

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz
und nukleare Sicherheit
Ausschussdrucksache
19(16)63-D
zur Anhörung am 13.6.18
12.06.2018



Prof. Dr. G. Hermes - Goethe-Universität Frankfurt am Main;
Fach 7 • Postfach 11 19 32 • D-60323 Frankfurt am Main

Fachbereich Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Georg Hermes

Professur für Öffentliches Recht

Hausanschrift:
Theodor-W.-Adorno-Platz 4 (RuW)
D- 60629 Frankfurt am Main

Telefon +49 (0)69-798 34275
Telefax +49 (0)69-798 34512
E-Mail [Sokr.Hermes@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Sekr.Hermes@jur.uni-frankfurt.de)

www.jura.uni-frankfurt.de

12. Juni 2018

**Zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD:
Entwurf eines Sechzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes
(BT-Drucksache 19/2508)**

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung durch den Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit des Deutschen Bundestages am 13. Juni 2018

Der Entwurf eines Sechzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (16. AtGÄndG-E¹) setzt die Vorgaben aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6.12.2016² zur 13 AtG-Novelle grundsätzlich in einer Art und Weise um, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Dies gilt ohne Einschränkungen für den Ausgleich „frustrierter“ Investitionen nach § 7e des Entwurfs (I.). Bei dem Ausgleich für Elektrizitätsmengen nach § 7f des Entwurfs ergeben sich dagegen Probleme. Eine Kompensation der Reststrommengen des Kernkraftwerks Brunsbüttel ist verfassungsrechtlich nicht geboten (II. 1.). Die Höhe des Ausgleichs ist großzügig bemessen (II. 2.). Die Obliegenheit der Ausgleichsberechtigten, sich ernsthaft um die Übertragung der ausgleichsfähigen Reststrommengen „zu angemessenen Bedingungen“ zu bemühen, steht in Widerspruch zu den energiepolitischen Zielen und lässt sich kaum mit der gebotenen Rechtssicherheit für die ausgleichsberechtigten Unternehmen ausgestalten (II. 3.). Das Verwaltungsverfahren könnte transparenter ausgestaltet werden (III.).

¹ Nachfolgend in Bezug genommene Seitenzahlen beziehen sich auf die BT-Drs. 19/2508.

² BVerfGE 143, 246 ff.; nachfolgende Verweise auf Randnummern (Rn.) beziehen sich auf dieses Urteil.

I. Ausgleich für Investitionen (§ 7e 16. AtGÄndG-E)

Die Vorschrift des § 7e 16. AtGÄndG-E über den Ausgleich der zwischen dem 28.10.2010 und dem 16.3.2011 getätigten Investitionen, die auf die Einräumung von Zusatzstrommengen durch die 11. AtG-Novelle zurückzuführen sind, setzt die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts korrekt um. Verbleibende Auslegungsfragen etwa zur Höhe des angemessenen Ausgleichs in Geld und zur Frage, ob die Investition allein durch den Entzug der Zusatzstrommengen wertlos geworden ist, konnte der Gesetzgeber zulässigerweise der Exekutive (Ministerium) und im Streitfall der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte überantworten.

II. Ausgleich für Elektrizitätsmengen (§ 7f 16. AtGÄndG-E)

Was den Ausgleich für Elektrizitätsmengen angeht, hatte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber drei Wege gewiesen, wie er die unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkung hinsichtlich der Verstrombarkeitsdefizite beseitigen kann (Rn. 404):

- (1) Laufzeitverlängerung konzerneigener Kernkraftwerke,
- (2) gesetzliche Sicherstellung einer Weitergabemöglichkeit von unverbrauchten Reststrommengen an E.ON oder EnBW „zu ökonomisch zumutbaren Bedingungen“ (Kontrahierungszwang unter behördlicher/gerichtlicher Kontrolle),
- (3) angemessener finanzieller Ausgleich für Verstrombarkeitsdefizite.

Der Entwurf entscheidet sich explizit für die Variante (3), weil an dem Ziel festgehalten werden soll, die kommerzielle Nutzung der Kernenergie zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu beenden (S. 1 f., 9). Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass es sich um eine Kombinationslösung aus finanziellem Ausgleich (Variante 3) und einer rechtlichen Obliegenheit des Berechtigten handelt, die ausgleichsfähigen Reststrommengen auf Genehmigungsinhaber mit „freien“ Verstromungskapazitäten zu übertragen (Variante 2). Auf diese Weise wird die Höhe der möglichen Ausgleichsansprüche reduziert und der Bundeshaushalt geschont. Allerdings wird dadurch ein Widerspruch zu den energiepolitischen Zielen (frühestmöglicher Ausstieg, Förderung von Erneuerbaren Energien) und eine durchaus erhebliche Rechtsunsicherheit für die Ausgleichsberechtigten in Kauf genommen.

1. Die Anspruchsberechtigten (Kernkraftwerk Brunsbüttel ?)

Berechtigte des Anspruchs auf angemessenen Ausgleich in Geld sind die „Genehmigungsinhaber der Kernkraftwerke Brunsbüttel, Krümmel und Mülheim-Kärlich“ (§ 7f Abs. 1 Satz 1 16. AtGÄndG-E). Diese Bestimmung der Anspruchsberechtigung ist grundsätzlich korrekt, weil die Genehmigungsinhaber die rechtlichen Zuordnungssubjekte der Reststrommengen waren und sind.

Diskussionsbedürftig ist allerdings die Anspruchsberechtigung des Genehmigungsinhabers des Kernkraftwerks Brunsbüttel. Der Entwurf scheint davon auszugehen, dass auch hinsichtlich Brunsbüttel eine verfassungsrechtliche Verpflichtung besteht, die für dieses Kraftwerk verbleibende Reststrommenge zu kompensieren. Das ist allerdings zweifelhaft. Denn im Gegensatz zum Kernkraftwerk Krümmel und den anderen Kraftwerken der ersten Gruppe des § 7 Abs. 1a AtG (Abschalttermin 6.8.2011) hatte Brunsbüttel die Laufzeit von 32 Jahren, die der Zuweisung der Reststrommengen aus dem Jahr 2002 zugrunde lag, im August 2011 bereits um mehr als zwei Jahre überschritten. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil (Rn. 368) ausdrücklich festgestellt hat, lässt sich aus „den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Vertrauensschutz nicht ableiten, dass die Verstrombarkeit der 2002 zugewiesenen Reststrommengen ohne jede Entscheidungsmarge vollständig sichergestellt sein muss“. Hinzu

kommt, dass der maßgebliche Grund für die Unzumutbarkeit der Eigentumsbeschränkung darin lag, dass sich ein sachlicher Grund für die frühzeitige – vor Erreichen der Regellaufzeit von 32 Jahren – Abschaltung von Krümmel nicht finden ließ (Rn. 355 ff.). Diese Ungleichbehandlung hat das Bundesverfassungsgericht aber nur im Hinblick auf Krümmel und nicht in Bezug auf Brunsbüttel festgestellt. Im Hinblick auf das Kernkraftwerk Brunsbüttel lässt sich demgegenüber ein sachlicher Grund für den frühen Abschalttermin darin finden, dass die der Reststrommengenzuweisung zugrunde liegende 32-Jahre-Regellaufzeit im August 2011 bereits um mehr als zwei Jahr überschritten war.

2. Höhe des Ausgleichs und Anrechnung eines anderweitigen Ausgleichs

Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts muss der angemessene finanzielle Ausgleich „nicht zwingend dem vollen Wertersatz entsprechen“ (Rn. 404). Auszugleichen ist die Belastung, „die die von der Sozialgebundenheit gerechtfertigte Belastung des Eigentums übersteigt“ (BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2010, 512, 515). Angesichts der gewichtigen Gemeinwohlbelange des Lebens-, Gesundheits- und Umweltschutzes, die das Ausstiegskonzept der 13. AtG-Novelle insgesamt nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts tragen (Rn. 282 ff., 303 f., 363), konnte der Gesetzgeber bei der Höhe des finanziellen Ausgleichs einen „Gemeinwohlabschlag“ vornehmen. Von dieser Möglichkeit macht der Entwurf keinen Gebrauch. Vielmehr entscheidet er sich in § 7f Abs. 2 mit dem Kriterium des durchschnittlichen marktüblichen Strompreises zwischen 2011 und 2022 im Grundsatz für vollen Wertausgleich. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung zur Ausgleichshöhe aus verfassungsrechtlicher Sicht als großzügig einzustufen.

Was die Anrechnung eines eventuellen „anderweitigen Ausgleichs“ (§ 7f Abs. 3 16. AtGÄndG-E) angeht, so stellt die Begründung (S. 19) klar, dass durch diese Anrechnungsregelung auch völkerrechtliche Ansprüche erfasst sind. Der insbesondere nach dem Achema-Urteil des Europäischen Gerichtshofs ungewisse Ausgang des von Vattenfall eingeleiteten Schiedsgerichtsverfahrens (ICSID Case No. ARB/12/12) dürfte auf diese Weise ausreichend berücksichtigt sein.

3. Obliegenheit der Ausgleichsberechtigten, sich um Reststrommengenübertragung zu bemühen

Nach § 7f Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs setzt der Ausgleichsanspruch voraus, dass sich der Ausgleichsberechtigte zwischen 2018 und 2022 kontinuierlich um eine Übertragung der ausgleichsfähigen Reststrommengen „zu angemessenen Bedingungen“ bemüht hat. Nach dem klaren Wortlaut bedeutet dies, dass für die Reststrommengen, die der Ausgleichsberechtigte nicht zu „angemessenen Bedingungen“ angeboten hat, kein Ausgleichsanspruch besteht.

a) Folge: „Laufzeitverlängerung“ für Kernkraftwerk Emsland u.a.

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Obliegenheit zu einer verlängerten Laufzeit der Kernkraftwerke führen kann, deren Reststrommengen vor dem gesetzlichen Abschalttermin verstromt sein werden. Während nämlich nach geltendem Recht eine Reststrommengenübertragung auf diese Kraftwerke von einer freiwilligen Vereinbarung der beteiligten Genehmigungsinhaber abhängt, übt die Obliegenheitsregelung des Entwurfs einen erheblichen „Anreiz“ aus, von bestehenden Übertragungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Insoweit verzichtet der vorliegende Entwurf partiell auf das Ziel eines frühestmöglichen Ausstiegs aus der kommerziellen Nutzung der Kernenergie zugunsten einer Schonung des Bundeshaushalts.

b) *Übernahmefähige Kernkraftwerke auch in Netzausbaugebieten?*

Besondere Bedeutung im Kontext der Energiewende kommt diesen haushaltspolitischen Erwägungen insoweit zu als die „aufnahmefähigen“ Kernkraftwerke in Gebieten lokalisiert sind, in denen die Übertragungsnetze besonders stark überlastet sind (Netzausbaugebiete nach §§ 36c, 88b EEG). Denn hier kann die Verlängerung des Betriebs von Kernkraftwerken über die Erschöpfung der Reststrommengen hinaus dazu führen, dass Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien abgeregelt werden – zulasten der Stromkunden und zugunsten des Bundeshaushaltes. Zur Lösung dieses Problems bieten sich zwei Varianten an:

- (a) Verzicht auf die in § 7f Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs vorgesehene Obliegenheit (dadurch würde eine Reststrommengenübertragung auf Kraftwerke in Netzausbaugebieten zwar nicht verhindert, aber auch nicht weiter „gefördert“ durch den Zwang der Ausgleichsberechtigten, zur Erhaltung ihres Anspruchs Reststrommengen zu übertragen);
- (b) Beschränkung der Obliegenheit auf die Übertragung von Reststrommengen auf „aufnahmebereite“ Kernkraftwerke, die außerhalb von Netzausbaugebieten liegen – kombiniert mit einem generellen Verbot der Reststrommengenübertragung auf Kernkraftwerke in Netzausbaugebieten.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind gegen beide Varianten keine grundlegenden Einwände ersichtlich. Die Übertragbarkeit von Reststrommengen nach dem Ausstieg 2000/2002 genießt verfassungsrechtlich keinen absoluten Schutz. Zu prüfen wäre lediglich, ob sich durch eine Einschränkung der Übertragbarkeit (Netzausbaugebiete) die vom Bundesverfassungsgericht prognostizierten konzerninternen Verstromungsmöglichkeiten wesentlich verändern und/oder der Kreis der ausgleichsberechtigten Genehmigungsinhaber erweitern würde.

c) *„Angemessene Bedingungen“, Rechtsunsicherheit für die Ausgleichsberechtigten und das BMU als „Schiedsrichter“*

Um das Risiko zu vermeiden, den Ausgleichsanspruch zu verlieren, müssen die Ausgleichsberechtigten (RWE, Krümmel/Vattenfall) ihre überschüssigen Reststrommengen den Betreibern aufnahmefähiger Kraftwerke (PreussenElektra, EnBW) kontinuierlich zu „angemessenen Bedingungen“ anbieten. Diese Obliegenheit ist für die Ausgleichsberechtigten mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Diese Unsicherheiten resultiert aus zwei Ursachen:

- Zunächst sind die Maßstäbe, nach denen sich die „angemessenen Bedingungen“ richten, unbestimmt. Nach der Entwurfsbegründung (S. 17) soll das Angebot des Ausgleichsberechtigten einen „vertretbaren Wert“ haben, der sich offenbar an dem Wert orientieren soll, den das Bundesverfassungsgericht (Rn. 404) für den angemessenen finanziellen Ausgleich durch den Staat umschrieben hat. Das bedeutet, dass die Übertragung der überschüssigen Reststrommengen zu Konditionen angeboten werden muss, die für RWE und Krümmel/Vattenfall keinen „vollen Wertersatz“ bedeuten. Auch wenn man den weiteren Hinweis hinzunimmt, die Übernahme komme für den Genehmigungsinhaber eines übernahmefähigen Kraftwerks in Betracht, wenn „sich eine Erzeugung wirtschaftlich für ihn rechnet“ (S. 17), folgt daraus kaum eine kalkulierbare Grundlage für die Ausgleichsberechtigten, die ihnen bei der Gestaltung der „angemessenen Bedingungen“ ihres Angebotes hilft.
- Der zweite Unsicherheitsfaktor resultiert daraus, dass eine behördliche Entscheidung darüber, ob die Übertragungsangebote „angemessen“ sind bzw. waren, nach dem Entwurf erst nach dem 31.12.2022 ergeht – im Zusammenhang mit der Entscheidung darüber, ob und

ggf. in welcher Höhe ein Ausgleich gewährt wird. Stellt sich dann (im Jahr 2023) heraus, dass ein Ausgleichsberechtigter die Übertragung zu für den Übernehmenden günstigeren Konditionen hätte anbieten müssen, scheidet sein Anspruch an der Voraussetzung des § 7f Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs vollständig; er geht also leer aus.

Ob diese Rechtsunsicherheit bei der Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs eine verhältnismäßige Ausgestaltung der Eigentumsposition der betroffenen Betreiber darstellt, erscheint sehr fraglich. Die nach meiner Einschätzung gebotene Rechtssicherheit könnte nur dadurch hergestellt werden, dass

- das BMU kontinuierlich die Angebote der Ausgleichsberechtigten begleitet,
- letztlich als Schiedsrichter zwischen RWE und Vattenfall auf der einen Seite und PreussenElektra und EnBW auf der anderen Seite die „angemessenen“ Konditionen für eine Reststrommengenübertragung moderiert (ohne letztere zur Übernahme von Reststrommengen zwingen zu können) und schließlich
- gegenüber den ausgleichsberechtigten (RWE und Vattenfall) verwaltungsrechtlich verbindliche Zwischenentscheidungen (z.B. Zusicherungen nach § 38 VwVfG) darüber trifft, ob ein Angebot zur Übernahme von Reststrommengen „angemessen“ war.

Auch eine solche Ausgestaltung des Verfahrens zur Erfüllung der Obliegenheit aus § 7f Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs sieht sich aber gravierenden Bedenken ausgesetzt. So kann das BMU kaum als „neutraler Schiedsrichter“ qualifiziert werden, weil das institutionell-politische Interesse darauf gerichtet sein wird, die Steuerzahler dadurch zu entlasten, dass die Übernahmekonditionen so „günstig“ für den Übernehmenden gestaltet werden, dass es zu einer Reststrommengenübertragung kommt und auf diese Weise kein Ausgleich aus dem Bundeshaushalt geleistet werden muss.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, § 7f Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs zu streichen. Ein Anreiz zur Übertragung von Reststrommengen – soweit er politisch trotz des Ziels einer frühestmöglichen Beendigung der kommerziellen Kernenergienutzung im Interesse der Steuerzahler gewollt ist – könnte dadurch erzielt werden, dass die Ausgleichshöhe nicht so großzügig wie im vorliegenden Entwurf ausgestaltet wird (s.o. II. 2. zur Ausgleichshöhe).

III. Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über den Ausgleich in Geld

Der Entwurf enthält zum Verwaltungsverfahren im Wesentlichen die – im Einvernehmen mit dem BMWi wahrzunehmende – Zuständigkeit des BMU. Angesichts der politischen und finanziellen Dimension der möglichen Ausgleichsansprüche insbesondere nach § 7f des Entwurfs erscheint diese Zuständigkeitsregelung angemessen.

Im Interesse der Akzeptanz, der Transparenz der Verwendung öffentlicher Mittel und der Nachvollziehbarkeit staatlicher Entscheidungen mit großer wirtschaftlicher und politischer Reichweite wäre es, wenn die wesentlichen Verfahrensschritte, die Entscheidungsgrundlagen und das Ergebnisse der Verfahrens beim BMU öffentlich zugänglich wären.

In Orientierung an regulierungsrechtlichen Vorschriften über Verfahren bei der Bundesnetzagentur könnte § 7g des Entwurfs um einen Absatz 4 mit folgendem Wortlaut ergänzt werden:

„Das für die kerntechnische Sicherheit und den Strahlenschutz zuständige Bundesministerium veröffentlicht in den Verfahren nach den Absätzen 1 und 2 unverzüglich die verfahrenseinleitenden Anträge, die verfahrensabschließende Entscheidung sowie die wesentlichen Informationen (Gutachten, Schriftsätze), auf denen

diese beruht. Soweit schutzwürdige Interessen überwiegen, werden dabei personenbezogene Daten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unkenntlich gemacht.“

IV. Fazit

Der Entwurf sollte in vier Elementen geändert bzw. ergänzt werden:

- Streichung der Kompensationsfähigkeit der Reststrommengen des Kernkraftwerks Brunsbüttel,
- Reduktion der Ausgleichshöhe,
- Verzicht auf die Obliegenheit der Ausgleichsberechtigten, sich ernsthaft um die Übertragung der ausgleichsfähigen Reststrommengen „zu angemessenen Bedingungen“ zu bemühen (§ 7f Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs) – kombiniert mit einem Verbot der Übertragung von Reststrommengen auf Kernkraftwerke in Netzausbaugebieten,
- Stärkung der Transparenz des Verfahrens beim BMU zur Vorbereitung der Entscheidung über einen Ausgleich.

Frankfurt am Main, den 12.6.2018

G. Hermes