

**Entschädigungen für Kraftwerksstilllegungen nach KVBG:  
Finanzhilfen zur Erfüllung bergrechtlicher Betreiberpflichten  
und zum (Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen**

*Gliederung*

- |  |       |
|--|-------|
| 1. Gutachtenauftrag  | S. 3  |
| 2. Kohleausstiegs- und Kohleverstromungs-<br>beendigungsgesetz, öffentlich-rechtlicher Vertrag | S. 3  |
| 3. Entschädigungsansprüche nur für die Stilllegung von<br>Braunkohlekraftwerken                | S. 4  |
| 4. Entschädigung nur für endgültige Stilllegungen bis<br>31. Dezember 2029                     | S. 6  |
| 5. Entschädigung erst bei Erfüllung des Entschädigungs-<br>tatbestandes                        | S. 11 |
| 6. Erstes Zwischenergebnis   | S. 12 |
| 7. Zweckentfremdung der „Entschädigungszahlungen“  | S. 13 |
| a) Anspruchsberechtigte ist nicht Zahlungsempfängerin  | S. 13 |
| b) „Entschädigungszahlungen“ zur Erfüllung<br>originär bergrechtlicher Betreiberpflichten      | S. 13 |
| c) Keine „Umwidmung“ der Entschädigungen für<br>Kraftwerksstilllegungen                        | S. 17 |
| d) Durchbrechung des Verursacherprinzips   | S. 19 |
| 8. „Entschädigungszahlungen“ als Finanzhilfen zum  |       |

(Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen	S. 20
a) „Erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung“ ist Zulassungsvoraussetzung	S. 21
b) Zweckgesellschaften gewährleisten „erforderliche Vorsorge“ nicht	S. 21
9. Zweites Zwischenergebnis	S. 25
10. Grenzen des öffentlich-rechtlichen Vertrages	S. 26
11. Fazit	S. 28

## **1. Gutachtauftrag**

Das Rechtsgutachten analysiert und bewertet die durch das Kohleausstiegsgesetz festgeschriebenen „Entschädigungsregelungen“ für Braunkohleanlagen einschließlich des im Entwurf vorliegenden öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen der Bundesregierung und Betreibern von Braunkohleanlagen sowie Betreibern von Braunkohlentagebauen im Hinblick insbesondere auf ihre beihilferechtliche Relevanz. Im Fokus stehen dabei die „Entschädigungsregelungen“ für die Anlagen, die von der Lausitz Energie Kraftwerk AG (LEAG KW) in der Lausitz betrieben werden.

## **2. Kohleausstiegs- und Kohleverstromungsbeendigungsgesetz, öffentlich-rechtlicher Vertrag**

Der Deutsche Bundestag hat am 3. Juli 2020 das „Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze“ (Kohleausstiegsgesetz – KAG) beschlossen.<sup>1</sup>

Das Kohleausstiegsgesetz ist ein Artikelgesetz, es enthält in seinem Art. 1 das „Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung“ (Kohleverstromungsbeendigungsgesetz – KVBG).

Die §§ 44, 45 KVBG enthalten „Entschädigungsregelungen“ für Braunkohleanlagen.

§ 49 KVBG ermächtigt die Bundesregierung darüber hinaus zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit Betreibern von Braunkohleanlagen und mit Braunkohletagebauunternehmen, durch welchen unter anderem die aus den §§ 44, 45 KVBG „folgenden Rechte

---

<sup>1</sup> Vgl. BR-Drs. 392/20.

und Pflichten zusätzlich vertraglich geregelt werden“. Insofern liegt eine Entwurfsfassung des Vertrages vom 23. Juni 2020 vor.

Art. 10 KAG enthält einen „beihilferechtlichen Vorbehalt“. Danach dürfen „die Regelungen zur Reduzierung und Beendigung der Braunkohleverstromung nach Artikel 1 Teil 5 einschließlich des gemäß dieser Vorschriften geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrages ... erst angewendet werden, wenn eine beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission vorliegt“.

Art. 1 Teil 5 KAG umfasst die im Rahmen dieses Gutachtens gegenständlichen §§ 44, 45, 49 KVBG.

### **3. Entschädigungsansprüche nur für die Stilllegung von Braunkohlekraftwerken**

a) § 44 KVBG regelt die „Entschädigung für die Stilllegung von Braunkohleanlagen“ nach Anlage 2 des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes.

Konkret sieht § 44 Abs. 1 KVBG vor, dass die RWE Power AG bzw. die LEAG KW für die endgültige und sozialverträgliche Stilllegung von Braunkohleanlagen bis zum Ablauf des 31. Dezember 2029 nach Anlage 2 einen „Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe eines Nominalbetrages von 2,6 Milliarden Euro für die Braunkohleanlagen im Rheinland“ bzw. „einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe eines Nominalbetrages von 1,75 Milliarden Euro für die Braunkohleanlagen in der Lausitz“ haben.

b) „Braunkohleanlagen“ im Sinne des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes sind ausschließlich *Braunkohlekraftwerke*. Das folgt aus § 3 Nr. 9 KVBG, der eine „Braunkohleanlage“ legaldefiniert als

*„eine Anlage zur Erzeugung von elektrischer Energie durch den*

*Einsatz von Braunkohle; wobei jedenfalls die in Anlage 2 aufgeführten Anlagen Braunkohleanlagen in diesem Sinne sind“.*

Braunkohlentagebaue sind offensichtlich keine „Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie“. Die Anlage 2 zum Kohleverstromungsbeendigungsgesetz führt dementsprechend auch allein Braunkohlekraftwerke auf, und zwar für die LEAG KW

- Jänschwalde A (465 MW<sub>el</sub> (netto))
- Jänschwalde B (465 MW<sub>el</sub> (netto))
- Jänschwalde C (465 MW<sub>el</sub> (netto))
- Jänschwalde D (465 MW<sub>el</sub> (netto))
- Boxberg N (465 MW<sub>el</sub> (netto))
- Boxberg P (465 MW<sub>el</sub> (netto))
- Lippendorf R (875 MW<sub>el</sub> (netto))
- Schwarze Pumpe A (750 MW<sub>el</sub> (netto))
- Schwarze Pumpe B (750 MW<sub>el</sub> (netto))
- Boxberg R (640 MW<sub>el</sub> (netto))
- Boxberg Q (857 MW<sub>el</sub> (netto))

c) Das heißt, *Entschädigungsansprüche* für Braunkohlentagebaue werden nach § 44 Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 9, Anlage 2 KVBG durch das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz ausdrücklich nicht begründet.

Eine anderweitige Regelung begegnete im Übrigen auch verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn in die Grundrechte der Betreiber von Braunkohlentagebauen wird durch Kraftwerksstilllegungen allenfalls mittelbar eingegriffen, so dass ihnen verfassungsrechtlich grundsätzlich keine Entschädigungsansprüche zustehen.<sup>2</sup> Etwas anderes gilt

---

<sup>2</sup> Siehe dazu *Schomerus/Franßen*, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegungen von Braun- und Steinkohlekraftwerken, 2018, S. 256 ff.

ausnahmsweise nur dann, wenn im Einzelfall von einer unzumutbaren Härte auszugehen wäre. Dazu findet sich weder etwas im Gesetz noch in dem vorliegenden Vertragsentwurf. Die Präambel des im Entwurf vorliegenden öffentlich-rechtlichen Vertrages sieht, im Gegenteil, nicht nur die künftige Inanspruchnahme des Braunkohlentagebaus Garzweiler II, sondern auch die „der anderen Tagebaue“ als energiewirtschaftlich notwendig an (siehe dazu auch unten Ziffer 10.).

– Sofern die in § 44 Abs. 1 KVBG genannten Nominalbeträge gleichwohl – wie es frühere Gesetzentwürfe zum Kohleausstiegsgesetz nahelegen – „originäre Beträge“ auch für Tagebaubetreiber enthalten, es sich also nicht nur um tatsächliche Entschädigungsbeträge für die Stilllegungen von Braunkohlekraftwerken handelt, findet das in der *Anspruchsbegründung* in § 44 Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 9, Anlage 2 KVBG keine Grundlage.

#### **4. Entschädigung nur für endgültige Stilllegungen bis 31. Dezember 2029**

a) Nach § 44 Abs. 1 KVBG gegenüber der LEAG KW zu entschädigende Stilllegungen von „Braunkohleanlagen“ in der Lausitz können nach dem Kohleverstromungsbeendigungsgesetz von vornherein nur die Stilllegungen der soeben unter Ziffer 3.b) genannten Braunkohlekraftwerke sein.

Das ebenfalls in Anlage 2 zum Kohleverstromungsbeendigungsgesetz gesetzlich festgelegte endgültige Stilllegungsdatum für die Braunkohleanlagen der LEAG KW liegt allerdings allein für die Blöcke

- Jänschwalde C
- Jänschwalde D
- Boxberg N
- Boxberg P

gemäß dem für sie in Anlage 2 genannten Stilllegungsdatum des 31. Dezember 2028 bzw. des 31. Dezember 2029 vor bzw. auf dem in § 44 Abs. 1 KVBG genannten Datum des 31. Dezember 2029.

Für die anderen in der Anlage 2 genannten Kraftwerke der LEAG KW liegt das gesetzlich vorgesehene endgültige Abschaltdatum deutlich nach dem 31. Dezember 2029, und zwar

- mit dem 31. Dezember 2035 für Lippendorf R und
- dem 31. Dezember 2038 für Schwarze Pumpe A, Schwarze Pumpe B, Boxberg R und Boxberg Q.

b) Die Blöcke

- Jänschwalde A und
- Jänschwalde B

sollen gemäß Anlage 2 am 31. Dezember 2025 bzw. 31. Dezember 2027 in die so genannte Sicherheitsbereitschaft überführt und erst am 31. Dezember 2028 endgültig stillgelegt werden.

In der Sicherheitsbereitschaft befinden sich zu einem späteren Zeitpunkt „stillzulegende Anlagen“, also gerade keine endgültig stillgelegten Anlagen. Für sie gelten dementsprechend die Regelungen des § 13g EnWG über die „vorläufige Stilllegung“. Das bedeutet:

Befinden sich Kraftwerke in der Sicherheitsbereitschaft, erhalten sie eine Vergütung nach § 13g Abs. 5, Abs. 9 EnwG.<sup>3</sup>

Jänschwalde A und Jänschwalde B sollen drei Jahre bzw. ein Jahr in der Sicherheitsbereitschaft verbleiben (vgl. Anlage 2).

Eine zusätzliche Entschädigung für den Zeitraum, in dem sich Jänschwalde A und Jänschwalde B in der Sicherheitsbereitschaft befinden, kommt schon aus Gründen der Gleichbehandlung mit anderen,

---

<sup>3</sup> Mit dem neu eingefügten § 13g Abs. 9 EnWG ist Absatz 5 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Höhe der Vergütung abweichend von Absatz 5 Satz 2 entsprechend der Formel in Anlage 2 bestimmt wird.

bereits in der Sicherheitsbereitschaft befindlichen Kraftwerken nicht in Betracht, sie wäre im Übrigen auch mangels Schadens offensichtlich nicht geboten.

Auch bei schließlich endgültiger Stilllegung von Anlagen der Sicherheitsbereitschaft sieht § 13g EnWG über die Vergütung des § 13g Abs. 5, Abs. 9 EnWG hinaus keinen weiteren Zahlungsanspruch vor.

Allein bei einer vorzeitig endgültig stillgelegten Anlage ist ausdrücklich „nur noch eine einmalige Abschlussvergütung“ zu zahlen. Diese Abschlussvergütung entspricht der Vergütung, die dem Betreiber für die stillzulegende Anlage im ersten Jahr der Sicherheitsbereitschaft erstattet wurde (vgl. § 13g Abs. 6 S. 2, 3 EnWG). Ein weitergehender Entschädigungstatbestand ist nicht vorgesehen.<sup>4</sup>

c) Das heißt: Da nach § 44 Abs. 1 KVBG ein Entschädigungsanspruch - zum einen - nur für Braunkohlekraftwerke besteht und für diese - zum anderen - auch nur, sofern sie bis zum Ablauf des 31. Dezember 2029 *endgültig stillgelegt* werden, wäre zugunsten der LEAG KW nach den gesetzlichen Regelungen des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes überhaupt nur für die Blöcke Jänschwalde C und Jänschwalde D bzw. Boxberg N und Boxberg P eine Entschädigung zu leisten.

Für alle anderen genannten Braunkohlekraftwerke der LEAG KW besteht bereits dem Grunde nach kein gesetzlicher Entschädigungsanspruch. Für die Blöcke Jänschwalde A und Jänschwalde B gelten die Regelungen der Sicherheitsbereitschaft nach dem Energiewirtschaftsgesetz mit einer danach möglichen „Abschlussvergütung“.

d) Wie der Gesetzgeber für die Blöcke Jänschwalde C, Jänschwalde D, Boxberg N und Boxberg P auf einen „Nominalbetrag von 1,75 Milliarden Euro“ als Höhe des der LEAG KW gesetzlich zustehenden

---

<sup>4</sup> Allenfalls die Regelung des § 13g Abs. 6 S. 2, 3 EnWG kann möglicherweise Anwendung auf Jänschwalde A und Jänschwalde B finden, da die beiden Blöcke statt der üblichen vier Jahre (vgl. § 13g Abs. 1 EnWG) nur drei bzw. zwei Jahre in der so genannten Sicherheitsbereitschaft bleiben sollen.

Entschädigungsanspruchs kommt, ist nicht nachvollziehbar.

Entschädigungen sind verfassungsrechtlich nur dann zu leisten, wenn unverhältnismäßig in die Rechte der Betreiber eingegriffen werden würde. Zur Ermittlung der Verhältnismäßigkeit einer eigentumsrechtlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung wiederum ist auf den Maßstab der „angemessenen Amortisation und Gewinnsicherung“ abzustellen.<sup>5</sup> Eine Prüfung anhand dieses Maßstabs ist offenbar nicht erfolgt, erst recht nicht kraftwerksscharf. Berechnungsunterlagen werden seitens der Bundesregierung nach wie vor geheim gehalten.<sup>6</sup>

In dem Gesetzentwurf zum Kohleausstiegsgesetz vom 24. Februar 2020 heißt es lediglich pauschal in Bezug auf die nun in § 44 Abs. 1 KVBG genannten Beträge von 2,6 Milliarden Euro bzw. 1,75 Milliarden Euro:

*„Die Entschädigung berücksichtigt insbesondere Stilllegungszeitpunkt, Höhe der stillgelegten Leistung und die noch zu erwartenden und entgangenen Erträge für eine bestimmte Anzahl von Jahren. Die Höhe der Entschädigung orientiert sich an der Vergütungsformel der Sicherheitsbereitschaft gemäß Anhang zum § 13g EnWG. Sie berücksichtigt entgangene Strommarkterlöse – sowohl aus der Vermarktung am Terminmarkt als auch durch den optimierten Betrieb erzielbare Mehrerlöse gegenüber einer Baseload-Fahrweise, Erlöse aus der Bereitstellung von Regelenergie und Redispatch, Wärmeerlöse genauso wie die zur Erzielung dieser Erlöse verursachten kurzfristig variablen Betriebskosten für Brennstoffe, Logistik und weitere Roh-, Hilfs-, und Betriebsstoffe und Kosten für Emissionsberechtigungen. Die sich daraus ergebende Rohmarge wird blockscharf basierend auf Stromerzeugungsmengen ermittelt. Abweichend von der Vergütung der Sicherheitsbereitschaft gemäß § 13g EnWG werden zur*

---

<sup>5</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 6. Dezember 2016 - 1 BvR 2821/11 u.a., Rn. 312 - juris.

<sup>6</sup> Siehe *ClientEarth*, Eilantrag zum Kohleausstieg: Bundesregierung hat Grundlagenarbeit zur Ermittlung der Entschädigungshöhe noch nicht abgeschlossen, Mitteilung vom 2. Juli 2020.

*Ermittlung der Entschädigung empirisch validierte typisierte Annahmen für die einzelnen Parameter zugrunde gelegt.“<sup>7</sup>*

e) Das Öko-Institut kommt in einer aktuellen Studie<sup>8</sup> zu dem Ergebnis, dass die vorgesehene Pauschalentschädigung von 1,75 Milliarden Euro für die LEAG KW unter den absehbaren Rahmenbedingungen in keinem Fall sachgerecht wäre. Für die LEAG KW betrage die Differenz zwischen der regelbasierten Entschädigung und der vorgesehenen Pauschalentschädigung vielmehr ca. eine Milliarde Euro.

Tatsächlich dürfte die Differenz sogar noch höher liegen, da das Öko-Institut offenbar die Blöcke Jänschwalde A und Jänschwalde B mit berücksichtigt, diese aber, siehe oben, am 31. Dezember 2025 bzw. 31. Dezember 2027 in die Sicherheitsbereitschaft überführt werden. Befindet sich ein Kraftwerk in der Sicherheitsbereitschaft, kommt eine zusätzliche Entschädigung zu den Vergütungsregelungen des § 13g EnWG nicht in Betracht (siehe oben).

f) Hinzukommt das Folgende: Nach § 44 Abs. 3 KVG „verbleibt es bei der Entschädigung nach Absatz 1“ unverändert auch dann, wenn eine oder mehrere Braunkohleanlagen vor den in Anlage 2 für die jeweilige Braunkohleanlage genannten Stilllegungszeitpunkten stillgelegt werden.

Das bestätigt, dass die „Entschädigungssumme“ von 1,75 Milliarden Euro tatsächlich nicht an einem Schaden bzw. enttäuschem Vertrauen und nicht amortisierten Investitionen der LEAG KW und erst recht nicht kraftwerksscharf orientiert ist. Denn bei früherer Stilllegung der Kraftwerke wären etwa jeweils eingesparte Kosten auf Grund der kürzeren Betriebsdauer wegen geringerer Wartungskosten, geringerem Brennstoffeinsatz usw. in Ansatz zu bringen.

Wenn aber unabhängig von möglichen unterschiedlichen konkreten Gegebenheiten bereits jetzt pauschal dieselbe „Entschädigungssumme“

---

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 138f.

<sup>8</sup> Öko-Institut, „Einordnung der geplanten Entschädigungszahlungen für die Stilllegungen deutscher Braunkohlekraftwerke im Kontext aktueller Entwicklungen“, Juni 2020.

festgeschrieben wird, handelt es sich mindestens bei einem Teilbetrag der 1,75 Milliarden Euro tatsächlich nicht um eine Entschädigung im Rechtssinne.

Das wiederum bedeutet, dass in diesem Betrag nicht allein tatsächliche Entschädigungen für gesetzliche Stilllegungen von Braunkohlekraftwerken, sondern - ohne gesetzliche Grundlage und entgegen dem Verfassungsrecht - auch „originäre Beträge“ für Tagebaubetreiber enthalten sind (siehe dazu oben Ziffer 3. c)).

#### **5. Entschädigung erst bei Erfüllung des Entschädigungstatbestandes**

§ 45 KVBG ist mit „Auszahlungsmodalitäten“ überschrieben.

Gemäß § 45 Abs. 1 S. 1 KVBG wird „die Entschädigung nach § 44 Absatz 1 in 15 gleich großen jährlichen Raten jeweils zum 31. Dezember über einen Zeitraum von 15 Jahren gezahlt, beginnend mit dem Ende des Jahres, in dem erstmals .. eine Braunkohleanlage der Lausitz Energie Kraftwerk AG, endgültig stillgelegt oder in die Sicherheitsbereitschaft überführt wird“. Die erste Rate soll am 31. Dezember 2025 gezahlt werden (vgl. § 45 Abs. 1 S. 2 KVBG).

Gesetzlicher Entschädigungstatbestand nach § 44 Abs. 1 KVBG ist jedoch, siehe oben, ausdrücklich die *endgültige Stilllegung* eines Braunkohlekraftwerks, *nicht die vorläufige Stilllegung* im Rahmen der so genannten Sicherheitsbereitschaft (siehe auch § 13g Abs. 1 S. 1 EnWG).

Anders ausgedrückt, eine Entschädigungszahlung vor Erfüllung des Entschädigungstatbestandes des § 44 Abs. 1 KVBG kommt nicht in Betracht.

Das wiederum heißt, eine erste Rate wäre frühestens am 31. Dezember 2028 bei der gesetzlich vorgesehenen endgültigen Stilllegung der Blöcke C und D von Jänschwalde zulässig.

Sollte gleichwohl, wie noch in § 45 Abs. 1 S. 2 KVBG vorgesehen, bereits zum 31. Dezember 2025 ein Betrag an die LEAG KW gezahlt werden, erfolgte das – unabhängig von der Höhe - nicht zum Ausgleich eines Schadens bzw. enttäuschten Vertrauens, also nicht in Erfüllung eines Entschädigungsanspruchs, sondern als staatliche Finanzhilfe zum weiteren Betrieb der Braunkohleraftwerke.

## **6. Erstes Zwischenergebnis**

Das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz begründet in § 44 Abs. 1 einen Entschädigungsanspruch allein für Braunkohlekraftwerke, die bis zum 31. Dezember 2029 endgültig stillgelegt werden. In Bezug auf die LEAG KW werden diese Voraussetzungen gemäß dem gesetzlich vorgesehenen Abschaltplan nur durch die Blöcke Jänschwalde C, Jänschwalde D, Boxberg N und Boxberg P erfüllt.

Der in § 44 Abs. 1 KVBG zugunsten der LEAG KW pauschal genannte Betrag in Höhe von 1,75 Milliarden Euro wird nicht hergeleitet und ist nach aktuellen Studien deutlich zu hoch. § 44 Abs. 3 KVBG bestätigt die fehlende Herleitung nochmals eindrücklich.

Unabhängig von der Höhe kommt eine Entschädigungszahlung gemäß den „Auszahlungsmodalitäten“ des § 45 Abs. 1 KVBG, das heißt vor Erfüllung des Entschädigungstatbestandes des § 44 Abs. 1 KVBG, mithin vor der „endgültigen Stilllegung“ einer Anlage, nicht in Betracht. Eine erste Rate einer Entschädigungszahlung wäre überhaupt frühestens am 31. Dezember 2028 bei endgültiger Stilllegung der Blöcke C und D von Jänschwalde zulässig.

## **7. Zweckentfremdung der „Entschädigungszahlungen“**

### **a) Anspruchsberechtigte ist nicht Zahlungsempfängerin**

Gemäß § 44 Abs. 2 S. 1 KVBG ist „der Anspruch der LEAG KW durch Zahlungen der Entschädigung an die Lausitz Energie Vorsorge- und Entwicklungsgesellschaft Brandenburg GmbH & Co. KG

(Zweckgesellschaft Brandenburg) und die Lausitz Energie Vorsorge- und Entwicklungsgesellschaft Sachsen GmbH & Co. KG (Zweckgesellschaft Sachsen) zu erfüllen, wobei der Zahlungseingang bei den Zahlungsempfängern jeweils als Kapitaleinlage verbucht werden soll“.

Die quotale Aufteilung der Entschädigungszahlung zwischen den Zweckgesellschaften nach Satz 1 soll die LEAG KW mit dem Land Brandenburg und dem Freistaat Sachsen gemeinsam abstimmen und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie rechtzeitig vor Auszahlungsbeginn, möglichst aber noch im Jahr 2020 mitteilen (§ 44 Abs. 2 S. 2 KVBG).

Mit anderen Worten, Zahlungsempfängerin ist nicht die nach § 44 Abs. 1 KVBG auf Grund der gesetzlichen Stilllegung von Braunkohlekraftwerken anspruchsberechtigte LEAG KW. Zahlungsempfänger des Gesamtbetrages von 1,75 Milliarden Euro sollen nach § 44 Abs. 2 S. 1 KVBG vielmehr eine „Zweckgesellschaft Brandenburg“ und eine „Zweckgesellschaft Sachsen“ sein.

#### **b) „Entschädigungszahlungen“ zur Erfüllung originär bergrechtlicher Betreiberpflichten**

aa) Mit den beiden „Zweckgesellschaften“ hat es Folgendes auf sich:

Die Lausitz Energie Bergbau AG (LE-B) betreibt in Brandenburg die Braunkohlentagebaue Welzow-Süd und Jänschwalde sowie in Sachsen die Braunkohlentagebaue Nochten und Reichwalde. Die Folgekosten des dortigen Kohleabbaus muss nach dem Bundesberggesetz der Bergbaubetreiber, also die LE-B, tragen.<sup>9</sup>

Das ist Ausdruck des Verursacherprinzips, das umweltrechtliches Leitprinzip und darüber hinaus primärrechtlich in Art. 191 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

---

<sup>9</sup> So ausdrücklich auch der Abschlussbericht der *Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“*, Beschluss v. 26. Januar 2019, S. 83

verbindlich verankert ist.<sup>10</sup>

Der LE-B obliegt mithin originär die Erfüllung der bergrechtlichen Pflichten aus § 55 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BBergG.

Das heißt, die LE-B ist in Brandenburg und Sachsen insbesondere zur „erforderlichen Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung der Oberfläche“ sowie zur Vermeidung und Beseitigung „gemeinschädlicher Einwirkungen“ verpflichtet (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und Nr. 9 BBergG). Die Erfüllung dieser Pflichten durch die LE-B ist nicht disponibel.

bb) Erstere Pflicht umfasst unter anderem Renaturierungs- und Rekultivierungsmaßnahmen für die in Anspruch genommenen Flächen. Eine ordnungsgemäße Gestaltung der Oberfläche im Sinne des Bergrechts liegt dabei erst und nur dann vor, wenn die vom Bergbau in Anspruch genommene Fläche (wieder) in einem Zustand ist, der sich für eine andere sinnvolle bzw. entsprechend planerisch festgesetzte Nutzung eignet.<sup>11</sup>

Die Wiedernutzbarmachung ist integrierter Teil bergbaulicher Tätigkeit insbesondere auch mit Blick auf die Erfordernisse eines modernen Umweltschutzes.<sup>12</sup>

cc) Die Pflicht zur Vermeidung und Beseitigung „gemeinschädlicher Einwirkungen“ gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 BBergG umfasst die Kompensation der durch die bergbauliche Tätigkeit verursachten schädlichen Einwirkungen insbesondere auch auf den Wasserhaushalt oder die Wasserqualität betroffener Gewässersysteme.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Das Verursacherprinzip prägt über Art. 11 AEUV im Übrigen auch die Handhabung des Beihilfenverbotes, siehe dazu unten Ziffer 7. c).

<sup>11</sup> Siehe nur BVerwG, Urt. v. 14. April 2005, 7 C 26.03, BVerwGE 123, 247 ff. (Tongrube II).

<sup>12</sup> BT-Drs. 8/1315, S. 76.

<sup>13</sup> Siehe BVerwG, Urt. v. 9. November 1995, 4 C 25/94, BVerwGE 100, 31, 35 (Rammelsberg); BVerwG, Urt. v. 18. Dezember 2014, 7 C 22/12, ZfB 2015, 29 (Meggen); von *Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 103, 145 sowie *Ziehm*, Sicherstellung der Finanzierung von Nachsorgepflichten im Lausitzer Revier, Gutachten im Auftrag von Greenpeace e.V., Oktober 2018.

Nach den Empfehlungen der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ ist dementsprechend ausdrücklich auch das Wassermanagement insbesondere für die Spree abzusichern.<sup>14</sup>

dd) Zur Vermeidung (oder Umgehung) der nach § 56 Abs. 2 BBergG eigentlich festzusetzenden Sicherheitsleistungen hat das Land Brandenburg am 1. Juli 2019 mit der LE-B einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen, die so genannte „Vorsorgevereinbarung zur Sicherung der Wiedernutzbarmachungs- sowie etwaiger Nachsorgepflichten für die Tagebaue Welzow-Süd und Jänschwalde“ (kurz „Vorsorgevereinbarung Welzow-Süd/Jänschwalde“).<sup>15</sup>

Der Freistaat Sachsen hat am 30. November 2018 seinerseits mit der LE-B die so genannte „Vorsorgevereinbarung zur Sicherung der Wiedernutzbarmachungs- sowie etwaiger Nachsorgepflichten für die Tagebaue Nochten und Reichwalde“ (kurz „Vorsorgevereinbarung Nochten/Reichwalde“)<sup>16</sup> geschlossen.

Gegenstand der „Vorsorgevereinbarungen“ zwischen dem Land Brandenburg bzw. dem Freistaat Sachsen und der LE-B ist „die finanzielle Absicherung der Wiedernutzbarmachungs- sowie etwaiger Nachsorgepflichten der LE-B für die Tagebaue Welzow-Süd und Jänschwalde“ bzw. „die finanzielle Absicherung der Wiedernutzbarmachungs- sowie etwaiger Nachsorgepflichten der LE-B für die Tagebaue Nochten und Reichwalde“ (jeweils § 1 der „Vorsorgevereinbarungen“).

Die Notwendigkeit der „Vorsorgevereinbarungen“ aus 2018 und 2019 wird - ausdrücklich - damit begründet, dass auf Grund geänderter Randbedingungen gegenüber den Vorjahren und da die LE-B nach Auslauf der derzeit betriebenen Braunkohlentagebaue bisher keine

---

<sup>14</sup> Abschlussbericht der *Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“*, S. 83.

<sup>15</sup> Vgl. [https://lbgr.brandenburg.de/media\\_fast/4055/Vorsorgevereinbarung.pdf](https://lbgr.brandenburg.de/media_fast/4055/Vorsorgevereinbarung.pdf), zuletzt abgerufen am 4. August 2020.

<sup>16</sup> Vgl. [https://www.oba.sachsen.de/download/Vorsorgevereinbarung\\_LEAG.pdf](https://www.oba.sachsen.de/download/Vorsorgevereinbarung_LEAG.pdf), zuletzt abgerufen am 4. August 2020.

Anschlussinvestitionen in weitere Tagebaue vorgesehen habe, „ein gestiegenes Sicherungsbedürfnis für das Land Brandenburg in Bezug auf die Finanzierung der durchzuführenden Wiedernutzbarmachungsleistungen“ bestehe (vgl. Präambel „Vorsorgevereinbarung“ Brandenburg) bzw. damit, dass nach Auffassung des sächsischen Oberbergamtes inzwischen ein gestiegenes staatliches Sicherungsbedürfnis bestehe und dieses Sicherungsbedürfnis im Wesentlichen darauf beruhe, dass die LE-B nach Auslauf der gegenwärtig betriebenen Tagebaue keine Anschlussinvestitionen in andere Geschäftsfelder vorgesehen habe, die zu Erlösen aus dem laufenden Geschäftsbetrieb für den langen Zeitraum der bergrechtlichen Wiedernutzbarmachungs- und Nachsorgeleistung führen könnten. Aus Sicht des sächsischen Oberbergamtes entspreche es daher pflichtgemäßen Ermessen, eine Sicherheit für die Wiedernutzbarmachung i.S.v. § 56 Abs. 2 BBergG zu fordern (vgl. Präambel „Vorsorgevereinbarung“ Sachsen).

Nach den „Vorsorgevereinbarungen“ vom 1. Juli 2019 bzw. 30. November 2018 sollen durch die LE-B Zweckgesellschaften mit einem Sondervermögen gegründet werden. Zur Errichtung dieses Sondervermögens sollen von der LE-B „bestimmte Vermögensgegenstände“ übertragen werden (vgl. § 2 der „Vorsorgevereinbarungen“). Die Vermögenswerte können in Form „liquider Mittel oder geeigneter Sachwerte als Sockelbetrag“ in die Zweckgesellschaft eingebracht werden, für die Folgejahre sollen jährlich „weitere Vermögenswerte“ durch die LE-B an die Zweckgesellschaften zugeführt werden (vgl. § 3 der „Vorsorgevereinbarungen“).

Diese jährlichen Zuführungen sollen aus „Liquidität aus dem laufenden Cashflow der LE-B“ oder „anderen geeigneten Vermögenswerten der LE-B“ sowie „Erträgen des Sondervermögens“ bestehen (vgl. § 3 der „Vorsorgevereinbarungen“).

ee) Zwischenzeitlich sind auf dieser Grundlage die Lausitz Energie Vorsorge- und Entwicklungsgesellschaft Brandenburg GmbH & Co. KG

(Zweckgesellschaft Brandenburg) und die Lausitz Energie Vorsorge- und Entwicklungsgesellschaft Sachsen GmbH & Co. KG (Zweckgesellschaft Sachsen) gegründet worden.

Sie sind die in § 44 Abs. 2 S. 1 KVBG vorgesehenen Zahlungsempfänger der „Entschädigungszahlungen“ nach § 44 Abs. 1 KVBG. Die staatlichen „Entschädigungszahlungen“ in Höhe von 1,75 Milliarden Euro dienen damit der Gewährleistung der Erfüllung originärer bergrechtlicher Betreiberpflichten durch die LE-B, sie sind Finanzhilfen zur Erfüllung originärer bergrechtlicher Betreiberpflichten.

### **c) Keine „Umwidmung“ der Entschädigungen für Kraftwerksstilllegungen**

Die an die Zweckgesellschaften nach § 44 Abs. 2 KVBG vorgesehenen staatlichen Zahlungen für Kraftwerksstilllegungen können auch nicht etwa in Entschädigungszahlungen für die Stilllegung von Braunkohlentagebauen „umgewidmet“ werden.

Das scheidet bereits nach dem eindeutigen Wortlaut des § 44 Abs. 1 i.V.m. Anlage 2 KVBG aus. Dieser legt allein und ausdrücklich Entschädigungszahlungen für die endgültige Stilllegung von Braunkohlekraftwerken per Gesetz fest (siehe oben).

Dass es zwischen dem Betrieb von Braunkohlekraftwerken und Braunkohlentagebauen einen grundsätzlichen Zusammenhang gibt, ändert daran nichts. Denn aus diesem Zusammenhang könnte allenfalls und überhaupt nur dann und nur insoweit ein Entschädigungsanspruch der Braunkohlentagebaubetreiber für die Stilllegung von Braunkohlentagebauen abgeleitet werden, als spezifisch durch eine frühere Stilllegung der Tagebaue höhere Kosten bedingt sind, die mithin nicht im regulären Betriebsablauf anfallen.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Siehe *Frenz*, a.a.O., S. 852; *ders.*, Kohleausstieg und Braunkohletagebau,

Darum geht es bei den durch § 44 Abs. 1 KVBG begründeten Ansprüchen der LEAG KW aber offensichtlich nicht. Weder das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz noch das Kohleausstiegsgesetz im Übrigen regeln „Wiedernutzbarmachungskosten in Folge einer vorzeitigen Stilllegung oder Verkleinerung von Tagebauen“.

Im Gegenteil heißt es sogar in der Präambel des Entwurfs für einen „öffentlich-rechtlichen Vertrag zur Reduzierung und Beendigung der Braunkohleverstromung in Deutschland“ vom 23. Juni 2020:

*„Die Bundesrepublik Deutschland geht auf Grundlage der Angaben der Anlagenbetreiber davon aus, dass vorbehaltlich der Überprüfungen in den Jahren 2022, 2026, 2029 und 2032 die an den Stilllegungspfad angepassten Revierkonzepte und die darin vorgesehene Inanspruchnahme auch der anderen Tagebaue energiewirtschaftlich notwendig sind.“*

„Andere Tagebaue“ meint in diesem Zusammenhang „andere als Garzweiler II“.

Das bestätigt, dass, jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt, keine vorzeitigen Tagebaustilllegungen geplant sind, mithin eine Entschädigung im Hinblick auf Braunkohlentagebaue nicht nur gesetzlich nicht vorgesehen ist, sondern derzeit auch unter keinem Gesichtspunkt in Betracht kommt.

#### **d) Durchbrechung des Verursacherprinzips**

aa) Das Verursacherprinzip ist in Art. 191 Abs. 2 AEUV verbindlich normiert. Es zielt darauf ab, diejenigen als Verantwortliche für

---

DVBI 2019, 467, 468, sowie etwa auch Ziffer 4.3 der „Vorsorgevereinbarung“ zwischen dem Land Brandenburg und der LE-B vom Juli 2019, dort heißt es: „Die LEAG verpflichtet sich bzw. wird darüber hinaus dafür Sorge tragen, dass sämtliche staatliche Entschädigungszahlungen, die LE-B oder mit ihr verbundene Unternehmen als Entschädigung für *Wiedernutzbarmachungskosten in Folge einer vorzeitigen Stilllegung oder Verkleinerung der Tagebaue Welzow-Süd und Jänschwalde* erhält bzw. erhalten, auf ein gesondertes Konto der Zweckgesellschaft eingezahlt werden.“

Vermeidung, Verringerung oder Beseitigung von Umweltbelastungen heranzuziehen, die sie verursacht haben (polluter pays principle).

Dem Verursacherprinzip liegt die Grundannahme zugrunde, dass es allgemeinen Grundsätzen der Lasten- und Verteilungsgerechtigkeit widerspricht, wenn die Allgemeinheit für Kosten einstehen muss, die durch Einzelne, das heißt auch und gerade durch einzelne Unternehmen, verursacht wurden.<sup>18</sup> Zudem soll auf diese Weise eine Internalisierung externer Kosten erfolgen, um falsche Kostensignale zu vermeiden.<sup>19</sup>

Das Verursacherprinzip prägt als umweltrechtliches Leitprinzip über Art. 11 AEUV auch die Handhabung des Beihilfenverbotes.<sup>20</sup>

Das Verursacherprinzip wird dort bewusst durchbrochen, wo eindeutig erkennbare Verursacher durch Subventionen (Finanzhilfen, Steuervergünstigungen usw.) begünstigt werden.<sup>21</sup> So liegt es hier.

bb) Der LE-B obliegen gegenüber dem Land Brandenburg und dem Freistaat Sachsen (und den dortigen Steuerzahlern) Wiedernutzbarmachungs- und Rekultivierungsverpflichtungen sowie weitere bergrechtliche Nachsorgepflichten. Die LE-B hat diese Pflichten als Verursacherin zu tragen. Die genannten Pflichten können nicht durch Zuwendungen seitens der Staates „erfüllt“ werden.

Das aber geschieht durch § 44 Abs. 2 KVBG, wonach die Auszahlung des in § 44 Abs. 1 KVBG festgeschriebenen „Entschädigungsbetrags“ tatsächlich und ausschließlich an die „Zweckgesellschaft Brandenburg“ und die „Zweckgesellschaft Sachsen“ für die Deckung der Kosten der

---

<sup>18</sup> *Appel*, Europäisches Umweltverfassungsrecht, in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 39; *Sparwasser/Bender/Voßkuhle*, Umweltrecht, 2003, § 2 Rn. 31.

<sup>19</sup> *Appel*, a.a.O., Rn. 39; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 191 AEUV Rn. 36.

<sup>20</sup> *Frenz*, Die Beihilferechtskonformität des Kohleausstiegsgesetzes vor dem Hintergrund des Klimaschutzes, DVBI 2020, 849, 852; *Calliess*, a.a.O., Art. 191 AEUV Rn. 40; *Heselhaus*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 191 AEUV Rdnr. 79.

<sup>21</sup> *Appel*, a.a.O., Rn. 41; *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 3 Rn. 152; *Magiera*, in: Rengeling, (Hrsg.), Handbuch der Europäischen und Deutschen Umweltrechts, Bd. 1, 2002, § 37 Rn. 10 ff.

Rekultivierung und Wiedernutzbarmachung der Tagebaue verwendet werden soll.

Diese Kosten sind indes im regulären Betriebsablauf angefallen und fallen weiter im regulären Betriebsablauf an, sie bilden einen Ausdruck des Verursacherprinzips und müssen damit von der LE-B getragen werden. Der Staat darf sich durch - vermeintliche - „Entschädigungszahlungen“ nicht an die Stelle der originär bergrechtlich verantwortlichen LE-B setzen.

Die EU-Kommission stuft staatliche Zuwendungen zutreffend als unzulässige Beihilfe ein, wenn sie entgegen dem Verursacherprinzip erfolgen.<sup>22</sup>

#### **8. „Entschädigungszahlungen“ als Finanzhilfen zum (Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen**

Die durch § 44 Abs. 2 KVBG vorgesehene Zweckentfremdung von „Entschädigungszahlungen“ bedeutet indes nicht „nur“ eine Durchbrechung des Verursacherprinzips, sie stellt zugleich eine Gewährung staatlicher Finanzhilfen zugunsten der LE-B zum (Weiter)Betrieb ihrer Braunkohlentagebaue dar. Das ergibt sich aus Folgendem:

##### **a) „Erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung“ ist Zulassungsvoraussetzung**

---

<sup>22</sup> Siehe *Mitteilung der EU-Kommission*, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. 2014 C 200, S. 1 (Rn. 43 mit Fn. 40) sowie *Frenz*, a.a.O., S. 852.

§ 55 Abs. 1 S. 1 BBergG normiert nicht lediglich bergrechtliche Betreiberpflichten, die nach Betriebsbeginn und in der Zukunft zu erfüllen sind. Die Vorschrift enthält vielmehr in Gestalt dieser bergrechtlichen Betreiberpflichten die *Voraussetzungen für die Zulassung bergrechtlicher Betriebspläne*, mithin auch für die Zulassung von Hauptbetriebsplänen für die (weitere) Auskohlung von Braunkohlentagebauen.

Gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BBergG ist ein Braunkohlentagebaubetreiber demnach nicht nur verpflichtet, die „erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung der Oberfläche in dem nach den Umständen gebotenen Ausmaß“ zu treffen. Vielmehr darf die Zulassung eines Betriebsplans für die (weitere) Auskohlung seitens des zuständigen Bergamtes überhaupt nur dann erteilt werden, wenn „die erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung der Oberfläche in dem nach den Umständen gebotenen Ausmaß getroffen ist“.

Die „erforderliche Vorsorge“ muss im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung und während des gesamten Betriebs sichergestellt sein, sie darf nicht auf einen ungewissen Zeitpunkt in der Zukunft verschoben werden. In den Betriebsplänen für die Errichtung und Führung eines Braunkohlentagebaus sind folglich Vorsorgemaßnahmen zur Wiedernutzbarmachung in dem erforderlichen Umfang und in dem nach den Umständen gebotenen Ausmaß zu treffen.<sup>23</sup>

#### **b) Zweckgesellschaften gewährleisten „erforderliche Vorsorge“ nicht**

Die zwischen der LE-B und dem Land Brandenburg bzw. dem Freistaat Sachsen geschlossenen „Vorsorgevereinbarungen“ mit ihren jeweiligen Zweckgesellschaften (siehe oben Ziffer 7.b)dd)) erfüllen die Zulassungsvoraussetzung des § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 nicht. Im Rahmen der „Vorsorgevereinbarungen“ ist das finanzielle Risiko schon nicht

---

<sup>23</sup> Vgl. von Mäßenhausen, a.a.O., § 55 Rn. 91.

ausreichend ermittelt worden.

Die Zweckgesellschaften gewährleisten darüber hinaus weder von ihrer Konstruktion her noch von der Höhe der ihnen zur Verfügung stehenden Gelder eine hinreichende, insbesondere einer Sicherheitsleistung nach § 56 Abs. 2 BBergG auch nur annähernd gleichwertige Sicherheit, die gewährleistet, dass nicht die öffentliche Hand, sprich das Land Brandenburg und der Freistaat Sachsen, im Falle mangelnder Leistungsfähigkeit oder -willigkeit der LE-B Sicherungs-, Sanierungs- und Entsorgungskosten, mit anderen Worten die erheblichen Kosten einer Ersatzvornahme unter anderem zur Wiedernutzbarmachung der Oberfläche tragen müssen.<sup>24</sup>

Mangels „erforderlicher Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung“ durch die Zweckgesellschaften fehlte und fehlt es an einer maßgeblichen, nicht disponiblen Zulassungsvoraussetzung - beispielsweise für den im Dezember 2019 zugunsten der LE-B zugelassenen Hauptbetriebsplan Welzow-Süd für den Weiterbetrieb von 2020 - 2022.<sup>25</sup>

Dieser Mangel kann durch zweckentfremdete staatliche „Entschädigungszahlungen“, die nach § 44 Abs. 1 KVBG für die Stilllegung von Braunkohlekraftwerken gewährt werden, nicht geheilt werden.

Die durch § 44 Abs. 2 KVBG beabsichtigten staatlichen Zahlungen an die Zweckgesellschaften bestätigen, im Gegenteil, die bislang unzureichende „erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung“ durch eben die Zweckgesellschaften und damit das Fehlen einer maßgeblichen Zulassungsvoraussetzung für den (weiteren) Betrieb von

---

<sup>24</sup> Zu Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung siehe BVerwG, Urt. v. 13. März 2008, 7 C 44.07, BVerwGE 131, 11, Rn 27; *Giesberts*, in: BeckOK Umweltrecht, 46. Ed. 1. April 2018, BImSchG § 12 Rn. 19; *Mann*, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, 85. EL Dez. 2017, BImSchG, § 12 Rn. 78; *von Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 34; *Keienburg*, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, 243, 244

<sup>25</sup> Der BUND Landesverband Brandenburg e.V. hat deshalb gegen die Zulassung dieses Hauptbetriebsplans Widerspruch eingelegt. Das Verfahren ist unverändert beim Landesamt für Bergbau, Geologie und Rohstoffe anhängig.

Braunkohlentagebauen:

aa) Es ist bereits unbekannt, welche Vermögensgegenstände überhaupt seitens der LE-B in die Zweckgesellschaften konkret eingebracht werden sollen. Unbekannt ist auch das jeweilige weitere Ansparkonzept. Die insoweit jeweils maßgebliche Anlage 3 mit dem Ansparkonzept zur jeweiligen „Vorsorgevereinbarung“ wird geheim gehalten.<sup>26</sup>

Feststeht allerdings, dass der vereinbarte „Sockelbetrag“ zur Absicherung keinesfalls ausreicht, sondern weitere jährliche Zuführungen erforderlich sind (vgl. § 3 der „Vorsorgevereinbarungen“).

bb) Die jährlichen Mittelzuführungen zum Sondervermögen der Zweckgesellschaften sollen nach den „Vorsorgevereinbarungen“ aus dem „laufenden Cashflow“ der LE-B erfolgen.

Anders ausgedrückt: Das, was – siehe nur die Präambeln der „Vorsorgevereinbarungen“ - als Grund gerade für ein (erhöhtes) Sicherheitsbedürfnis angeführt wird, soll zugleich die Grundlage einer (vermeintlichen) Absicherung sein. Das ist ein Zirkelschluss.

Darüber hinaus: Nach ihren eigenen Angaben verfügt etwa die Landesregierung Brandenburg explizit über keinerlei eigene Prüfberichte o.ä. im Hinblick auf die Absicherung der Folgekosten des Braunkohlentagebaus Welzow-Süd durch die LE-B.<sup>27</sup>

Das heißt, die dem Ansparkonzept der Zweckgesellschaften zugrundeliegenden Annahmen sind ausschließlich solche der LE-B und keiner (unabhängigen) Überprüfung unterzogen worden.

Es fehlt damit an jeglicher Absicherung, dass Erträge aus dem Geschäftsbetrieb der LE-B überhaupt und in ausreichender Höhe

---

<sup>26</sup> Im Rahmen eines im Hinblick auf den Braunkohlentagebau Welzow-Süd anhängigen UIG-Verfahrens des BUND Landesverband Brandenburg e.V. wird die Herausgabe des Ansparkonzepts durch das Land Brandenburg bis auf einen geringen und nicht aussagekräftigen Teil auf Grund angeblicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bislang verweigert.

<sup>27</sup> Mitteilungen des Landesamtes für Bergbau, Geologie und Rohstoffe in Brandenburg vom 10. und 28. Oktober 2019 an die Unterzeichnende im Rahmen des genannten UIG-Verfahrens.

generiert und dem Sondervermögen in Gestalt der Zweckgesellschaften der LE-B zugeführt und dort erhalten werden. Ebenso wenig gibt es eine Sicherheit dafür, dass sodann Erträge überhaupt und in ausreichender Höhe allein aus dem Sondervermögen erzielt und erhalten werden.<sup>28</sup>

cc) Geheim gehalten werden im Übrigen auch die Anlagerichtlinien (jeweils Anlage 4 der „Vorsorgevereinbarungen“).

Es ist davon auszugehen, dass danach weder hochriskante Anlageformen noch Investitionen in Zusammenhang etwa mit Kohleabbau- und –verstromungsaktivitäten ausgeschlossen sind.

Die Zweckgesellschaften sind überdies noch nicht einmal an die (unbekannten) Anlagerichtlinien gebunden. Die LE-B soll vielmehr lediglich „im Rahmen des rechtlich Zulässigen und Möglichen darauf hinwirken, dass die Zweckgesellschaft die Vorgaben der Anlagerichtlinie enthält“ (vgl. § 4 der „Vorsorgevereinbarungen“).

Sanktionen bei Nichteinhaltung sind ebenso wenig wie staatliche Aufsichtsmöglichkeiten über die Anlagepraxis der Zweckgesellschaften vorgesehen.

Damit fehlt es an jeglicher Sicherheit und Sicherstellung dahingehend, dass auch nur der „Sockelbetrag“ über Jahrzehnte oder gar unbegrenzt erhalten und verfügbar bleibt.

dd) Das – und mithin das Fehlen der Zulassungsvoraussetzung des § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BBergG - bestätigt übrigens der Gesetzgeber selbst nicht nur durch die Zweckentfremdung der Zahlungen als solche, sondern eindrücklich auch noch durch folgende Regelung:

Auf Anforderungen des Landes Brandenburg oder des Freistaates Sachsen soll ein Teil der Entschädigung der LEAG KW nach § 44 Abs. 1 KVBG nicht an die „unsicheren“ Zweckgesellschaften, sondern „direkt an im Einvernehmen mit der Bundesrepublik Deutschland bestellte

---

<sup>28</sup> Siehe demgegenüber beispielsweise die detaillierten und strengen Vorgaben in §§ 66, 72, 77a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) zum Erhalt und zur Aufsicht eines internen Sicherungsvermögens bei Versicherungen.

Treuhänder“ gezahlt werden (§ 44 Abs. 2 S. 3 KVBG). Der Gesetzgeber hat danach offenbar selbst bereits jetzt Zweifel, dass eine ausreichende und langfristige Sicherung der Gelder durch die Zweckgesellschaften gewährleistet werden wird.

### **9. Zweites Zwischenergebnis**

Nach § 44 Abs. 1 KVBG für die gesetzliche Stilllegung von Braunkohlekraftwerken vorgesehene Entschädigungszahlungen werden mit Blick auf die Braunkohlekraftwerke in der Lausitz durch die Regelung des § 44 Abs. 2 KVBG zweckentfremdet.

Sie sollen zur Erfüllung originär bergrechtlicher Betreiberpflichten der LE-B als Braunkohlentagebaubetreiberin in der Lausitz zugute kommen. Damit setzt der Staat sich an die Stelle der eigentlich Verpflichteten. Das bedeutet eine Durchbrechung des Verursacherprinzips.

Zugleich ermöglicht der Staat mit der Zweckentfremdung der Entschädigungszahlungen den (Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen in der Lausitz, indem auf diese Weise das Fehlen der bergrechtlichen Zulassungsvoraussetzung der „erforderlichen Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung“ geheilt werden soll.

Die Entschädigungszahlungen für Kraftwerksstilllegungen sind somit tatsächlich staatliche Finanzhilfen zur Erfüllung bergrechtlicher Betreiberpflichten und zum (Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen. Die beihilferechtliche Relevanz ist offensichtlich.

§ 45 Abs. 2 S. 1 KVBG ändert an der Ermöglichung des weiteren Betriebs übrigens nichts. Danach kann die Auszahlung der „Entschädigungszahlungen“ an die Zweckgesellschaften „verweigert werden, wenn im Auszahlungszeitpunkt die Finanzierung der bergrechtlichen Verpflichtungen durch die jeweiligen Anlagen- und Tagebaubetreiber aus Gründen der finanziellen Leistungsfähigkeit unmittelbar gefährdet ist“.

An der Zulassungsvoraussetzung des § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7, an der „erforderlichen Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung“, fehlt es aber nicht erst dann, wenn die finanzielle Leistungsfähigkeit unmittelbar gefährdet ist, die Insolvenz also sozusagen vor der Tür steht. Grund der Vorschrift ist vielmehr das allgemeine, latent vorhandene Liquiditätsrisiko. § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BBergG setzt nicht erst bei unmittelbar begründeten Zweifel an der Liquidität eines Betreibers, sondern, um die Erfüllung bergrechtlicher Betreiberpflichten gerade auch in der Zukunft zu gewährleisten, im Vorfeld bzw. bei Beginn der bergrechtlichen Tätigkeit an.

#### **10. Grenzen des öffentlich-rechtlichen Vertrages**

§ 49 KVBG ermächtigt die Bundesregierung zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit Betreibern von Braunkohleanlagen und mit Braunkohletagebauunternehmen, „mit dem die aus den §§ 40 bis 47 folgenden Rechte und Pflichten zusätzlich vertraglich geregelt werden, in dem im Zusammenhang mit der Reduzierung und Beendigung der Braunkohleverstromung Regelungen zu den Planungs- und Genehmigungsverfahren, zur bergrechtlichen Verantwortung der Tagebaubetreiber und zur sozialverträglichen Umsetzung geregelt werden, in dem die Verwendung der Entschädigung geregelt wird, in dem die Voraussetzungen und Rechtsfolgen bei Änderungen der Verhältnisse geregelt werden und in dem Rechtsbehelfsverzichte der Betreiber geregelt werden“.

Die bergrechtliche Verantwortung der Tagebaubetreiber kann allerdings nicht allein durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abbedungen oder auch nur geändert werden. Maßgeblich ist und bleibt insoweit zunächst das Bundesberggesetz. Entsprechendes gilt mit Blick auf „Regelungen zu den Planungs- und Genehmigungsverfahren“. Auch insofern ist und bleibt das Bundesberggesetz zusammen etwa mit dem UVP-Gesetz maßgeblich.

Der durch § 49 KVBG vorgesehene öffentlich-rechtliche Vertrag kann auch im Übrigen nicht über gesetzliche Regelungen, das heißt auch nicht über solche des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes hinausgehen. Er kann keine abweichenden oder weitergehenden Regelungen schaffen; er dient allein der Konkretisierung.

Das bedeutet zugleich: Das, was mit Blick auf die §§ 44, 45 KVGB gilt, gilt gleichermaßen für den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Die Durchbrechung des Verursacherprinzips und die Ermöglichung des Weiterbetriebs von Braunkohlentagebauen (in der Lausitz), die durch die Entwurfsfassung des öffentlich-rechtlichen Vertrages übernommen oder fortgeführt würden, kommen nicht in Betracht. Den §§ 11, 14 des Entwurfs des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 23. Juni 2020 steht dieselbe beihilferechtliche Relevanz entgegen wie den §§ 44, 45 KVBG.

Für § 11 des Vertragsentwurfs folgt das bereits aus der weitgehenden Inhaltsgleichheit mit § 45 KVBG.

Und § 14 des Vertragsentwurfs manifestiert die Durchbrechung des Verursacherprinzips und die Ermöglichung des Weiterbetriebs von Braunkohlentagebauen noch einmal explizit, indem er die „Verwendung der Entschädigung“ wie folgt festschreiben will:

*„§ 14 Verwendung der Entschädigung*

*Es besteht Einigkeit zwischen den Vertragsparteien, dass die Entschädigung dafür genutzt wird, die Tagebaufolgekosten rechtzeitig abzudecken. Die Tagebaubetreiber sowie die Zweckgesellschaften werden daher dafür Sorge tragen, dass im Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit der Tagebaufolgekosten ausreichende Finanzmittel zur Verfügung stehen, um diese Kosten zu begleichen.“*

§ 7 des Vertragsentwurfs ändert an diesem Befund nichts. In der Vorschrift wird zwar betont, dass die Vertragsparteien sich einig seien, dass der Vertrag die bergrechtliche Verantwortung der Tagebaubetreiber unberührt lasse und die Tagebaubetreiber unverändert die Kosten für die

Wiedernutzbarmachung der Tagebaue, die Kosten für Bergschäden sowie die Kosten für die Rekultivierung, für die Wasserhaltung und für eine etwaige Nachsorge tragen müssten.

Über § 14 des Vertragsentwurfs und die §§ 44 Abs. 2, 45 KVBG soll die LE-B diese Kosten aber zu erheblichen Teilen durch den Staat „ersetzt“ bekommen (siehe oben Ziffer 3. - 9.). Anders ausgedrückt, der Staat würde mit seinen „Entschädigungszahlungen“ an die Zweckgesellschaften die Kostentragung nach § 7 des Vertragsentwurfs (bzw. nach dem Bundesberggesetz) durch die Zweckgesellschaften gewährleisten, unter Umständen sogar überhaupt erst ermöglichen. Oder nochmals anders ausgedrückt, der Staat „bewahrt“ sich durch seine jetzigen Zahlungen vor späteren Zahlungen für Ersatzvornahmen anstelle der LE-B.

## 11. Fazit

Das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz begründet einen Entschädigungsanspruch allein für Braunkohlekraftwerke, die bis zum 31. Dezember 2029 endgültig stillgelegt werden.

Die im Gesetz pauschal genannten Entschädigungsbeträge für die gesetzlich festgelegten endgültigen Stilllegungen von Kraftwerken werden nicht hergeleitet und sind offenbar deutlich zu hoch. Entschädigungszahlungen kommen im Übrigen erst bei Erfüllung des Entschädigungstatbestandes, also nicht vor endgültiger Stilllegung von Kraftwerken nach Anlage 2 des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes in Betracht.

Entschädigungsansprüche für Braunkohlentagebaue werden durch das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz ausdrücklich nicht begründet. Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine vorzeitigen Tagebaustilllegungen geplant sind, kommt eine Entschädigung im Hinblick auf

Wiedernutzbarmachungskosten in Folge einer vorzeitigen Stilllegung oder Verkleinerung von Tagebauen derzeit auch nicht in Betracht.

Die für die gesetzliche Stilllegung von Braunkohlekraftwerken in der Lausitz vorgesehenen Entschädigungszahlungen werden durch das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz zweckentfremdet.

Sie sollen zur Erfüllung originär bergrechtlicher Betreiberpflichten der Braunkohlentagebaubetreiberin zugute kommen. Damit setzt der Staat sich an die Stelle der eigentlich bergrechtlich Verpflichteten. Das bedeutet eine Durchbrechung des Verursacherprinzips.

Zugleich ermöglicht der Staat mit der Zweckentfremdung der Entschädigungszahlungen den (Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen in der Lausitz, indem auf diese Weise das Fehlen einer maßgeblichen bergrechtlichen Zulassungsvoraussetzung, die Gewährleistung der „erforderlichen Vorsorge zu Wiedernutzbarmachung“, geheilt werden soll.

Die Entschädigungszahlungen für Kraftwerksstilllegungen sind somit tatsächlich staatliche Finanzhilfen einerseits zur Erfüllung bergrechtlicher Betreiberpflichten und andererseits zum (Weiter)Betrieb von Braunkohlentagebauen. Die beihilferechtliche Relevanz und mithin die Relevanz für den „beihilferechtlichen Vorbehalt“ des Kohleausstiegsgesetzes sind offensichtlich.

Für einen in Konkretisierung der Entschädigungsregelungen des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes abzuschließenden öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Bundesregierung und den Betreibern von Braunkohlekraftwerken und von Braunkohlentagebauen gilt Entsprechendes. Vertragliche Regelungen, die im Ergebnis die Durchbrechung des Verursacherprinzips und die Ermöglichung des (Weiter)Betriebs von Braunkohlentagebauen durch staatliche Finanzhilfen beinhalten, widersprechen dem Beihilferecht und sind folglich kein zulässiger Inhalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.

Berlin, 4. August 2020



Dr. Cornelia Ziehm  
Rechtsanwältin