweiler II.

Wegen der evidenten Unsachlichkeit der Bedarfsfeststellung kann die nach § 48 Abs. 2 KVBG vorgesehene Bindungswirkung für die Braunkohlenbedarfsplanung sowie fachrechtliche Zulassungen nicht eintreten. Mit der neuen von der Landesregierung NRW vorgeschlagenen Leitentscheidung würde diese Bedarfsfeststellung ohnehin obsolet. Nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG kann das Land NRW von der Bedarfsfeststellung in § 48 Abs. 1 KVBG abweichen. Auch zur Begründung von Allgemeinwohlerwägungen im Rahmen von Grundabtretungsverfahren kann die Bedarfsfeststellung in § 48 Abs. 1 KVBG nicht herangezogen werden. Für die Betroffenen ist es unzumutbar und damit unangemessen, wenn sie ihr Grundeigentum opfern müssten, obwohl geltende Klimaziele durch die dem § 48 KVBG vorschwebende Fördermenge verfehlt würden.

Das Bundesverfassungsgericht hat die gegen § 48 KVBG gerichtete Verfassungsbeschwerde unter Verweis auf die den von Umsiedlung Betroffenen offenstehenden weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten nicht zur Entscheidung angenommen. Es bleibt nun abzuwarten, wie die neue Leitentscheidung der Landesregierung NRW für Garzweiler II sowie die nachfolgend anstehenden staatlichen Entscheidungen zur Änderung des Braunkohlenplans und der für die Weiterführung des Tagebaus nötigen bergrechtlichen Zulassungen von Betriebsplänen sowie zu von RWE zu beantragenden Enteignungen von nicht verkaufswilligen Grundeigentümern ausfallen werden. Das im Dezember 2020 veröffentlichte, vom Bundeswirtschaftsministerium in Auftrag gegebene und über ein Jahr lang unter Verschluss

gehaltene Gutachten lässt jedenfalls erkennen, dass es auch unter Wahrung der Versorgungssicherheit möglich ist, weitgehend auf die Zerstörung weiterer Dörfer wie Keyenberg zu verzichten. Die Verantwortlichen sind gefordert, neue, kreative Lösungen zu finden. Andernfalls drohen für Garzweiler II ähnliche Auseinandersetzungen wie für den Tagebau Hambach. Auf welche Weise und über welchen Zeitraum hinweg der Tagebau Garzweiler II noch weitergeführt wird, dürfte Gegenstand öffentlicher, politischer und juristischer Diskussionen sowie von Gerichtsverfahren werden.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

## Feststellung der energiepolitischen Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II nach § 48 KVBG – Eine verbindliche Vorgabe für die Fachplanung

Wolf Friedrich Spieth, Niclas Hellermann\*

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2021

*Nach der Zustimmung des Bundestages zum öffentlich-rechtlichen Vertrag zur Beendigung der Braunkohleverstromung und dessen Unterzeichnung am 10. 2. 2021 steht der Ausstieg aus der Braunkohleverstromung nicht nur fest, sondern ist auch bereits in vollem Gange. Zum 31. 12. 2020 erfolgte die Stilllegung der ersten Kraftwerksblöcke im Rheinischen Revier. Dieser Ausstieg führt zu tiefen Eingriffen in die komplexe und langfristig angelegte Tagebauplanung. Die Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit ist daher für den geordneten Ausstiegsprozess und den dann noch verbleibenden Tagebaubetrieb von herausragender Bedeutung. Für den Gesetzgeber war es ein zentrales Anliegen, mit der energiepolitischen Bedarfsfeststellung für den Tagebau Garzweiler in § 48 Abs. 1 KVBG einen verlässlichen Ausstieg aus der Braunkohleverstromung abzusichern, Strukturbrüche zu vermeiden und zugleich die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Die bundesgesetzliche Bedarfsfeststellung ist für die nachfolgenden Entscheidungen und Verfahren auf Landesebene verbindlich. An ihrer verfassungsrechtlichen*

*Zulässigkeit bestehen auch angesichts der zu lösenden Ausnahme-situation keine durchgreifenden Zweifel.*

### 1. Bedarfsfeststellung als ein Eckpfeiler des Kohleausstiegs

Die gesetzliche Bedarfsfeststellung für den Tagebau Garzweiler II bildet einen Eckpfeiler des Kohleausstiegs. Gegen diese Bedarfsfeststellung richteten zuletzt *Hermes* und *Schomerus* verfassungsrechtliche Kritik.<sup>1</sup> Diese Kritik geht jedoch ins Leere, wie dieser Beitrag nachfolgend aufzeigt. Dazu erläutert er zunächst die Bedeutung der Bedarfsfeststellung und die Hintergründe des Kohleausstiegs, bevor

\* Die Autoren beraten Gesellschaften des RWE-Konzerns im Zusammenhang mit dem Kohleausstieg.

1) Materiell-rechtliche verfassungsrechtliche Kritik äußert, basierend auf einem Rechtsgutachten im Auftrag der Klimaallianz Deutschland, *Schomerus*, in: Frenz/Preuße, Kohleausstiegsgesetz: Inhalt und Folgen, 2021, S. 109 ff.; eine kompetenzrechtliche Verfassungswidrigkeit nimmt an: *Hermes*, Bundesgesetzgebungskompetenz für die Bedarfsfeststellung einer einzelnen Braunkohletagebaufäche? – Kurzgutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Februar 2021.

Dr. Wolf Friedrich Spieth, Rechtsanwalt, Sozietät Posser, Spieth, Wolfers & Partners, Berlin, Deutschland

Niclas Hellermann, LL.M., Rechtsanwalt, Sozietät Posser, Spieth, Wolfers & Partners, Berlin, Deutschland