

**Thesenpapier zum Gesetzentwurf zur 17. AtG-Novelle
(BT-Drs. 19/27659 v. 17.3.2021)
- Dr. Herbert Posser -**

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz
und nukleare Sicherheit
Ausschussdrucksache
19(16)564-A
öAnh. am 05.05.21
03.05.2021

I. Handlungsbedarf

Die gegenwärtige **Rechtslage** ist **defizitär**. § 99 VwGO löst den Konflikt zwischen richterlicher Kontrolle, effektivem Rechtsschutz und materiellem Geheimschutzrecht nicht; denn er normiert keine Rechtsfolgen für den Fall, dass die Verweigerung der Aktenvorlage als rechtmäßig bestätigt wird. Die Judikatur bietet nicht nur **keine praxisgerechte Lösung** an, sondern führt vielmehr zu unhaltbaren Ergebnissen; sie postuliert zu Unrecht ein Ermittlungs- und Bewertungsdefizit – mit der Folge der Genehmigungskassation –, weil die Behörde im Prozess wegen der Geheimschutzanforderungen ihre maßgeblichen, die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen belegenden Dokumente nicht offenlegen darf. Sie hat trotz aufwändigster Prüfungen im Genehmigungsverfahren nur die „Wahl“ zwischen (strafbewehrtem) **Geheimnisverrat** oder **Prozessverlust**. Diese Situation ist nicht nur unbefriedigend, sondern führt in multipolaren Konstellationen – wie bei Drittklagen gegen atomrechtliche Genehmigungen – zu **grundrechtswidrigen Zuständen**. Obwohl die Fachsenate ausnahmslos die **Geheimhaltungsbedürftigkeit** von Sicherungsunterlagen aufgrund ihrer Bedeutung für die äußere wie innere Sicherheit der Bundesrepublik **bestätigt** haben, werden Behördenentscheidungen aufgehoben, auf welche die jeweiligen Antragsteller indes einen Anspruch haben; das bewirkt ein juristisches „**perpetuum mobile**“, weil die Genehmigungen immer wieder erteilt werden müssen (Antragsteller und Behörde kennen die zur Genehmigungsfähigkeit führenden Lastannahmen und die getroffenen Maßnahmen ja), um dann erneut aufgehoben zu werden (Kläger und Gerichte kennen die Unterlagen eben nicht). Das ist absurd. Es wird insbesondere dem mit den Sicherungsnormen des AtG bezweckten Schutz Aller – keineswegs nur der jeweiligen Kläger – nicht gerecht; die mit einer Offenlegung zu befürchtende Wirkungslosigkeit von Schutzmaßnahmen vor SEWD-Ereignissen führt in der gerichtlichen Praxis zu einem **perplexen**, widersprüchlichen **Normgehalt** der Sicherheitsvorschriften des AtG. Wirksamkeit und Geheimhaltung von Schutzvorkehrungen bedingen sich.

Hier ist dringend Abhilfe geboten. Dafür werden seit langem verschiedene Ansätze diskutiert. Es ist uneingeschränkt begrüßenswert, dass der Gesetzgeber nun handelt, wenngleich seine Aussage im Entwurf („*Alternativen: Keine*“) nicht zutrifft (dazu noch unter IV.). Dennoch ist es ein rechtsstaatliches Desiderat, dass endlich eine Lösung der aufgezeigten Problemlage kodifiziert wird.

II. § 44-E – Exekutiver Funktionsvorbehalt

Die Norm ist *dreistufig* aufgebaut: Sie definiert in Abs. 1 den Begriff der **Lastannahmen**, also die zu unterstellenden Störmaßnahmen, regelt – von diesen ausgehend – in Abs. 2 das Erfordernis, allgemeine sowie anlagentyp- und tätigkeitsspezifische **Maßnahmen** für den erforderlichen Schutz in den SEWD-Richtlinien nach bestimmten materiellen Maßgaben festzulegen und normiert dann in Abs. 3 – der Zentralnorm des gesamten Entwurfs – eine **gesetzliche Fiktion**: Der erforderliche Schutz gegen SEWD-Ereignisse „*ist gegeben*“, wenn dies „*nach der Bewertung der Genehmigungs- oder Aufsichtsbehörde*“ durch die festgelegten Maßnahmen sichergestellt ist. Damit bewertet die *Exekutive* kraft ihres Funktionsvorbehalts und der ihr zustehenden Einschätzungsprärogative, ob der erforderliche Schutz gewährleistet ist, und der *Gesetzgeber* zieht diese Bewertung sodann auf die normative Ebene, indem er mit dieser behördlichen Beurteilung die Erfüllung der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Zulassungsnormen verbindet. Die gegen eine entsprechende Zulassungsentscheidung angerufenen Verwaltungsgerichte, die gem. Art. 20 Abs. 3 GG an das Gesetz gebunden sind, können dann diese Bewertung nicht mehr im jeweiligen Einzelfall als willkürlich auszuweisen oder ein behördliches Ermittlungs- und Bewertungsdefizit konstatieren.

Dieser Regelungsmechanismus spitzt den exekutiven Funktionsvorbehalt und die damit stets verbundene Einschränkung der richterlichen Kontrolldichte zwar zu, ist aber nicht verfassungswidrig und insbesondere kein Verstoß gegen **Art. 19 Abs. 4 GG**. Die darin verbürgte Rechtsschutzgarantie, die allerdings von vornherein nicht gegenüber dem Gesetzgeber gilt, ist *normgeprägt*, d.h. sie unterliegt der Ausgestaltung durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber (sog. „**normative Ermächtigungslehre**“). Einschränkungen der richterlichen Kontrolldichte sind keineswegs per se unzulässig; es gibt keinen verfassungskräftigen Anspruch auf richterliche Vollprüfung. Entscheidend sind vielmehr drei Anforderungen: Zunächst muss die einschränkende gesetzliche Norm *bestimmt* genug sein, darf etwa nicht nur mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeiten; diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Darüber hinaus muss ein *hinreichend gewichtiger Sachgrund* für die Begrenzung bestehen; auch das ist hier mit Blick auf die geschilderte Ausgangslage der Fall. Kritischer ist die dritte Voraussetzung, wonach eine *substantielle Kontrollmöglichkeit* verbleiben muss. Das geschieht vor allem durch spezifische Verfahrensregelungen, die eine *Richtigkeitsgewähr* sichern sollen; dabei sind Spezifika der jeweils zu regelnden Sachgebiete zu berücksichtigen – hier also die auch in der Entwurfsbegründung zu Recht hervorgehobene Besonderheit, dass Sicherungsfragen „*letztlich nur politisch verantwortet werden können*“ (BVerwG, Urt. v. 22.3.2012 – 7 C 1/11 –, juris Rz. 20).

So liegt es aufgrund der skizzierten **Dreistufigkeit** auch im hiesigen Fall: Die Lastnahmen werden nicht selbstreferentiell allein von der späteren Entscheidungsbehörde bestimmt, sondern nach dem Stand der Erkenntnisse und Bewertungen der Sicherheits-, Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder; in dieser Beteiligungsvielfalt und Aktualitätsanforderung liegt die erhöhte **Richtigkeitsgewähr**, dass dem grundrechtlichen Schutzanspruch der Bürger Rechnung tragende Szenarien festgelegt werden. Die darauf bezogenen Maßnahmen auf der zweiten Ebene werden ebenfalls nicht selbstreferentiell durch die spätere Entscheidungsbehörde, sondern durch die SEWD-Richtlinien nach Maßgaben einer **gesetzlich determinierten Konzeption** (Gefahrenpotential, 100 mSv-Richtwert) festgelegt. Erst auf der dritten Ebene entscheidet dann die gem. Art. 20 Abs. 3 GG gesetzesgebundene Zulassungsbehörde und bewertet die Kongruenz von Lastnahmen und Maßnahmen zum erforderlichen Schutz gegen SEWD-Ereignisse. Dabei hat es jedoch nicht sein Besten. Es ist vielmehr der demokratisch legitimierte Gesetzgeber selbst, der diese behördliche Beurteilung dann auf die normative Ebene hochzont und **politisch verantwortlich**. Er füllt damit regelungstechnisch das aus, was das BVerwG bereits frühzeitig gefordert hat – für die Sicherung kerntechnischer Anlagen mit dem integrierten Sicherungs- und Schutzkonzept (vgl. § 41-E) politische Verantwortung zu übernehmen. Dieses abgestufte, grundrechtswahrende Konzept hält auch vor den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG stand.

III. § 44a (Bundesrat) – In-camera-Verfahren vor dem Hauptsachegericht

Der Bundesratsvorschlag zu dieser Lösungsvariante hat zwei Facetten:

- 1) Als **bloße Flankierung** zum gegenwärtigen § 44-E (so wie es lit. a) indiziert) ist die Vorschrift strukturell überflüssig. Denn angesichts der Regelungssystematik des § 44 Abs. 3-E bedarf es gerade keiner Überprüfung einer aus Geheimhaltungsgründen versagten Aktenvorlage mehr – weder beim Fachsenat (§ 99 VwGO) noch beim Hauptsachegericht (§ 44a-BR).
- 2) Anders sähe es dagegen dann aus, wenn man die verfassungsrechtlichen Bedenken an der zur Zeit vorgesehenen Funktionsvorbehaltslösung teilte, darin insbesondere einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG erblickte. Dann greift der Bundesrats-Vorschlag eine bereits vielfach diskutierte und in § 138 TKG vergleichbar geregelte **eigenständige Lösung** der unter Ziffer I. geschilderten Problematik auf und führt sie einer sachgerechten Lösung zu. Systematisch würde ein § 44a mithin dann Sinn machen, wenn in § 44 Abs. 3-E die Worte „nach der Bewertung der Genehmigungs- oder Aufsichtsbehörde“ gestrichen

würden; denn dann würde (wieder) Raum für eine gerichtliche Kontrolle geschaffen, bei der sich erneut die skizzierten Probleme stellten und Abhilfe geschaffen werden müsste. Gleiches würde gelten, wenn man zumindest eine gerichtliche Kontrolle dazu eröffnen würde, *ob* Szenarien aus den Lastannahmen und Maßnahmen aus den SEWD-Richtlinien im behördlichen Bescheid zugrunde gelegt wurden. Erst recht gelte dies im Fall der bisherigen Willkürkontrolle. Will man also den geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken vorsorglich Rechnung tragen, wäre dieser Bundesrats-Vorschlag vorrangig aufzugreifen.

IV. Weitere Alternativen

Unabhängig von diesen beiden Wegen gibt es zahlreiche weitere Möglichkeiten, die beschriebene Konfliktsituation aufzulösen. Das könnten etwa Beweislast- oder Beweiswürdigungsregeln im Falle eines *non liquet*, insbesondere im Fall eines Beweisnotstands, sein oder die Rückführung der richterlichen Kontrolldichte auf eine Plausibilitäts-, Vertretbarkeits-, Begründbarkeits- oder Evidenzprüfung (das sind vier unterschiedliche Maßstäbe). Denkbar ist statt einer inhaltlichen Ergebniskontrolle auch eine reine Verfahrens- oder Verhaltenskontrolle, bei der das Ergebnis als rechtmäßig verstanden wird, wenn zu definierende Verfahrensschritte eingehalten wurden. Auch eine sog. „Ping-Pong-Lösung“, bei der es kein pauschales Entweder-Oder, sondern eine nach klägerischer Vortragsintensität wechselnde Darlegungs- und Beweislast gibt, wird insofern diskutiert. Das alles kann hier nur angerissen werden. Vorzugswürdig sind in jedem Fall die großen Lösungen unter II. und III.2).

V. Folgeprodukte

Für die Definition der Schutzziele des neuen § 42-E, die grundsätzlich zu begrüßen sind, wird der Begriff „*Folgeprodukte*“ neu im Gesetz eingeführt. Folgeprodukte sind entweder Kernbrennstoffe oder **sonstige radioaktive Stoffe**. Damit werden im AtG erstmals Anforderungen an den Umgang mit sonstigen radioaktiven Stoffen gestellt, was bislang vollständig *Regelungsbereich des Strahlenschutzrechts* ist. Offenbar ist politisch gewollt, dass sonstige radioaktive Stoffe **in kerntechnischen Anlagen** höheren Schutzanforderungen unterliegen sollen, als identische Stoffe im sonstigen genehmigungsbedürftigen Umgang, wie z.B. in Forschungseinrichtungen oder medizinischen Stellen. Eine solche **Ungleichbehandlung nach der Herkunft** ist jedoch sachlich nicht gerechtfertigt und deshalb verfassungswidrig. Insbesondere darf danach angesichts der bestehenden **Stoffidentität** gerade nicht differenziert werden. Das zeigt

sich z.B. an hochaktiven Quellen, wie etwa Cäsium-137 zur Verwendung in therapeutischen Bestrahlungsgeräten, die aus bestrahlten Kernbrennstoffen gewonnen werden. Die sonstigen radioaktiven Stoffe in Medizin und Forschung sind also ebenfalls Folgeprodukte, zu denen eine abweichende Behandlung für stoffidentische Materialien aus kerntechnischen Anlagen willkürlich ist. So wird im neuen § 44 Abs. 2-E ein 100 mSv-Kriterium eingeführt. Dieses betreffe durch die Einbeziehung der „Folgeprodukte“ auch sonstige radioaktive Stoffe in kerntechnischen Anlagen. Für identische Stoffe in anderen Einrichtungen definiert das untergesetzliche Regelwerk dagegen deutlich niedrigere Anforderungen. **Diese Ungleichbehandlung ist insgesamt nicht gerechtfertigt.** Deshalb wird angeregt, die Einführung des Begriffs „Folgeprodukte“ zu streichen. Anforderungen an sonstige radioaktive Stoffe sollten **weiterhin** im **Strahlenschutzrecht** geregelt werden.

Düsseldorf, im April 2021