

13. Juni 2018

**Öffentliche Sachverständigenanhörung des Ausschusses
für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
am Mittwoch, 13. Juni 2018,**

**zum Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Sech-
zehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (16. AtGÄndG)**

—
BT-Drs. 19/2508

Stellungnahme

Von Dr. Marc Ruttloff, Rechtsanwalt, Gleiss Lutz, Berlin/Stuttgart

A. GEGENSTAND DES GESETZENTWURFS

Mit Urteil vom 6. Dezember 2016 (Az. 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12 und 1 BvR 1456/12) hat das BVerfG den Gesetzgeber verpflichtet, bis zum 30. Juni 2018 eine Neuregelung zu den gebotenen Kompensationsbestimmungen zu treffen. Über diese Neuregelung sollen die Verfassungsverstöße korrigiert werden, die das BVerfG in der vorgenannten Entscheidung im Hinblick auf das Dreizehnte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 31. Juli 2011 (BGBl. 2011, S. 1704) festgestellt hat. Der Gesetzentwurf soll daher durch Einfügung der §§ 7e bis g AtG-E die Anspruchsgrundlage und das Verwaltungsverfahren für einen angemessenen finanziellen Ausgleich regeln.

Anknüpfend an die Vorgaben des BVerfG zielt der Gesetzesentwurf auf einen angemessenen finanziellen Ausgleich für Investitionen, die zwischen dem 28. Oktober 2010 und dem 16. März 2011 im berechtigten Vertrauen auf die durch das Elfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes zusätzlich gewährten Elektrizitätsmengen in den Kernkraftwerken vorgenommen wurden und durch das Dreizehnte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes eine grundlegende Entwertung erfahren haben. Ferner wird den Genehmigungsinhabern der Kernkraftwerke Brunsbüttel, Krümmel und Mülheim-Kärlich mit Ablauf des 31. Dezember 2022 ein finanzieller Ausgleich gewährt werden, soweit die entsprechenden Elektrizitätsmengen nicht auf rechtsgeschäftlichem

Wege bis zum Ablauf des 31. Dezembers 2022 auf ein anderes Kernkraftwerk übertragen werden und auch trotz ernsthaftem Bemühens nicht auf ein anderes Kernkraftwerk übertragen werden konnten.

B. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG UND EINORDNUNG

Die Regelungen des Gesetzentwurfs wahren im Ergebnis den verfassungsrechtlichen Rahmen.. Die normativen Vorgaben des Gesetzentwurfs eröffnen auf der Rechtsanwendungsebene einen breiten Spielraum, der in verfassungskonformer Weise unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 6. Dezember 2016 ausgefüllt werden muss. In praxi ist daher in besonderer Weise eine verfassungskonforme Rechtsanwendung geboten.

Im Einzelnen:

I. Verfassungsrechtlich gebotene Kompensation und Vorgaben des BVerfG

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung betont, grundsätzlich liege es im „*Gestaltungsermessen des Gesetzgebers*“, die Voraussetzungen und den Umfang der verfassungsrechtlichen Kompensation zu regeln (vgl. Rn. 382 und 404). Es hat dabei regelbeispielhaft unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten skizziert, ohne abschließend oder gar verbindlich zu den konkreten Kompensationsvarianten Stellung zu beziehen.

1. Bezüglich der Investitionen, die zwischen dem Beschluss des Bundestags über die 11. AtG-Novelle vom 28. Oktober 2010 und dem Schreiben des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 16. März 2011 über das Atommoratorium im Vertrauen auf die Verstromung der Ende 2010 zugewiesenen Zusatzstrommengen in den Kernkraftwerken vorgenommen und durch den Entzug dieser Strommengen Anfang August 2011 entwertet worden sind, werden beispielhaft als Kompensationsmöglichkeiten benannt (Rn. 382):
 - Einräumung individueller Laufzeitverlängerungen und
 - angemessene finanzielle Entschädigung.
2. Soweit keine im Wesentlichen vollständige Verstromung der 2002 zugeteilten Reststrommengen in Kernkraftwerken zu erwarten ist, die ganz oder anteilig in der Hand des betroffenen Konzerns liegen, hat das BVerfG insbesondere folgende Kompensationsmöglichkeiten skizziert (Rn. 404):
 - Einräumung individueller Laufzeitverlängerungen,
 - gesetzliche Sicherstellung einer Weitergabemöglichkeit von nicht mehr verstrombaren Elektrizitätsmengen an Konzerne mit überschießenden Verstromungskapazitäten zu ökonomisch zumutbaren Bedingungen und

- angemessener finanzieller Ausgleich.
- 3. Dem Gesetzgeber bleiben damit für eine Regelung der Kompensation gestalterische Spielräume, er ist jedoch nicht von den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen entbunden. Dies gilt erst recht für die Rechtsanwendungsebene, wenn für den Einzelfall in Anwendung der gesetzlichen Kompensationsregelungen die konkret gebotene Entschädigung umgesetzt wird. Es gilt das Gebot der verfassungskonformen Rechtsanwendung.

II. Zu den Regelungen des Gesetzentwurfs für das 16. AtGÄndG

Der Gesetzentwurf regelt unter Art. 1 den Ausgleich für Investitionen (§ 7e AtG-E), den Ausgleich für Elektrizitätsmengen (§ 7f AtG-E) und das Verwaltungsverfahren (§ 7g AtG-E). Unter Art. 2 wird die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen und die Höhe von den vorgenannten Ausgleichsansprüchen bestimmt.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf einige zentrale Gesichtspunkte, die Anlass zu einer vertieften verfassungsrechtlichen Bewertung geben:

1. Ausgleich für Investitionen (§ 7e AtG-E)

Die verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmungen über die Entschädigung für getätigte Vertrauensinvestitionen finden sich in § 7e AtG-E.

a) Ausgleichsanspruch und Kausalität

§ 7e AtG-E regelt in Abs. 1 den grundsätzlichen Entschädigungsanspruch für Investitionen, die in der Zeit vom 28. Oktober 2010 bis zum 16. März 2011 im Vertrauen auf die durch das Elfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1804) im erforderlichen Umfang getätigt wurden. Zutreffend weist die Gesetzesbegründung daraufhin, dass damit „*etwa bauliche, technische oder organisatorische Maßnahmen, soweit diese mit dem Zweck getätigt worden sind, die Erzeugung der dem Kernkraftwerk durch das Elfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes zusätzlich zugewiesenen Elektrizitätsmengen zu ermöglichen,*“ zu kompensieren sind (BT-Drs. 19/2508, S. 14).

Einschränkend sieht der letzte Halbsatz vor, dass der Anspruch auf einen angemessenen Ausgleich in Geld nur besteht, „*soweit die Investitionen allein aufgrund des Entzugs der zusätzlichen Elektrizitätsmengen durch das 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 31. Juli 2011 (BGBl. I S. 1704) wertlos geworden sind.*“ Die gesetzgeberische Formulierung der Einschränkung ist dabei zu eng oder jedenfalls zu unpräzise geraten. Für die Ersatzfähigkeit ist es unerheblich, ob die entsprechenden Investitionen allein aufgrund des Entzugs der zusätzlichen Elektrizitätsmengen durch die 13. AtG-Novelle wertlos geworden sind. Es bedarf gerade keiner solchen Monokausalität und erst recht kommt es nicht auf den Zeitpunkt des Entzugs der zusätzlichen Strommengen durch die 13. AtG-Novelle im Jahr 2011 an. Es genügt vielmehr, wenn der Bestand der zusätzlichen Elektri-

zitätsmengen einer von mehreren kausalen Gründen ist, die zur Entwertung der Investitionen geführt haben. Dies belegt die Gesetzesbegründung selbst. Danach ist ausschlaggebend, ob eine Investitionen „auch ohne Erlass des Elften Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes getätigt worden“ wäre (BT-Drs. 19/2508, S. 14). Es ist auf „die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung abzustellen. Soweit objektiv zu erwarten war, dass die Investitionen in das Kernkraftwerk auch ohne die dem Kernkraftwerk durch das Elfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes zugewiesenen Elektrizitätsmengen getätigt worden wären, ist eine Ausgleichspflicht ausgeschlossen“ (BT-Drs. 19/2508, S. 15). Die zusätzlichen Elektrizitätsmengen nach der 11. AtG-Novelle aus dem Jahr 2010 müssen lediglich einen relevanten Anstoß für die Investitionsentscheidung gegeben haben, wobei durchaus das gemeinsame Zusammenwirken eines Ursachenbündels als hinreichend anzusehen ist, wenn die Laufzeitverlängerung jedenfalls auch ein tragender Grund war. Die Gesetzesbegründung liefert insoweit hinreichende Anhaltspunkte für eine verfassungskonforme Rechtsanwendung und Auslegung im Zuge einer Behördenentscheidung über die Entschädigung. Dies gebietet zudem die Entscheidung des BVerfG, die u.a. in Rn. 275 einen Ausgleich für Investitionen fordert, „die zur Verstromung der Ende 2010 zugewiesenen Zusatzstrommengen in den Kernkraftwerken vorgenommen“ wurden.

b) Anrechnungsobliegenheit und Beweismaß

Zumindest missverständliche Ausführungen finden sich ferner zur Anrechnungsobliegenheit und dem maßgeblichen Beweismaß. Einerseits sieht § 7e Abs. 2 AtG-E, eine Anrechnung von Vermögensvorteilen vor, die „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit“ infolge des Entzugs der zusätzlichen Elektrizitätsmengen erwachsen sind. Andererseits regelt § 7g Abs. 1 S. 3 AtG-E, dass der Ausgleichsberechtigte „Nachweise“ für zu Anspruchsgrund und -höhe vorzulegen hat.

Im Ergebnis kann mit diesen verschiedenen Formulierungen dennoch kein graduell unterschiedliches Beweismaß gemeint sein. Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein Nachweis geführt, wenn eine Tatsache „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ feststeht. Ausgehend von dieser Definition kann aus den unterschiedlichen Formulierungen keine abweichende Bestimmung des Beweismaßes abgeleitet werden. Jedes andere Verständnis widerspräche den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Eine *angemessene* Entschädigung erfordert auch, dem Anspruchsberechtigten keine strengeren Beweisanforderungen für die anspruchsbegründenden Tatsachen aufzuerlegen als für die anspruchsmindernden Umstände herangezogen werden. Jede andere Auslegung würde bedeuten, die im Ergebnis geforderte „Angemessenheit“ der gebotenen Entschädigung über eine asymmetrische Beweislastverteilung zu unterlaufen. Insofern fordert das Gebot der verfassungskonformen Auslegung auf Rechtsanwendungsebene, ein einheitliches Beweismaß zugrunde zu legen.

2. Ausgleich für Elektrizitätsmengen (§ 7f AtG-E)

§ 7f AtG-E regelt die Kompensation für Elektrizitätsmengen, soweit diese angesichts der gesetzlich festgelegten Restlaufzeiten der Anlagen nicht verstromt werden können. Ausgangspunkt ist die konzernbezogene Betrachtung des BVerfG (Rn. 310), die eine konzerninterne Strommengenübertragungsmöglichkeit bei der verfassungsrechtlichen Bewertung voraussetzt.

a) Vorrang der Übertragungspflicht

Der Gesetzentwurf sieht in Abs. 1 als Voraussetzung eines Ausgleichs vor, dass die ursprünglich zugewiesenen Elektrizitätsmengen bis zum Ablauf des 31. Dezember 2022, also mit dem Erlöschen der Betriebsgenehmigung des letzten Kernkraftwerks, nicht erzeugt und nicht auf ein anderes Kernkraftwerk übertragen werden könnten. Der Ausgleichsberechtigte hat dafür nachzuweisen, dass er sich unverzüglich nach dem Inkrafttreten des Gesetzes bis zum Ablauf des 31. Dezember 2022 ernsthaft um eine Übertragung der ausgleichsfähigen Elektrizitätsmengen zu angemessenen Bedingungen bemüht hat.

Mit diesem Regelungskonzept wird eine Kombination der durch das BVerfG skizzierten Kompensationsmöglichkeiten gewählt. Unter Rn. 404 wird in dem Urteil vom 6. Dezember 2016 ausdrücklich die „*Weitergabemöglichkeit von nicht mehr verstrombaren Elektrizitätsmengen an Konzerne mit überschießenden Verstromungskapazitäten zu ökonomisch zumutbaren Bedingungen*“ als mögliche Ausgestaltung form benannt. Diese Variante greift der Gesetzentwurf auf und räumt ihr den Vorrang vor einer finanziellen Entschädigung ein.

Für den Gesetzgeber mögen hier – zulässigerweise – auch haushalterische Überlegungen eine Rolle gespielt haben. Konsequenz dieser Umsetzung der Vorgaben des BVerfG ist, dass jede zusätzliche Beschränkung jeglicher Strommengenübertragung unmittelbar weitere Entschädigungspflichten im entsprechenden Umfang begründete.

Damit wird zugleich konsequent dem durch das BVerfG geprägten allgemeinen Grundsatz Rechnung getragen, wonach ein Eigentümer sich nicht auf ein bloßes „*dulde und liquidiere*“ zurückziehen darf, sondern grundsätzlich die Möglichkeiten zur Verhinderung oder Minimierung seiner Beeinträchtigungen auszuschöpfen hat. Zudem entspricht dies der im Entschädigungsrecht – auf Rechtsfolgenseite – ebenfalls anwendbaren schadensersatzrechtlichen Schadensminderungspflicht. Der beeinträchtigte Grundrechtsträger hat jede zumutbare Bemühung zu unternehmen, um den Eintritt von Einbußen zu vermeiden oder jedenfalls zu begrenzen. Diesen Anforderungen trägt das Regelungskonzept konsequent Rechnung.

b) Weitergabemöglichkeit „zu ökonomisch zumutbaren Bedingungen“

Der Gesetzeswortlaut wie auch die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/2508, S. 17) greifen die Vorgaben aus Rn. 404 des Urteils vom 6. Dezember 2016 ausdrücklich auf, wonach die Weitergabemöglichkeit von nicht mehr verstrombaren Elektrizitätsmengen „*zu öko-*

nomisch zumutbaren Bedingungen“ gewährleistet sein muss. Die ökonomische Zumutbarkeit ergibt sich dabei nicht allein aus der Perspektive des übertragenden Rechtsträgers. Vielmehr ist auch die Perspektive des Genehmigungsinhabers eines übernahmefähigen Kernkraftwerks zu berücksichtigen, für den der Erwerb von Reststrommengen nur entsprechend zumutbar ist, wenn sich eine Erzeugung wirtschaftlich für ihn rechnet (vgl. BT-Drs. 19/2508, S. 17). Dies entspricht marktwirtschaftlichen Gepflogenheiten und vermeidet einen weiteren Grundrechtseingriff. Schließlich hat der Betreiber des aufnehmenden Kernkraftwerks auch gleichzeitig das Investitions-, Erzeugungs- und Vermarktungsrisiko zu tragen, das durch die Chance auf die Erzielung eines angemessenen Gewinns hinreichend kompensiert sein muss. Ansonsten wird kein Erwerb stattfinden. Umgekehrt ist auf Veräußererseite das Entfallen der Investitions-, Erzeugungs- und Vermarktungsrisiken zu berücksichtigen. Dem entspricht es, wenn die Gesetzesbegründung ausführt: „*Der Ausgleichsberechtigte kann durch den Ausgleich wirtschaftlich nicht besser gestellt werden, als wenn er die ausgleichsfähigen Elektrizitätsmengen selbst erzeugt hätte*“ (BT-Drs. 19/2508, S. 19) – und er die Investitions-, Erzeugungs- und Vermarktungsrisiken hätte tragen müssen. Die Frage der ökonomischen Zumutbarkeit bei der Ermittlung eines eventuellen finanziellen Ausgleichs unterliegt schließlich der behördlichen und im Ergebnis auch der gerichtlichen Kontrolle – als Ausprägung des Rechtsschutzgebots zum Schutz der Interessen des Ausgleichsberechtigten.

c) Finanzieller Entschädigungsanspruch

Gesetzessystematisch nachrangig ist gegenüber der Übertragung von Elektrizitätsmengen ein finanzieller Ausgleich vorgesehen, dessen Höhe Abs. 2 regelt. Zugrunde zu legen ist dabei der durchschnittliche marktübliche Strompreis zwischen dem 6. August 2011 und dem 30. Dezember 2022. Dieser Bewertungsansatz geht im Ausgangspunkt fehl. Es gehört zu den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen, dass für die Bemessung eines Entschädigungsanspruchs der Zeitpunkt des Grundrechtseingriffs ausschlaggebend ist. Dieser Grundrechtseingriff geschah mit dem Erlass der 13. AtG-Novelle zum 31. Juli 2011. Dem Gesetzgeber oblag es zum damaligen Zeitpunkt, eine verfassungskonforme Regelung zu erlassen, wozu auch eine hinreichende Entschädigungsregelung gehört hätte. Dann aber hätten die damaligen Maßstäbe des Strompreises gegolten, wobei die entsprechenden Futures zugrunde gelegt hätten werden müssen, also die zum damaligen Zeitpunkt geltenden Strompreise für die Erzeugung von Strom zu den jeweiligen Zeitpunkten in der Zukunft. Dass der Gesetzgeber diese Pflicht verletzt hat, kann ihm nicht zum Vorteil gereichen.

Hinzu kommt die Tatsache, dass die rückblickende Betrachtung der durchschnittlichen Strompreise auch maßgeblich durch die allgemeinen energiepolitischen Gegebenheiten, die im Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen über den Ausstieg aus der Kernenergie standen, beeinflusst wird. Diese Betrachtung des durchschnittlichen Strompreises ergibt also zwangsläufig ein verzerrtes Bild.

Nach alledem ist folglich eine verfassungskonforme Auslegung geboten. Diese muss bei der Bewertung der Kriterien für eine angemessene Entschädigung den Umstand hinreichend in Rechnung stellen, dass der Gesetzgeber es versäumt hat, bereits in 2011 eine entsprechende Entschädigung vorzusehen. Bei der Gewichtung der preisbildenden Faktoren hat das zuständige Bundesministerium diese Historie mit einzustellen und eine Bewertung vorzunehmen, die den Grundrechtsträger im Ergebnis so stellt, wie eine Entschädigung bereits im Jahr 2011 ausgestaltet hätte sein müssen. Teilweise ist diese verfassungsrechtlich kompensierende Erwägung im Gesetzentwurf bereits angelegt, da § 7f Abs. 2 AtG-E einen vollen Wertersatz für die nicht verstrombaren Elektrizitätsmengen vorsieht, während das BVerfG ausdrücklich festgehalten hatte (Rn. 404): *„Der Ausgleich braucht auch nur das zur Herstellung der Angemessenheit erforderliche Maß zu erreichen, das nicht zwingend dem vollen Wertersatz entsprechen muss.“*

d) **Kompensation von Zinsnachteilen**

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass dem Grundrechtsbetroffenen im Zeitraum zwischen 2011, als die Entschädigung nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen hätte ausgezahlt werden müssen, und der nun gemäß § 7g Abs. 2 AtG-E erst nach 2022 in Aussicht gestellten Entschädigungszahlung ein berechtigter Zinsvorteil zugute gekommen wäre. Auch dieser Gesichtspunkt muss zugunsten des Grundrechtsbetroffenen bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe eingestellt und angemessen berücksichtigt werden. Das Versäumnis des Gesetzgebers rechtfertigt keine Schlechterstellung des Grundrechtsbetroffenen.

C. **FAZIT**

Der Gesetzentwurf enthält im Wortlaut einige Unschärfen. Diese können jedoch im Wege einer verfassungskonformen Auslegung kompensiert werden. Das zuständige Bundesministerium muss daher bei der Bewertung und Ermittlung der Entschädigungsansprüche in angemessener Weise den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung tragen.

* * * * *