

Prof. Dr. Christoph Möllers, LL.M.
Dr. Alexander Tischbirek

<p>Deutscher Bundestag Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit</p> <p>Ausschussdrucksache 19(16)63-C zur Anhörung am 13.6.18 12.06.2018</p>

Berlin, 13. Juni 2018

Stellungnahme

zur Anhörung des Deutschen Bundestags
– Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit –,
betreffs des Entwurfs eines Sechzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes,
BT-Drs. 19/2508

Zusammenfassung in Thesen	2
I. Fragestellung	2
II. Zur Verfassungsmäßigkeit der gefundenen Ausgleichsregelungen	3
1. Ausgleich für Investitionen nach § 7e	3
2. Ausgleich für Elektrizitätsmengen nach § 7f	3
a) Vorrang der konzernexternen Übertragung	4
b) Anrechnung entfallener Risiken	5
c) Anspruchsberechtigung von Vattenfall, RWE und PreußenElektra	5
III. Weitergehende zulässige Konkretisierungen	10
1. Streichung von Brunsbüttel	10
2. Ausgleich unter Marktwert und Einführung von Höchstgrenzen	11
3. Berücksichtigung weiterer energiepolitischer Ziele	12

Zusammenfassung in Thesen

1. Der Entwurf muss sich angesichts der nicht immer eindeutigen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts einem grundlegenden Dilemma stellen: je weiter er das Risiko der Verfassungswidrigkeit seiner Ausgleichsregelungen minimieren will, desto größer wird die Gefahr rechtsgrundlose Zahlungen aus dem Bundeshaushalt vorzusehen.
2. Das Bundesverfassungsgericht verlangt keinen vollen Wertersatz für die nichtverstrombaren Restmengen aus dem Ausstiegsgesetz 2002. Ihm genügt ein Ausgleich, der unterhalb des Marktwertes liegt.
3. Das Bundesverfassungsgericht hat die Möglichkeit einer Kompensation über eine konzernexterne Verstromung von Restmengen ausdrücklich erwähnt.
4. Der Kreis der Anspruchsinhaberinnen sollte in § 7f des Entwurfes eingegrenzt werden, um gleichheitswidrige Überkompensationen zu vermeiden.
5. Das Kraftwerk Brunsbüttel sollte aus dem Tatbestand des § 7f Abs. 1 gestrichen werden.
6. Es sollte eine Deckelung der maximal ausgleichsfähigen Reststrommengen entlang der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in § 7f des Entwurfs vorgenommen werden.
7. Strommengenübertragungen nach § 7f Abs. 1 des Entwurfs sollten vorrangig auf Kraftwerke außerhalb von Netzausbaugebieten erfolgen.

I. Fragestellung

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 6. Dezember 2016 entschieden, dass Art. 1 Nr. 1 lit. a (§ 7 Abs. 1a Satz 1 AtomG) der 13. Atomgesetznovelle im Wesentlichen verfassungsgemäß ist. Allerdings hat es Verstöße gegen das Eigentumsrecht des Art. 14 Abs. 1 GG festgestellt, soweit die Novelle die weit überwiegende Verstromung der im Atomausstiegsgesetz des Jahres 2002 niedergelegten Reststrommengen unmöglich macht, ohne einen angemessenen Ausgleich in Geld vorzusehen. Zudem hat es mangelnde Ausgleichsregelungen für Investitionen der Kraftwerksbetreiberinnen beanstandet, die im berechtigten Vertrauen auf die Laufzeitverlängerungen der 11. Atomgesetznovelle getätigt wurden,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 5 ff., 310 ff. und 375 ff.> jew. m.w.N.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgetragen, diese Mängel bis zum 30. Juni 2018 zu beheben,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 399>.

Mit Kabinettsbeschluss vom 23. Mai 2018 hat die Bundesregierung den Entwurf eines 16. Änderungsgesetzes zum Atomgesetz vorgelegt,

vgl. BR-Drs. 205/18 vom 24. Mai 2018.

Zu prüfen ist, ob dieser Entwurf den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an eine verfassungsgemäße Ausgleichsregelung entspricht.

II. Zur Verfassungsmäßigkeit der gefundenen Ausgleichsregelungen

Sowohl der Ausgleich für Investitionen gemäß dem Entwurf für einen § 7e AtomG (1.) als auch der Ausgleich für nichtverstrombare Elektrizitätsmengen nach § 7f AtomG (2.) genügen den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts.

1. Ausgleich für Investitionen nach § 7e

Der Entwurf des neu einzufügenden § 7e AtomG schafft eine verfassungskonforme Ausgleichsregelung, indem sie die Verhältnismäßigkeit der 13. Atomgesetznovelle absichert. Insbesondere sind die hier niedergelegten Anspruchsvoraussetzungen nicht zu eng.

Das Bundesverfassungsgericht erachtet erstens nur solche Investitionen für ausgleichspflichtig, die im Zeitraum zwischen dem 28. Oktober 2010 und dem 16. März 2011 im Vertrauen auf die Rechtslage nach der 11. Atomgesetznovelle getätigt wurden. Denn ein berechtigtes Vertrauen konnte – so das Gericht – erst mit dem endgültigen Gesetzesbeschluss des Bundestages über die Laufzeitverlängerungen und nur bis zum Bekanntwerden des Schreibens des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit über das sogenannte Atommoratorium vom 16. März 2011 zur Entstehung gelangen,

BVerfGE 143, 246 <377>.

Vermögensdispositionen, die außerhalb dieses Zeitraums getroffen wurden, konnten hingegen schon abstrakt nicht auf einem berechtigten Vertrauen in den Fortbestand der 11. Atomgesetznovelle gründen.

Wenn der Entwurf, zweitens, einen Ausgleich nur für solche Investitionen gewährt, die auch zu einem unvermeidbaren Vertrauensschaden im Sinne des negativen Interesses geführt haben, entspricht dies allgemeinen Grundsätzen der deutschen Vertrauenshaftung und ist auch insoweit mit den Vorgaben des Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Somit sind etwaig gezogene ebenso wie in vorwerfbarer Weise nicht gezogene Vermögensvorteile für die Berechnung des Ausgleichs in Abzug zu bringen,

zu den allgemeinen Grundsätzen der Schadensminderungspflicht und des Vorteilsausgleichs siehe nur *Hartmut Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 7. Auflage 2016, § 249 Rz. 229 (zu vermiedenen Verlusten), Rz. 247 (zu Steuervorteilen), Rz. 278 (zur Anwendung auf Eigentumsentschädigungsfragen); *ders.*, a.a.O., § 254 Rz. 27 (zur Anwendung auf eigentumsrechtliche Ansprüche im öffentlichen Recht).

2. Ausgleich für Elektrizitätsmengen nach § 7f

Auch die vorgeschlagene Ausgleichsregelung des § 7f für nichtverstrombare Restmengen nach Anlage 3 Spalte 2 des AtomG ist verfassungskonform, sofern der Ausgleich unter die Voraussetzung gestellt wird, dass zuvor eine Übertragung der ausgleichsfähigen Mengen zu angemessenen Bedingungen ernsthaft versucht wurde (a). Ferner begegnet auch die Befugnis zur Anrechnung entfallener Betriebs-, Investitions- und Vermarktungsrisiken keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (b). Problematisch erscheint hingegen der weite Kreis möglicher

Anspruchsinhaber bei gleichzeitiger Begrenzung des Ausgleichs entsprechend der Anteile von Vattenfall und RWE (c).

a) Vorrang der konzernexternen Übertragung

Die Regelung des § 7f Abs. 1 Satz 3, wonach der Ausgleich nur gewährt wird, wenn die Anspruchsberechtigte ein ernsthaftes Bemühen um eine Übertragung der Strommengen zu angemessenen Bedingungen nachweist, ist verfassungskonform. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Ungleichbehandlung von Vattenfall und RWE zwar hauptsächlich damit begründet, dass bei der konzernexternen Übertragung der Restmengen von Krümmel und Mülheim-Kärlich die Gefahr eines Preisdiktats seitens E.ON/PreußenElektra und EnBW drohe,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 320>.

Gleichwohl hat es den Weg der konzernexternen Verstromung nicht versperrt, sondern im Gegenteil diese Möglichkeit ausdrücklich als verfassungsgemäßen Kompensationsmodus benannt:

„Eine Kompensation der Verstromungsdefizite könnte womöglich auch durch gesetzliche Sicherstellung einer Weitergabemöglichkeit von nicht mehr verstrombaren Elektrizitätsmengen an Konzerne mit überschießenden Verstromungskapazitäten zu ökonomisch zumutbaren Bedingungen erfolgen“, BVerfGE 143, 246 <Rz. 404>.

Entscheidender Prüfstein für eine solche konzernexterne Verstromung ist die wirtschaftliche Angemessenheit des erzielten Preises. Vattenfall und RWE müssen gerade nicht völlig unter Wert verkaufen,

siehe auch die entsprechende Klarstellung in BT-Drs. 19/2508, Begründung, S. 19.

Andererseits verlangt das Gericht aber auch keine Vergütung zum Marktpreis, das verfassungsrechtlich geforderte Maß liegt vielmehr dazwischen,

neben der Sache insofern *Max Steinbeis*, Vattenfall schlagen, Karlsruhe treffen, RiffReporter vom 26. Mai 2018, <https://www.riffreporter.de/vattenfall-schlagen-karlsruhe-treffen/> und *ders.*, Hitting the Right Person, Verfassungsblog vom 26. Mai 2018, <https://verfassungsblog.de/hitting-the-right-person/> (jeweils zuletzt abgerufen am 08. Juni 2018).

Denn – anders als allenfalls bei Enteignungen im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG – bedarf die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 GG lediglich einer Kompensation für besondere Härten, um die Verhältnismäßigkeit der Neuregelung zu gewährleisten:

„Der Ausgleich braucht auch nur das zur Herstellung der Angemessenheit erforderliche Maß zu erreichen, das nicht zwingend dem vollen Wertersatz entsprechen muss“, BVerfGE 143, 246 <Rz. 404>. Siehe auch S. 19 der Begründung, BT-Drs. 19/2508.

Art. 14 Abs. 1 GG gibt also gerade keine Wertgarantie. Hier aktualisiert sich vielmehr die Sozialbindung des Eigentums, welche auch die Befugnis zu einer Neugestaltung durch den Gesetzgeber miteinschließt. Allein aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes folgt im Einzelfall der Anspruch auf eine Grundkompensation bis zu der Grenze, ab der die Neugestaltung auch ohne einen weiteren monetären Ersatz als verhältnismäßig gelten muss.

Diesen Anforderungen wird der Gesetzentwurf gerecht, da er das Tatbestandsmerkmal der Übertragung „zu angemessenen Bedingungen“ führt. Denn der unbestimmte Rechtsbegriff der „angemessenen Bedingungen“ ist hinreichend flexibel, um die Ernsthaftigkeit zukünftiger Übertragungsversuche einzelfallsensibel beurteilen zu können. Darüber hinaus geben die Gesetzgebungsgeschichte und die Entwurfsbegründung auch genügend auslegungsleitende Anhaltspunkte, sodass die weitere Konkretisierung dieses Rechtsbegriffs nicht im Belieben der Verwaltung steht. Regelungstechnisch ist es schließlich zu begrüßen, dass etwaige Folgestreitigkeiten über den Umfang der Kompensationszahlungen hierdurch weitgehend auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen werden. Dies entlastet nicht nur das Bundesverfassungsgericht. Es entspricht im Übrigen auch der Funktion und dem (prozessrechtlichen) Zuschnitt der Verwaltungsgerichte, die zur vorrangigen Bearbeitung konkret-individueller Rechtsakte berufen sind.

b) Anrechnung entfallener Risiken

Aus demselben Grund bestehen auch keine Bedenken gegen die Anrechnung entfallener Betriebs-, Investitions- und Vermarktungsrisiken. Da die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 GG gerade keine Wertgarantie gibt, sondern auf die Herstellung der Verhältnismäßigkeit zielt, geht es allein darum, die Eigentümerin wirtschaftlich so zu stellen, dass sie durch die Neuordnung nicht weit übermäßig belastet wird. Damit verlangt Art. 14 Abs. 1 GG hier nach einer bilanzierenden Betrachtungsweise: gegenläufige Vorteile, die aus der Neuordnung des Eigentums folgen, helfen der Vermeidung übermäßiger Härte. Erst wenn die wirtschaftlichen Nachteile einer Neuordnung die wirtschaftlichen Vorteile unangemessen überwiegen, muss der Gesetzgeber zusätzliche Vorteile – etwa in Gestalt von Ausgleichsansprüchen eben bis zur Schwelle zur Angemessenheit – gewähren. Die Grundsätze der deutschen Vertrauenshaftung gelten insofern auch hier,

siehe oben unter II.1.

c) Anspruchsberechtigung von Vattenfall, RWE und PreußenElektra

Das Bundesverfassungsgericht hat eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung von RWE und Vattenfall darin erblickt, dass diese Beschwerdeführerinnen – anders als E.ON/PreußenElektra und EnBW – voraussichtlich keine Möglichkeit haben werden, die ihnen zugewiesenen Restmengen aus dem Atomausstiegsgesetz 2002 konzernintern zu verstromen. Nur diese Ungleichbehandlung hat das Gericht für nicht gerechtfertigt erachtet,

BVerfGE 143, 246 <Rn. 330 ff.>.

Soweit sich auch bei E.ON/PreußenElektra und EnBW aufgrund der konkreten Staffelung der Abschalttermine und den damit verbundenen Verstromungskapazitäten gewissen Unterschiede ergäben, habe dies keine verfassungsrechtliche Relevanz. Denn diese Unterschiede, die von vergleichsweise geringem Gewicht seien, träfen angesichts der komplexen Entscheidungssituation beim Atomausstieg auf einen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der auch bestimmte Generalisierungsbefugnisse umfasse,

vgl. BVerfGE 143, 246 <Rz. 386 und 389>.

Vor diesem Hintergrund muss jedoch sichergestellt sein, dass die Ausgleichsregelung des § 7f nicht auch E.ON/PreußenElektra und EnBW zugutekommt. Denn andernfalls droht erstens eine Vertiefung der vom Gericht bemängelten Ungleichbehandlung zulasten von Vattenfall und RWE und zweitens eine überobligationsgemäße Belastung des Bundeshaushalts. Das Regelungsproblem wird dabei durch die Tatsache erschwert, dass die verschiedenen Kraftwerke regelmäßig im Miteigentum verschiedener Konzerne liegen.

Der Entwurf begegnet diesem Problem zunächst mit einer Eingrenzung der Anspruchsberechtigten, indem die Vorschrift allein den Genehmigungsinhabern der Kernkraftwerke Brunsbüttel, Krümmel und Mülheim-Kärlich zugutekommen soll (vgl. § 7f Abs. 1 Satz 1). Sodann wird der Ausgleich auf bestimmte Quoten der Reststrommengen begrenzt, die mit den jeweiligen Eigentumsanteilen von Vattenfall und RWE an den genannten Kraftwerken korrelieren (vgl. § 7f Abs. 1 Satz 2): so sind beim Kraftwerk Brunsbüttel nur zwei Drittel, bei Krümmel gar nur die Hälfte der nichtverstromten Restmengen ausgleichsfähig, was der anteilmäßigen Beteiligung von Vattenfall an diesen Kraftwerken entspricht. Die Mülheim-Kärlich-Mengen unterliegen hingegen keiner anteilmäßigen Begrenzung, da RWE hier die volle Berechtigung zusteht,

siehe S. 18 der Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/2508.

Zur Verhinderung einer Doppelkompensation wird schließlich der Anspruchsinhalt um jeden anderweitigen Ausgleich gemindert, der im selben Sachzusammenhang an andere Anspruchsinhaber – bei materieller Betrachtung – desselben Konzerns geleistet wurde, vgl. § 7f Abs. 3.

Hiernach bleibt es freilich möglich, dass auch PreußenElektra Teile eines Ausgleichs für nichtverstromte Restmengen der Kraftwerke Krümmel und Brunsbüttel wirtschaftlich zufließen. Dem steht insbesondere nicht die anteilmäßige Quotierung der entschädigungsfähigen Mengen entgegen, da diese eine rein quantitative Begrenzung bewirken, ohne jedoch zugleich eine Aussage über die wirtschaftliche Zuordnung der Entschädigungszahlungen zu treffen. Sollte Krümmel und mit ihr PreußenElektra also nachweisen können, dass eine Übertragung der Mengen trotz ernsthafter Versuche fehlgeschlagen ist – etwa weil ihre zusätzlichen Verstromungskapazitäten bereits mit den Restmengen anderer Kraftwerke erschöpft wurden – flösse der Rechtsnachfolgerin von E.ON im Ergebnis weiteres Geld zu, das zu einer Besserstellung von Vattenfall gegenüber E.ON fortan nichts mehr beitragen kann.

Dies wirft die Frage auf, ob das Bundesverfassungsgericht zuvörderst eine Gleichstellung von RWE und Vattenfall gegenüber E.ON/PreußenElektra und EnBW fordert oder – eher aus einer freiheitsrechtlichen Perspektive – eine Kompensation sämtlicher Altmengen ohne Rücksicht auf deren Inhaberschaft. Das Urteil ist an dieser Stelle nicht ganz klar, für beide Ansätze zeigt es Anknüpfungspunkte. So nehmen die Urteilsgründe zunächst einen freiheitsrechtlichen Ausgangspunkt, wenn das Gericht den Altmengen einen erhöhten Vertrauensschutz zubilligt, in seinen Leitsätzen allein das Eigentumsrecht des Art. 14 Abs. 1 GG zitiert und auch das hier interessierende Problem im Prüfungsaufbau zunächst als ein solches der Verhältnismäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung fasst,

BVerfGE 143, 246 <Tenor Nr. 1 und Rz. 335 ff.>.

Die (eigentumsrechtliche) Verhältnismäßigkeitsprüfung wird sodann jedoch gleichheitsrechtlich überformt, wenn das Gericht schon bald auf eine „unzureichende konzerninterne Nutzbarkeit bei RWE und Vattenfall“ abstellt, ohne hier auch E.ON und EnBW zu nennen, und sodann die „Gleichheitsbindung der gesetzlichen Eigentumsausgestaltung“ betont,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 313 ff. und 348 ff.>; siehe auch die im Urteil, Rz. 327, angeführten Restmengenangaben einerseits in absoluten Zahlen und andererseits als prozentualer Anteil der ursprünglich zugewiesenen Gesamtmengen. Ersteres folgt – zumindest auch – einer freiheitsrechtlichen Logik, letzteres dient ganz überwiegend der Illustration einer Ungleichbehandlung.

Der Gesetzgeber muss damit eine Spannungslage auflösen, die einerseits nach einer „im Wesentlichen vollständigen“ Entschädigung für nichtverstrombare Altmengen des Atomausstiegsgesetzes verlangt und andererseits eine Besserstellung von Vattenfall und RWE gegenüber E.ON/PreußenElektra und EnBW befiehlt.

Die erforderliche Besserstellung von Vattenfall und RWE kann wiederum in zweierlei Weise erfolgen: So wäre eine formale Gleichbehandlung garantiert, wenn unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an den Kraftwerken sichergestellt wäre, dass sämtliche nichtverstrombaren Altmengen entschädigt würden. Bei materieller Betrachtung käme dies jedoch im Fall von Krümmel PreußenElektra genauso wie Vattenfall zugute, da beide jeweils 50% der Anteile an Krümmel halten. Eine tatsächliche Besserstellung von Vattenfall gegenüber PreußenElektra kann somit, wie bereits erwähnt, nicht erreicht werden.

Der Gesetzentwurf geht hier einen – inkonsequenten – Mittelweg zwischen diesen beiden Ansätzen: den Kreis der Anspruchsinhaberinnen fasst er weit und damit im Sinne einer formal-rechtlichen Perspektive. Denn hier spricht er mit den „Genehmigungsinhaber[n] der Kernkraftwerke Brunsbüttel, Krümmel und Mülheim-Kärlich“ (vgl. § 7f Abs. 1 Satz 1) letztlich neben Vattenfall und RWE auch E.ON/PreußenElektra und EnBW an. Der Anspruchsinhalt wird jedoch quantitativ entlang der Anteile von Vattenfall und RWE verkürzt; hier schwenkt die Regelung mithin auf eine materiell-ökonomische Perspektive um.

Beide Ansätze kommen sich freilich in die Quere, sofern es demnach möglich sein wird, dass Vattenfall nur noch einen gekürzten Ausgleich finden kann. Folgendes Szenario mag dies verdeutlichen:

Das Bundesverfassungsgericht rechnet in seinem Urteil mit einer verbliebenen Restmenge von 88.245,11 GWh, die das Kraftwerk Krümmel zu seinem Abschalttermin am 6. August 2011 nicht mehr verstromen konnte,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 316>.

Davon entfällt bei konzernbezogener Betrachtung die Hälfte, also 44.122,555 GWh, auf Vattenfall, die 50% der Anteile an Krümmel hält,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 103 und 321>.

Dem stehen verschiedene Prognosen über den Kapazitätsüberschuss bei E.ON/PreußenElektra zwischen 37.973 und 51.560 GWh sowie bei EnBW zwischen 9.595 und 16.440 GWh gegenüber,

Für die Zwecke des hiesigen Szenarios soll angenommen werden, dass jedoch nur eine tatsächliche Übertragung von 10.000 GWh aus Krümmelmengen erfolgen konnte – etwa weil der restliche Kapazitätsüberschuss mit Mülheim-Kärlich-Mengen von RWE beschickt wurde oder weil PreußenElektra infolge unverhältnismäßigen Investitionsbedarfs in ihre Kraftwerke freiwillig oder unfreiwillig die Reaktoren schon erheblich vor den gesetzlichen Stichtagen abgeschaltet hat. Dann verbliebe ein nichtverstromter Restbestand von Krümmelmengen von (88.245,11 GWh – 10.000 GWh =) 78.245,11 GWh, während Vattenfall und PreußenElektra aus der Übertragung anteilsgemäß den Gegenwert von jeweils (10.000 GWh x 50% =) 5.000 GWh erzielten.

Aufgrund des Restbestands an Krümmelmengen von 78.245,11 GWh bestünde nunmehr ein Ausgleichsanspruch nach § 7f Abs. 1 des Entwurfs. Anspruchsinhaberin wäre nicht Vattenfall oder PreußenElektra, sondern die Krümmel-Betreibergesellschaft, da bei ihr die Genehmigung liegt.

Der Anspruchsinhaberin, die eben verschieden von E.ON/PreußenElektra ist, könnte damit auch nicht entgegengehalten werden, dass sie sich nicht „ernsthaft um eine Übertragung der ausgleichsfähigen Elektrizitätsmengen [...] bemüht hat“ (§ 7f Abs. 1 Satz 3), wenn PreußenElektra einzelne Kraftwerke schon vor dem gesetzlichen Stichtag vom Netz nehmen sollte und somit die prognostizierten Überschusskapazitäten überschreitet.

Die Betreibergesellschaft von Krümmel könnte wegen § 7f Abs. 1 Satz 2 jedoch nur die Hälfte des Restbestands, folglich (78.245,11 GWh / 2 =) 39.122,56 GWh geltend machen,

der Normtext des § 7f Abs. 1 Satz 2 ist hier nicht ganz unmissverständlich. Ausweislich der Entwurfsbegründung, S. 18, sind die dort gemeinten Mengen jedoch nicht die ursprünglich nach Anlage 3 Spalte 2 zugewiesenen, sondern derjenige Anteil davon, der mit Ablauf des 31. Dezember 2022 noch verblieben ist.

Hierfür bekäme sie einen Ausgleich in Geld, der ökonomisch wieder entlang der Anteile an der Anspruchsinhaberin verteilt würde. Vattenfall und PreußenElektra teilten sich mithin bei wirtschaftlicher Betrachtung die Ausgleichsleistung; beiden flösse der Ausgleichssatz zu, der jeweils für (39.122,56 GWh / 2 =) 19.561,28 GWh zu entrichten ist. Damit bliebe die andere Hälfte des nicht auf andere Kraftwerke übertragenen Restbestands von 39.122,56 GWh unausgeglichen und verfiel ersatzlos. Wiederum träfe dies Vattenfall und PreußenElektra je zur Hälfte; anteilsmäßig umgerechnet stünde beiden für weitere 19.561,28 GWh also keine Entschädigung (mehr) zu.

Damit wären aber sowohl die freiheits- als auch die gleichheitsrechtlichen Prämissen des Bundesverfassungsgerichts auf den Kopf gestellt: Nichtverstromte Altmengen von rund 20.000 GWh lägen wohl deutlich jenseits der Schwelle dessen, was das Gericht als „im Wesentlichen vollständig“ bezeichnet. Daher bestünde auch hier eine Ausgleichspflicht. Darüber hinaus läge weiterhin ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor. Zwar würde PreußenElektra Art. 3 Abs. 1 GG hier möglicherweise nicht zugute kommen, wenn der Rechtsnachfolger von E.ON in unserem Szenario „selbstverschuldet“ eine Vollverstromung seiner Restmengen verteidelt hätte. Für Vattenfall stellte sich die Frage jedoch anders dar. Denn im Gegensatz zu EnBW und möglicherweise RWE, die ihr Kontingent aus dem Atomausstiegsgesetz 2002 voll

realisieren könnten (bzw. einen entsprechenden Ausgleich erhielten), blieben rund 13 % der Altmengen von Vattenfall nichtverstromt und nicht nach Art. 14 Abs. 1 GG kompensiert.

Denkbar erscheinen hier zwei Auswege: zum einen könnte § 7f Abs. 1 Satz 2 ersatzlos gestrichen werden. Dies bedeutete indessen eine erhebliche Mehrbelastung des Haushalts, da sich das Volumen möglicher Ausgleichszahlungen im Fall von Krümmel um 50 % und im Fall von Brunsbüttel um 33 % erhöht. Auch bedeutete dies, dass weiterhin auch E.ON/PreußenElektra Ausgleichszahlungen erhalten könnte, obwohl das Bundesverfassungsgericht gerade bei diesem Konzern von hohen Überschusskapazitäten ausgeht.

Daher erscheint der zweite Weg einer Besserstellung nur von Vattenfall und RWE erwägenswert, der entweder den Kreis der Anspruchsinhaber im Ergebnis auf diese beiden Konzerne beschränkt oder sicherstellt, dass ein interner Ausgleich materiell nur zugunsten Vattenfall erfolgt. Dem mag zwar entgegengehalten werden, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil sowohl Krümmel als auch Vattenfall gemeinsam nennt, wenn es die mangelnde Verstrombarkeit der Krümmelmengen moniert,

vgl. etwa BVerfGE 143, 246 <Rz. 367, 386, 404 f.>.

Andererseits teilt das Gericht die Krümmelmengen durch zwei,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 322>,

rechnet und argumentiert sodann allein mit dem Vattenfallanteil,

BVerfGE 143, 246 <330 ff.>,

um schließlich auch bei der Frage eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz allein auf Vattenfall und nicht auch auf die Mitgesellschafterin E.ON abzustellen,

vgl. BVerfGE 143, 246 <Rz. 349 ff.>.

Für diese letzte Lesart des Urteils spricht auch das maßgeblich bemühte Differenzierungskriterium des Gerichts. Denn das Urteil gesteht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsermessen zu, das sich an der prognostizierten Möglichkeit zur konzerninternen Verstromung der Restmengen orientiert,

siehe oben und BVerfGE 143, 246 <Rz. 317 ff.>.

Diese Möglichkeit ist bei Krümmel aus der Sicht von E.ON/PreußenElektra – anders als bei Vattenfall – gegeben. Für E.ON/PreußenElektra unterscheidet sich die Situation bei Krümmel somit nicht grundlegend von derjenigen der anderen Kraftwerke nach § 7 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 AtomG,

vgl. die Übersicht bei BVerfGE 143, 246 <Rz. 316>.

Auch bei den anderen dort aufgeführten Kraftwerken konnten Altmengen bis zum gesetzlichen Stichtag nicht vollständig verstromt werden. Gleichwohl führte dies das Bundesverfassungsgericht nicht zur Annahme einer Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG, da diese Mengen nach konzerninterner Übertragung aller Voraussicht nach noch erzeugt werden können. Nur Vattenfall wird bei Krümmel in Ermangelung privilegierter, weil konzerninterner Übertragungsoptionen übermäßig belastet,

vgl. BVerfGE 143, 246 <Rz. 320 und 330 ff.>.

Daher sollte der Gesetzgeber bei der – verfassungsrechtlich zwingenden – Anpassung des § 7f Abs. 1 Satz 2 prüfen, inwieweit die Ausgleichsleistungen für nichtverstromte Krümmelmengen derart ausgestaltet werden können, dass sie wirtschaftlich allein Vattenfall und nicht auch PreußenElektra zugutekommen.

III. Weitergehende zulässige Konkretisierungen

Der Entwurf erlaubt auch im Übrigen noch Konkretisierungen, die sich einer übermäßigen Belastung des Bundeshaushalts jenseits der zwingenden Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts entgegenstellen. Dies betrifft zum einen eine Streichung des Kraftwerks Brunsbüttel aus dem Ausgleichstatbestand (1.) und zum anderen die Einführung absoluter Höchstgrenzen bei einem Ausgleichssatz unterhalb des Marktwertes (2.). Ferner können bereits an dieser Stelle weitere energiepolitische Erwägungen Berücksichtigung finden (3.).

1. Streichung von Brunsbüttel

Weitere Einsparungsmöglichkeiten ergeben sich insbesondere beim Kraftwerk Brunsbüttel, das in § 7f Abs. 1 Satz 1 der Entwurfsfassung neben Krümmel und Mülheim-Kärlich genannt ist. Es sollte eine ersatzlose Streichung dieses Kraftwerks erwogen werden. Der Grund für die Hinzunahme von Brunsbüttel dürfte darin gelegen haben, dass Brunsbüttel zum einen im Miteigentum von Vattenfall steht und zum anderen – wie Krümmel – zur Gruppe der Reaktoren nach § 7 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 AtomG gehört, die bereits mit Stichtag vom 6. August 2011 vom Netz gehen mussten.

Allerdings verlangt das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil lediglich eine „im Wesentlichen vollständige“ Möglichkeit zur Verstromung der Restmengen aus dem Atomausstiegsgesetz. Eine unzumutbare Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums nimmt es spiegelbildlich nur an, soweit substantielle Teile der Reststrommengen von 2002 nicht konzernintern genutzt werden können,

vgl. BVerfGE 143, 246 <Tenor Nr. 1 und Rz. 310, 368, 404 u.a.>.

Unterhalb dieser Schwelle verbleibt Raum für ein Gestaltungsermessen, das nicht zuletzt dem Prognosecharakter der Berechnungen zukünftiger Verstromungskapazitäten geschuldet ist. Dementsprechend stellt das Gericht bei seiner Prüfung einer unverhältnismäßigen und gleichheitswidrigen Belastung von Vattenfall und RWE auch nur auf die Restmengen der Kraftwerke Krümmel und Mülheim-Kärlich ab. Brunsbüttel wird zwar zunächst ebenfalls erwähnt, sodann stellt das Gericht hingegen klar, dass das Verstromungsdefizit „an den großen Reststrommengen des Kernkraftwerks Krümmel liegt“, um die Argumentation im Folgenden – auch hinsichtlich Art. 3 GG – allein auf die Spezifika von Krümmel zuzuschneiden,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 322, 356 ff. und 387>.

Das Gericht führt aus:

„Die durch die Staffelung der Auslauffristen für die Berechtigung zum Leistungsbetrieb unterschiedlich langen Laufzeiten der einzelnen Kernkraftwerke sind nur im Hinblick auf das Kernkraftwerk Krümmel gleichheitswidrig. Insoweit geht die eigentumsrechtliche Bedeutung des Gleichheitsverstößes allerdings nicht über die Unzumutbarkeit hinaus, die bereits hinsichtlich der fehlenden Verstrombarkeit von Rest-

strommengen aus dem Jahre 2002 festgestellt wurde [...]. Die mit der Staffelung der Abschaltzeiten verbundene Ungleichbehandlung der Kraftwerksbetreiber in Anknüpfung an die einzelnen Kernkraftwerke im Übrigen verletzt nicht das Gebot gleichheitsgerechter Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Eigentums“ (BVerfGE 143, 246 <Rz. 388 f.>).

Schließlich besagt das Urteil, dass sich – außer Krümmel – sämtliche andere Kernkraftwerke – also auch Brunsbüttel – „im ‚Überschussbereich‘ von Besserstellungen unterschiedlichen Ausmaßes bewegen, und so auch nicht ursächlich für die Kapazitätsdefizite von RWE und Vattenfall [sic!] sind“,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 389>.

Daher erscheint es folgerichtig, zwar eine vollständige Ausgleichsmöglichkeit für die Vattenfall zustehenden, nichtverstrombaren Krümmelmengen zu schaffen (siehe oben), diese jedoch nicht um die Restmengen von Brunsbüttel zu erweitern.

2. Ausgleich unter Marktwert und Einführung von Höchstgrenzen

Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass weder eine volle wertmäßige Entschädigung, noch ein Ausgleich für sämtliche nichtverstrombaren Restmengen erfolgen muss, um einem drohenden Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG zu begegnen. Aus einer Prognoseperspektive muss lediglich sichergestellt sein, dass die Restmengen des Atomausstiegsgesetzes „im Wesentlichen vollständig“ genutzt werden können und, soweit dies nicht möglich ist, dass ein angemessener finanzieller Ausgleich geleistet wird, der „nicht zwingend dem vollen Wertersatz entsprechen muss“,

BVerfGE 143, 246 <Tenor Nr. 1, Rz. 368, 404 u.a.>.

Daher erschiene es zum einen angemessen, die Vorschrift des § 7f Abs. 2, wonach die Ausgleichsleistungen nach dem „durchschnittlichen marktüblichen Strompreis zwischen dem 6. August 2011 und dem 31. Dezember 2022“ zu bemessen sind, um einen pauschalen prozentualen Abschlag – jedenfalls in einer Höhe von 10-15 % – zu ergänzen. Dies gilt umso mehr, als der durchschnittliche Strompreis seit 2011 nicht unerheblich gefallen ist,

Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2017, Infografik Energiepreise und Transparenz für Verbraucher, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Infografiken/Energie/strompreisbestandteile.html> (zuletzt abgerufen am 08. Juni 2018).

Eine solche Regelung dürfte zudem einen weiteren Anreiz dafür bieten, sich um die vorrangige konzernexterne Übertragung nach § 7 Abs. 1 Satz 3 ernsthaft zu bemühen.

Zum anderen sollten die Prognosewerte, welche das Bundesverfassungsgericht seinem Urteil zugrunde gelegt hat, als absolute Höchstgrenzen für Ausgleichsansprüche in das Gesetz aufgenommen werden. So hat das Bundesverfassungsgericht mit einer voraussichtlichen Nichtverstrombarkeit von Krümmelmengen zugunsten von Vattenfall in einer Höhe von 44.122,55 GWh gerechnet,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 316>;

bei RWE geht das Gericht von einer möglichen Nichtverstrombarkeit zwischen 35.821 und 42.079 GWh aus,

BVerfGE 143, 246 <Rz. 333>.

Eine Aufnahme entsprechender Werte in das Gesetz scheint insbesondere dann dringend geboten, wenn § 7f Abs. 1 Satz 2 gestrichen werden sollte; er ist als weiterer Sicherungsmechanismus, der sich eng an den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts orientiert, aber auch im Übrigen zu empfehlen.

3. Berücksichtigung weiterer energiepolitischer Ziele

Schließlich mag der vorliegende Entwurf auch mit Blick auf seine Verzahnung mit den allgemeinen energiepolitischen Zielsetzungen der Bundesregierung überprüft werden. So könnte eine – auch nach dem derzeitigen Entwurf mögliche – Übertragung von Reststrommengen auf Kraftwerke in Netzausbaugebieten den Anstrengungen um eine beschleunigte Energiewende hin zu erneuerbaren Energien zuwiderlaufen. Dies dürfte insbesondere bei zusätzlichen Verstromungskapazitäten für die Kraftwerke Emsland und Brokdorf relevant werden. Das Gesetz könnte hier eine Vorrangregelung aufstellen, wonach die Mengen nach § 7f Abs. 1 Satz 1 zunächst anderen Kraftwerken als Emsland und Brokdorf angeboten werden müssen. Ein gänzlich Verbot der Restmengenübertragung auf diese Kraftwerke müsste jedoch mit einer entsprechenden Anpassung des Ausgleichsanspruchs einhergehen, damit die daraus resultierenden zusätzlichen, voraussichtlich nichtverstrombaren Restmengen den Entwurf nicht zu einer wiederum unverhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG gereichen lassen.