

Die vorliegende Stellungnahme gibt nicht die Auffassung des Ausschusses wieder, sondern liegt in der fachlichen Verantwortung des/der Sachverständigen. Die Sachverständigen für Anhörungen/Fachgespräche des Ausschusses werden von den Fraktionen entsprechend dem Stärkeverhältnis benannt.

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

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

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Davina Bruhn *
André Horenburg

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

30.04.2021
00641/20 /H /st
Mitarbeiterin: Sabine Stefanato
Durchwahl: 040-278494-16
Email: stefanato@rae-guenther.de

Stellungnahme von

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Wollenteit

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (Siebzehntes AtG- ÄnderungsG)

BT-Drs. 19/127659

im Rahmen der

öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit des Deutschen Bundestages am 05. Mai 2021

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

I. Einleitung

Der Entwurf eines „Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes“ ist abzulehnen. Er stellt den erklärten Versuch dar, durch einen Federstrich des Gesetzgebers den ohnehin bereits schwierigen Rechtsschutz Drittbetroffener und von Umweltverbänden im Bereich des Atomrechts weiter zu erschweren und in Bezug auf den erreichten Stand der Rechtsprechung das Rad der Geschichte zurückzudrehen.

Der Unterzeichnende hat sich bereits im Rahmen der Verbändeanhörung mit dem Referentenentwurf befasst, der klar die Intention offengelegt hatte, den Drittschutz im Bereich von Störmaßnahmen Einwirkungen Dritter (SEWD) abschaffen und schon die Möglichkeit missliebiger Gerichtsurteile ausschalten zu wollen. Die im Auftrag von Greenpeace e.V. sowie des Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) - Friends of the Earth, Germany, erstellte Kurzepertise füge ich als

Anlage

bei. Auch wenn der aktuelle Gesetzentwurf weniger radikal ausgefallen ist, unterliegt er dennoch weitgehend der dort artikulierten Kritik.

Von dem Gesetzentwurf geht vor dem Hintergrund der noch zu bewältigenden Probleme, die die Kernenergiekontroverse hinterlassen hat, eine äußerst negative Vorbildwirkung aus (II.). Der behauptete Bedarf für eine gesetzliche Normierung des Funktionsvorbehalts ist nicht nachvollziehbar (III.). Das Narrativ von dem angeblich bewährten Funktionsvorhalt ist zu hinterfragen. Der Funktionsvorbehalt stellt nach richtiger Auffassung eine rechtsstaatliche Anomalie dar und ist deshalb verfassungsrechtlich abzulehnen (IV.). Der Gesetzentwurf weist zudem auch handwerkliche Schwächen auf (V.).

II. Negative Vorbildwirkung

Von dem Gesetzesvorhaben geht eine äußerst negative Vorbildwirkung aus.

Von der Normierung eines gesetzlichen Funktionsvorbehalts für den Bereich von SEWD wird in erster Linie der Staat bei der Bewältigung seiner zukünftigen Aufgaben im Bereich der Zwischenlagerung (etwa bei Neugenehmigung nach Auslaufen der befristeten Genehmigungen) und der Endlagerung profitieren. Für den laufenden Betrieb der Atomkraftwerke wird die Implementierung des angestrebten Funktionsvorbehalts schon wegen der kurzen Restlaufzeiten keine relevante Rolle mehr spielen. Das gilt auch für die Stilllegung, wie die jüngste Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.01.2021, - BVerwG 7 C 4.19 (Isar 1), zeigt.

Die Schaffung eines Funktionsvorbehalts ist in erster Linie von dem Bedürfnis geprägt, exekutivische Entscheidungen vor Klägern und richterlicher Kontrolle abzuschirmen. Ausgerechnet für die noch zu bewältigenden Aufgaben der Entsorgung auf exekutivische Privilegien zu setzen und Klagerechte zu desavouieren, widerspricht den erklärten Zielen, die mit dem behaupteten Neuanfang beschritten werden sollte. Die „Kommission Endlagerung hochradioaktiver Abfallstoffe“ hat in der Einleitung des Abschlussberichts (2016) wie folgt ausgedrückt:

„Ziel ist es, nach dem geordneten Ausstieg aus der Kernenergie den zweiten Großkonflikt, die Auseinandersetzungen um die radioaktiven Abfälle, die unsere Gesellschaft rund drei Jahrzehnte schwer belastet haben, zu beenden. Mit unseren Vorschlägen können wir auch international zum Vorbild werden, sowohl für das wissenschaftlich fundierte Such- und Auswahlverfahren als auch für **Transparenz**, Bürgerbeteiligung und **Rechtsschutz**. Sie schaffen die Grundlagen für ein neues Vertrauen und eine nachhaltige Verständigung.“ (Abschlussbericht, K-Drs. 268, Vorwort, S. 17)

Die angestrebten Regelungen werden dafür sorgen, dass die ohnehin bereits geringe Transparenz im Bereich von SEWD weiter schrumpft und der Rechtsschutz zur Farce wird. Das überzogene Streben nach Geheimhaltung ist im hohen Maße geeignet, eine offene Diskussion über den zu gewährleistenden Schutz der Zwischenlager vor terroristischen Angriffen abzuwürgen sowie die Bürgerbeteiligung im Vorfeld neuer Zwischenlagereignissen schon im Keim zu ersticken. Die gerade angelaufene Diskussion um die Zukunft der dezentralen Zwischenlagerung wird durch eine überflüssige Gesetzgebung nachhaltig geschädigt. Ein transparenter und für Partizipation offener Neuanfang bei der Suche nach zukünftigen Entsorgungskonzeptionen sieht anders aus.

Es ist zu erwarten, dass das Gesetzesvorhaben nicht nur das Vertrauen in die Entwicklung eines problemadäquaten und diskussionsoffenen Entsorgungskonzepts untergraben, sondern auch ein erst noch zu erarbeitendes Vertrauen gegenüber den mit der Implementation solcher Konzepte befasster Behörden deutlich erschweren wird. Der Gesetzentwurf ist deshalb bestens geeignet, alte Konfliktlinien zu reaktualisieren.

III. Bedarf für die Normierung eines Funktionsvorbehalts für SEWD nicht erkennbar

Die angestrebte Gesetzgebung verkürzt Bürgerrechte deutlich weitergehend als in dem Koalitionsvertrag vorgesehen (1.). Die Begründung für die Notwendigkeit der Normierung des Funktionsvorbehalts ist nicht nachvollziehbar. Es fehlt an einem erkennbaren Änderungsbedarf. Die Begründung ist zudem widersprüch-

lich. (2.). Die Unterstellung, Gerichte hätten den Funktionsvorbehalt nicht beachtet, ist zudem falsch (3.).

1. Aussagen des Koalitionsvertrags

In dem Koalitionsvertrag 2018 heißt es:

„Wir wollen ein In-camera-Verfahren im Hauptsacheverfahren einführen, so dass geheimhaltungsbedürftige Unterlagen zum Zwecke des Nachweises der Genehmigungsvoraussetzungen in ein verwaltungsgerichtliches Hauptsacheverfahren bei gleichzeitiger Wahrung des Geheimsschutzes eingeführt werden können.“ (Zeilen 6647 – 6650)

Von einer Normierung des Funktionsvorbehalts für den Bereich von SEWD ist im Koalitionsvertrag nicht die Rede. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass der Gesetzgeber von den selbst eingegangenen Verpflichtungen eines Koalitionsvertrages zum Nachteil von Bürgern abweichen darf. Es wäre aber zumindest zu erwarten gewesen, dass man eine nachvollziehbare Begründung dafür erfährt, weshalb der im Koalitionsvertrag vereinbarte regulative Ansatz aufgegeben worden ist und stattdessen ein Vorschlag verfolgt wird, der zu einer deutlichen Verschlechterung des Rechtsschutzes führt.

Der Bundesrat hat in dem vorliegenden Gesetzgebungsverfahren die Forderung nach Integration eines In-camera-Verfahrens in das Hauptsacheverfahren wieder aufgegriffen. Die Bundesregierung ist dem u.a. mit dem Argument entgegengetreten, mit dem Festhalten an einer Normierung des Funktionsvorbehalts würden verfassungsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit einem atomrechtlichen In-Camera-Verfahren vermieden. Dieses Argument ist partiell durchaus nachvollziehbar, aber aus der Sicht eines rechtsschutzsuchenden Bürgers als scheinheilig zu qualifizieren. Denn aus der Sicht der betroffenen Bürger stellt die formalgesetzliche Normierung des atomrechtlichen Funktionsvorbehalts eine deutlich schwerwiegendere Verkürzung des Rechtsschutzes dar, als die ursprünglich angestrebte Integration eines In-Camera-Verfahrens.

2. Normierung des Funktionsvorbehalts überflüssig

Die Normierung des Funktionsvorbehalts für den Bereich von SEWD ist überflüssig.

- Für die noch im Betrieb befindlichen Atomkraftwerke wird die Gesetzgebung keine Rolle mehr spielen. Ende 2022 werden die letzten 3 noch am Netz befindenden Atomkraftwerke vom Netz gehen. Die Rechtsänderung wird für den absehbar endenden Betrieb keinerlei Rolle mehr spielen.

- Nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.01.2021, - BVerwG 7 C 4.19, Stilllegungsgenehmigung für das Atomkraftwerk Isar 1, steht fest, dass die Stilllegungsgenehmigung als Veränderungsgenehmigung anzusehen ist, die die Genehmigungsfrage im Hinblick auf Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter (SEWD) selbst dann nicht mehr aufwerfen kann, wenn sich noch hochgefährliche Kernbrennstoffe in der Anlage befinden. Auch wenn es gute Gründe gibt, diese Entscheidung zu bedauern, ist sie als Letztentscheidung hinzunehmen. Dem Thema SEWD wird nach dieser grundsätzlichen Klärung nur noch in Bezug auf leicht lösbare Probleme bei den sog. Pufferlagerflächen eine Rolle spielen. Es ist eindeutig, dass dies keine Rechtsänderung erfordert.
- Die Genehmigungen der sogenannten Standortzwischenlager sind mit Ausnahme des Zwischenlagers für das Kernkraftwerk Brunsbüttel (dazu noch unten) alle bestandskräftig.
- Das in der Begründung angeführte Argument, ohne die Normierung des Funktionsvorbehalts sei die Rückführung von Abfällen aus den ausländischen Wiederaufbereitungsanlagen in deutsche Zwischenlager und damit die völkerrechtliche Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, ist gänzlich verfehlt. Vor dem Hintergrund des zurückliegenden Transports nach Biblis und der hierzu ergangenen Entscheidung des VGH Kassel (Beschl. v. 21. Okt. 2020, 6B2381/20.T) entbehrt dieses Argument jedweder Substanz. Die Verpflichtung zur Rücknahme der Abfälle besteht im Übrigen schon seit Jahrzehnten.

Eine nächste größere Welle von Genehmigungen im Bereich des Atomrechts ist erst mit dem Auslaufen der Zwischenlagergenehmigungen ab dem Jahr 2043 zu erwarten. Für die Endlagerung wird es noch einige Jahrzehnte länger dauern.

Selbst wenn man unterstellt, dass in Bezug auf SEWD ein Bedürfnis nach Immunisierung exekutiver Entscheidung vor unliebsamen Gerichtsentscheidungen anzuerkennen ist, wozu keinerlei Anlass besteht, ist ein relevanter Bedarf für die Neuregelung nicht zu erkennen.

Die Begründung ist zudem widersprüchlich. Der Funktionsvorbehalt und dessen Konturierung im Bereich von SEWD wird in der Begründung mal als „anerkannt“, mal als „bewährt“, mal als Ergebnis einer „jahrzehntelangen Rechtsprechung“ präsentiert. Der Funktionsvorbehalt werde in § 44 Abs. 3 17. AtG-E „ausdrücklich normiert“ (S. 16). Die Begründung liest sich in der Tat wie eine Zusammenfassung der aktuellen Rechtsprechung zu SEWD, der man keinesfalls in allen Punkten folgen darf (dazu noch unten). Man fragt sich in Ansehung dieser Rhetorik worin eigentlich der „Mehrwert“ der Regelung liegen soll, wenn lediglich etwas ohnehin bereits Anerkanntes noch einmal ausdrücklich normiert wird. Einen Regelungsbedarf zu konstatieren und zugleich zu behaupten, er ent-

spreche ohnehin bereits der herrschenden Rechtsprechung, erscheint zunächst widersprüchlich und wenig sinnträchtig.

Tatsächlich verschleiert die Rhetorik das eigentliche Anliegen. Der aktuelle Gesetzentwurf erklärt sich vor allem aus dem Bestreben, die nach dem 11.09.2001 (Angriff auf das WTC) einsetzende Rechts- und Rechtsprechungsentwicklung zu torpedieren. Bereits in der Problem- und Zielbeschreibung wird dies offen ausgesprochen:

„Durch die gesetzliche Normierung des atomrechtlichen Funktionsvorbehalts der Exekutive im Atomgesetz wird dieser gestärkt und die Verteidigung zutreffender (!) Genehmigungsentscheidung vor Gericht gesichert.“
(S. 2)

Der „Mehrwert“ besteht also darin, Genehmigung so ausgestalten zu können, dass ihre Verteidigung vor Gericht „gesichert“ ist. Das führt die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG ad absurdum.

3. Der Funktionsvorbehalt und die Entscheidung des OVG Schleswig zum Zwischenlager Brunsbüttel

In der Begründung heißt es bereits einleitend:

„In jüngeren Entscheidungen haben die Gerichte zwar an die Rechtsprechung zum Funktionsvorbehalt der Exekutive angeknüpft. Die Entscheidungen warfen aber Fragen zu Inhalt und Grenzen des Funktionsvorbehalts auf.“

Der „Elefant“, der hier ungenannt im Raum steht, ist das Urteil des OVG Schleswig zum Zwischenlager Brunsbüttel vom 19.06.2013 (4 KS 3/08). Das OVG Schleswig hat die Genehmigung für das Zwischenlager Brunsbüttel wegen Ermittlung und Bewertungsdefiziten aufzuheben und dabei angenommen, dass an mehreren Punkten Ermittlungen und Bewertungen zu SEWD nicht willkürfrei ausgefallen seien. Das Urteil ist auf 106 Seiten äußerst sorgfältig begründet. Ohne in eine umfassende Exegese des Urteils einsteigen zu können, stellt sich bei genauerer Prüfung die Behauptung, die angegriffenen Gerichte hätten den Funktionsvorbehalt nicht beachtet, als gänzlich haltlos dar.

Das Urteil des OVG Schleswig ist mit 2 Revisionen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten worden. Die Schriftsätze der Beigeladenen und des Bundesamtes für Strahlenschutz umfassten mehrere 100 Seiten und haben die angebliche Verletzung des Funktionsvorbehalts ins Zentrum gerückt. Beide Revisionen sind mit einem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 08.01.2015 (BVerwG (BVerwG, Beschluss vom 08. Januar 2015 – 7 B 25/13 –, juris) sang und klang-

los zurückgewiesen worden. Eine Verletzung des Funktionsvorbehalts wurde nicht festgestellt.

Als Skandal ist zu bewerten, dass bis heute keine neue Genehmigung vorliegt. Der Betrieb des Zwischenlagers basiert seit 8 Jahren (!) auf einer Duldung, die inzwischen unbefristet erteilt worden ist. Hintergrund soll im Übrigen angeblich nicht der Nachweis der Sicherheit in Bezug auf SEWD sein, sondern vielmehr die Nähe des Zwischenlagers zu dem geplanten Flüssiggasterminal.

Der Unterzeichnende hat in dem Verfahren die Klägerseite vertreten. Konfrontiert waren die Kläger mit erkennbar überzogenen Geheimhaltungsbehauptungen, die nachträglich auch in erheblichem Umfang revidiert worden sind. Inzwischen ist weitgehend bekannt, was mit dem Begriff der „Härtung“ der Zwischenlager gemeint war. Damals war dies hoch geheim. Anwesende Beteiligte - sowohl auf Seiten des Betreibers als auch der Genehmigungsbehörde - hatten im Übrigen glaubhaft gegenüber dem Unterzeichnenden versichert, dass aus ihrer Sicht ein erheblicher Teil der geheim gehaltenen Unterlagen öffentlich zugänglich gemacht werden könnte. Als Begründung für die restriktive Haltung wurden in erster Linie aufsichtliche Anweisungen des BMU angeführt. Der behauptete Geheimhaltungsbedarf, der dem Unterzeichnenden in zahlreichen Gerichtsverfahren begegnet ist, erscheint in hohem Maße irrational.

IV. Normierung des Funktionsvorbehalts verfassungsrechtlich höchst fragwürdig

Der Referentenentwurf suggeriert, dass der sogenannte Funktionsvorbehalt anerkannt und unumstritten sei. Das trifft in dieser Allgemeinheit keinesfalls zu.

Richtig ist allerdings, dass die atomrechtliche Judikatur in der Vergangenheit stark durch den sogenannten Funktionsvorbehalt geprägt war. Die Pointe des Funktionsvorbehalts liegt im Wesentlichen darin, dass die jeweils erforderliche Schadensvorsorge im Kern durch die Exekutive beurteilt und konkretisiert wird. Dem lag ursprünglich der Gedanke zugrunde, dass angeblich die Exekutive besser gerüstet sei, einen dynamischen Grundrechtsschutz zu gewährleisten (etwa BVerfG v. 8.08.1978, BVerfG 44, 89). Dass diese Annahme aufgrund der eingeschränkten Objektivität der Behörde und ihrer Gutachter sowie der strukturellen Unterlegenheit der Betroffenen gegenüber Betreiber, Behörde und deren Gutachtern kaum tragfähig ist, haben Kritiker schon früher herausgearbeitet (*Becker*, Schadensvorsorge aus Sicht der Betroffenen, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 12. ATRS, 2004, 133, 142 ff).

Besonders benachteiligend wirkt sich der Funktionsvorbehalt in der Regel in Atomprozessen aus. Die Kontrolldichte der Gerichte hat sich nach dem allgemeinen Verständnis wegen der Einschätzungsprärogative allein auf das Vorliegen

von Ermittlungs- und Bewertungsdefiziten zurückzunehmen. Die Gerichte sind darauf beschränkt zu überprüfen, ob die der behördlichen Beurteilung zugrunde liegende Risikoermittlung und -bewertung auf einer ausreichenden Datenbasis beruht und dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt der Behördenentscheidung Rechnung trägt, die Behörde also im Hinblick auf die Ergebnisse des von ihr durchgeführten Genehmigungsverfahrens diese Überzeugung, dass dem gesetzlichen Gebot der Schadensvorsorge Genüge getan war, von Rechts wegen haben durfte (für viele OVG Schleswig, Urt. v. 19. Juni 2013 – 4 KS 3/08 –, Rn. 107, juris, m.w.N. – Zwischenlager Brunsbüttel).

Der Vorteil, den der Funktionsvorbehalt der Exekutive verleiht, hat die Klägerseite in der Vergangenheit in der Regel stark benachteiligt. Denn die kontinuierliche Ausweitung des Funktionsvorbehalts war letztlich ein Prozess des kontinuierlichen Abbaus der gerichtlichen Nachprüfbarkeit behördlicher Genehmigungen (Becker, a.a.O., 133 ff, 134, der von einem „Trauerspiel“ spricht. Die ursprüngliche Fundierung des Funktionsvorbehalts in dem Schutzgrundsatz hat sich nach Einschätzung eines Kommentators in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in einer Weise verflüchtigt, die den Schutzgrundsatz in sein Gegenteil verkehrt (*Degenhart*, Standortnahe Zwischenlager, staatliche Entsorgungsverantwortung und grundrechtliche Schutzpflichten im Atomrecht, DVBl 2006, 1125, 1134). Der exekutive Spielraum im Bereich der atomrechtlichen Schadensvorsorge ist tatsächlich - entgegen früheren Mahnungen - häufig als „Signal für partielle Rechtsschutzverweigerung miss(ge) deutet“ worden (*Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 289).

Deshalb ist daran zu erinnern, **dass grundsätzlich der Funktionsvorbehalt eine rechtsstaatliche Anomalie ist.** Die Intensität gerichtlicher Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen wird prinzipiell auf Verfassungsebene durch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG determiniert. Exekutive Beurteilungsspielräume müssen deshalb grundsätzlich die Ausnahme bleiben. Kontrollfreie Räume darf es grundsätzlich überhaupt nicht geben (*Degenhart*, a.a.O., S. 1133). In der Literatur ist der Funktionsvorbehalt deshalb zurecht umstritten geblieben (Siehe etwa *Nolte*, rechtliche Anforderungen an die technische Sicherheit von Kernanlagen, 1984, 150; *Wilke*, Jura 1992, S. 186; *Koch*, Die gerichtliche Kontrolle technischer Regelwerke im Umweltrecht - Ein Plädoyer gegen die Ausdehnung administrativer Letztentscheidungskompetenzen, ZUR 1993, S. 103). Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Vereinbarkeit des Funktionsvorbehalts mit Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich offengelassen und erklärt, darüber bis heute noch nicht entschieden zu haben (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 10. November 2009 – 1 BvR 1178/07 –, Rn. 67, Schacht Konrad).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Unterweser-Entscheidung zutreffend erkannt, dass der Funktionsvorbehalt sich besonders prekär dort auswirkt, wo zugleich maßgebliche Erkenntnisgrundlagen geheim gehalten werden. Das OVG Lüneburg hatte sich in der Ausgangsentscheidung auf eine bloße gerichtliche

Plausibilitätsprüfung hinsichtlich geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen bezogen und weitergehende Aufklärungsansprüche im Wesentlichen unter Rekurs auf den Funktionsvorbehalt abgewehrt. Das Bundesverwaltungsgericht hat demgegenüber auf Basis der ursprünglichen Rechtfertigungsdoktrin klargestellt, dass der exekutive Funktionsvorbehalt im Atomrecht seine Berechtigung gerade in der Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes findet (Ebenso *Thienel*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, AtG, § 1, Rn. 11). Ermittlung und Aufklärung haben deshalb unter Ausschöpfung der Möglichkeiten von § 99 VwGO bis an die Grenzen des Möglichen zu erfolgen. Rechtsmittel dürfen auch nicht durch überzogene Anforderungen an die Substantiierung von Einwendungen ineffektiv gemacht werden, vor allem, wenn wesentliche Entscheidungsgrundlagen geheim gehalten werden. Dass von Klägern in gerichtlichen Verfahren kein Vortrag erwartet werden darf, der schon mangels Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen nicht geliefert werden kann, hatte das BVerfG auch in einem anderen Kontext herausgestellt (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 31. März 2004 – 1 BvR 356/04 –, juris).

Die in dem Gesetzentwurf vorgenommene Konkretisierung des Funktionsvorbehaltsvorbehalts konstruiert für den Bereich von SEWD einen Raum, der letztlich jedweder Rechtskontrolle entzogen ist. **Der Entwurf verstößt damit gegen Art. 19 Abs. 4 GG und ist deshalb verfassungswidrig.** Am deutlichsten kommt dies in § 44 Abs. 3 AtG E und dem dazugehörigen Begründungsteil auf Seite 20 zum Ausdruck:

„Nach Absatz 3 ist der erforderliche Schutz gegen SEWD gegeben, wenn dieser nach der behördlichen Bewertung durch die in der Genehmigung festgelegten Maßnahmen gegen diejenigen Störmaßnahmen sichergestellt ist, die nach dem Stand der Erkenntnisse zu unterstellen sind und daher in die Lastannahmen nach Absatz 1 aufgenommen worden sind. Demnach sind sowohl die Identifikation der vorsorgerelevanten Szenarien als auch die konkrete Ausgestaltung des erforderlichen Schutzes gegen SEWD nach den oben dargestellten Maßstäben der Rechtsprechung vorrangig Sache der Exekutive. Die Entscheidung über die zu unterstellenden SEWD einerseits und die hiergegen zu treffenden Maßnahmen andererseits obliegt also in diesem Rahmen den zuständigen Fachbehörden.“

Auf Basis eines solchen Rechtsregimes ist eine gerichtliche Überprüfung der Genehmigungsentscheidungen für Drittbetroffene und Verbände auf die Beachtung der Anforderungen der § 4 Absatz 2 Nummer 5, § 5 Absatz 5, § 6 Absatz 2 Nummer 4, § 6 Absatz 3 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 4, § 7 Absatz 2 Nummer 5, § 7 Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 5, § 9 Absatz 2 Nummer 5 und § 9b Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 4 Satz 1 sowie § 9b Absatz 1a Satz 2, jeweils in Verbindung mit § 7 Absatz 2 Nummer 5, d.h. der Gewährleistung des „erforderlichen Schutzes gegen Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter“, nicht auch nur ansatzweise möglich. Weder die **Aufnahme von**

Störmaßnahmen in die Lastannahmen kann durch potentielle Kläger überprüft werden, noch die **Nichtaufnahme von Störmaßnahmen** in die Lastannahmen ist für Kläger mangels Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen justiziabel. Das ist weder unter dem Gesichtspunkt von Art. 19 Abs. 4 GG noch unter Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 2 GG, dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, hinnehmbar.

Dass ohne wirksame richterliche Kontrolle die Grundrechte betroffener Bürger, vor allem das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in Gefahr geraten, zeigt auch der sich auf annähernd zwei Jahrzehnte hinziehende und bis heute andauernde „Eiertanz“ zu dem Umgang der Exekutive mit dem Problem des herbeigeführten Flugzeugabsturzes. Bund und Länder haben sich in der Vergangenheit in einen fruchtlosen Stellungskrieg verstrickt, anstatt effektiv zu handeln. Vor allem durch die bis heute nicht erfolgte Aufnahme des herbeigeführten Flugzeugabsturzes in die Lastannahmen, hat die Exekutive in der Vergangenheit gezeigt, dass es ihr offenbar nicht möglich ist, sich bei der Festlegung der Lastannahmen an willkürfreien Maßstäben zu orientieren.

Obwohl

- der Länderausschuss Kernenergie bereits im Juli 2003 einen Vorsorgebedarf in Bezug auf den herbeigeführten Flugzeugabsturz konstatiert hat;
- in jeder Zwischenlageregenehmigung der Satz zu lesen ist, dass „nach der Einschätzung des zuständigen Bundesministeriums des Inneren (...) ein herbeigeführter Flugzeugabsturz auf kerntechnische Anlagen außerhalb des Wahrscheinlichen (liegt), (...) aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen und damit nicht dem Restrisikobereich zugeordnet werden“ kann;
- in jedem Bescheid, in dem der BMU die Übertragung von Strommengen von neu auf alt abgelehnt hat, angeführt wird, dass schon der mangelnde Schutz der Kernkraftwerke vor einem herbeigeführten Flugzeugabsturz für sich genommen eine Ablehnung der beantragten Genehmigung rechtfertige
(http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/xdownload/biblis_uebertragung_bescheid.pdf , S. 94);
- eine im Zusammenhang mit der Laufzeitverlängerung erstellte Nachrüstliste insbesondere auch die Ertüchtigung der Anlagen in Bezug auf Flugzeugabstürze vorsah;
- Sicherheitsbehörden (BKA, BND, BfV) bis heute dem herbeigeführten Flugzeugabsturz eine – wenn auch geringe – „Wahrscheinlichkeit“ attestieren;

- allerlei Scheinaktivitäten, wie die Installierung von Vernebelungsanlagen, die in sogenannten „Renegade“-Fällen Anlagen einnebeln sollen, an einzelnen Standorten durch Behörden veranlasst worden sind und
- obwohl auch nach dem 11. September 2001 weitere Flugzeuge entführt und sogar mutwillig abgestürzt worden sind, wie etwa bei einer German Wings-Maschine geschehen, die vorsätzlich an einem Berg zerschellt worden ist,

hat es der herbeigeführte Flugzeugabsturz aus unerfindlichen Gründen bis heute nicht geschafft, in die Lastannahmen aufgenommen zu werden.

Für dieses Unterbleiben gibt es keinerlei rationale Erklärung. Offenbar haben sämtliche auf Seite 14 der Entwurfsbegründung genannten Behörden, die die besondere Autorität der Lastannahmen sowie deren Ergebnisrichtigkeit unterstreichen sollen, an diesem Punkt versagt. **Eine willkürfreie fachliche Bewertung sieht jedenfalls anders aus.** Wenn es auch keine unmittelbare Erklärung für das Defizit gibt, so gibt es doch hochplausible Vermutungen dazu: Wäre der Flugzeugabsturz in die Lastannahmen aufgenommen worden, hätte dies unmittelbar Handlungszwänge in Bezug auf die im Betrieb befindlichen Anlagen ausgelöst, zukünftige Genehmigungen erschwert und vor allem die Konsensvereinbarung mit den Betreibern, denen man einen ungestörten Betrieb garantiert hatte, ins Risiko gesetzt. Hinzukommt eine mögliche Entschädigungspflicht auf Basis von § 18 AtG.

Weil gerade im Umgang mit Großrisiken häufig Bedürfnisse nach Handlungsaufschub und Opportunitätsgesichtspunkte für Behörden entscheidungsleitend sind (so zutreffend *Berger*, vom Restrisiko zum Albtraum - über den Umgang mit möglichem Nuklearterror, *Leviathan* 33, September 2005, S. 337, 345), erweist es sich als nicht sonderlich überzeugend, der Logik des Funktionsvorbehalts folgend gesetzgeberischem Handeln die Annahme zugrunde zu legen, dass die Exekutive angeblich besser gerüstet sei, einen dynamischen Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Gerade für den Bereich von SEWD ist hiervon wenig zu spüren. Die gängigen Argumentationsmuster gehen etwa durchgängig in die Richtung, die Verantwortungsteilung zwischen Betreiber und Staat zu betonen, um sie sodann zu lasten des Staates zu verschieben und hierdurch effektives Handeln, welches die Betreiber in die Pflicht nähme, zu vermeiden.

Mit der Beschränkung des der Gewährleistung des Schutzes von kerntechnischen Anlagen und Tätigkeiten gegen die nach § 44 im Rahmen des Funktionsvorbehalts zu unterstellenden Störmaßnahmen führt für einen Bereich, in dem Schutzansprüche Dritter zur Geltung zu bringen sind, zu einem de facto kontrollfreien Raum. Das führt, wie bereits unter IV. ausgeführt wurde, **zu einer Verletzung der Rechtsschutzgarantie in Art 19 Abs. 4 GG.**

V. Ergänzende Ausführungen zu den Regelungsvorschlägen im Einzelnen

1. Einleitung

Wegen der Kürze der Zeit kann nur zu ausgewählten Regelungen kurz Stellung genommen werden. Der Regelungsvorschlag weist erhebliche handwerkliche Schwächen auf.

2. Begriff der „Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter“ unklar

Im Zentrum der angestrebten Regelungen steht der Begriff der „Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter“. Mit der alleinigen Bezugnahme des Entwurfs auf die in § 44 Abs. 1 erwähnten „nach dem Stand der Erkenntnis durch die zuständigen Behörden festgelegten“ sog. „Lastannahmen“, findet eine gegenüber dem bisherigen Verständnis nicht nachvollziehbare Bedeutungsverschiebung statt. Der Begründung lässt sich entnehmen, dass unter diesem Begriff von SEWD allein wilensgesteuerte Aspekte, also der Missbrauch der Anlage durch Dritte, gefasst werden sollen. Das entspricht keinesfalls der allein vorherrschenden Auffassung zu § 7 Abs. 2 Nr. 5 AtG. In der Kommentarliteratur wird etwa ausgeführt, dass zu den „Einwirkungen Dritter“ auch Explosionsdruckwellen oder Flugzeugunglücke zählen sollen (etwa *Leidinger*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, AtG, § 7 Rn. 199).

Die Neuregelung wirft deshalb erhebliche klärungsbedürftige Kohärenzprobleme auf.

3. Regelung teilweise zu unbestimmt

In § 42 Nr. 1 und Nr. 2 des Entwurfs wird in der Zieldefinition bei der Konkretisierung dessen, was verhindert werden soll, die Freisetzung oder Entwendung von Kernbrennstoffen (etc.) in "erhebliche Mengen" genannt. Das ist sowohl für Freisetzungen als auch für Entwendung zu unbestimmt und hinsichtlich der möglichen Auslegungsspielräume auch zu viel. Hier sind klare Grenzwerte erforderlich. Entwendet werden dürfen nicht einmal geringste Mengen. Schon der Bruchteil eines Gramms Plutonium ist stark toxisch.

4. Schutzzielbestimmung unklar

In § 44 Abs. 2 Satz 3 ist "eine effektive Folgedosis von 100 mSv bis zum 70. Lebensjahr als Summe von Inhalation und sieben Tagen äußerer Bestrahlung als Richtwert " vorgesehen. Dies erscheint nicht ausreichend, wäre aber zumindest zu erläutern gewesen. Die entscheidende Dosis wird über längere Zeiträume durch die auf dem Boden abgelagerten Radionuklide verursacht. Für die Inhalati-

on ist der unmittelbare Zeitraum während und nach der Freisetzung relevant. Das können einige Tage sein. Deshalb bleibt unklar, was mit der Formulierung intendiert wird. Der Ansatz ist nicht hinreichend konservativ.

Maßgeblich sollte nach richtiger Auffassung die Einhaltung der Grenzwerte der Strahlenschutzverordnung sein. Vor dem Hintergrund der Werkschutzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die die Parallelität der Schutzanforderungen von § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG und § 7 Abs. 2 Nr. 5 AtG betont hat (BVerwG, Urteil vom 10. April 2008 – 7 C 39/07 –, BVerwGE 131, 129-147, Rn. 17), wäre es bei einer erstmaligen gesetzlichen Regelung von Schutzziele zu erwarten gewesen, die Abweichung von den Störfallplanungswerten ausführlich zu begründen.

5. Kein Vorrang der Verantwortlichkeit des Staats

Es ist richtig, dass grundsätzlich Terrorbekämpfung eine staatliche Aufgabe ist. Ebenso liegt auf der Hand, dass der Betreiber nicht außerhalb seines Anlagenbereichs Terrorgefahren bekämpfen kann. Insofern sind staatliche Maßnahmen erforderlich.

Geht es um den erforderlichen Schutz einer Anlage und ihres Betriebes, lässt sich ein solches Vorrangverhältnis allerdings kaum konstruieren. Dem vom Gesetz geforderten „erforderlichen Schutz“ der Anlage selbst wird de facto vorrangig nur der Betreiber durch entsprechende bauliche und organisatorische Maßnahmen sowie durch Vorhaltung eines bewaffneten Werkschutzes Rechnung tragen können. Hier trägt er praktisch die alleinige Verantwortung. Der gebetsmühlenhaft betonte Vorrang der Verantwortlichkeit des Staates führt deshalb in die Irre. Die staatliche Terrorbekämpfung entbindet den Betreiber nicht von der Verpflichtung zu Maßnahmen zum erforderlichen Schutz der Anlage und ihres Betriebs, die allein in den Verantwortungsbereich des Anlagenbetreibers fallen (BVerwG, Urteil vom 10. April 2008 – 7 C 39/07 –, BVerwGE 131, 129-147, Rn. 17). Auch ein Vorrangverhältnis lässt sich letztlich nicht plausibel begründen.

6. Konkretisierung der „Erkenntnisse der zuständigen Behörden“ am Maßstab einer „Bedrohungsanalyse“ unklar

Nach der Begründung sollen die „Erkenntnisse der zuständigen Behörden“ i.S.v. § 44 Abs 1. auf Basis einer Bedrohungsanalyse (S. 15) gewonnen werden. Aus der Bedrohungsanalyse soll die „Auswahl der zu unterstellenden und damit auslegungsbestimmenden SEWD-Szenarien“ erfolgen, und zwar „auf Grund deterministischer als auch probabilistischer Erwägungen auf der Grundlage des Standes von Erkenntnissen der Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder“ (S. 14).

Diese Formulierung ist viel zu unspezifisch. Es fehlt an einer klaren Vorgabe, die den Anforderungen, die von dem Konservativprinzip gefordert sind, entspricht.

Eine spezifische Bedrohungslage in Deutschland, der weltweite Terrorismus, und das mögliche Täterverhalten unterliegen erheblichen Schwankungen und sind deshalb zur Bestimmung eines **vorsorgenden Schutzes** wenig geeignet. Schutzstandards sind zukunftsgerichtet zu konzipieren und sollten prinzipiell auf worst-case-Annahmen beruhen, die möglichst alle Szenarien abdecken (Ähnlich *Huck*, Transport radioaktiver Stoffe, 1992, 231). Bezüglich von als vorsorgebedürftig erkannten Szenarien hat das Bundesverwaltungsgericht deshalb ausgesprochen, dass das Schutzmaß anhand derjenigen Tatmittel zu bestimmen sei, die nicht als nahezu ausgeschlossen angesehen werden. Dabei ist etwa im Rahmen von § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG eine zukunftsgerichtete Beurteilung anzustellen, welche bei Genehmigungserteilung absehbare Entwicklungen in den Blick nehmen muss (BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 – 7 C 1/11 –, BVerwGE 142, 159 LS. 1). Aus diesem Grund hat das Bundesverwaltungsgericht der Sache nach der Genehmigungsbehörde aufgegeben, auch den Absturz eines Flugzeugs des Typs A-380 in Betracht zu ziehen. Bei sogenannten „small arms“ ist etwa deren Proliferation in der Regel zu unterstellen (Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 19. Juni 2013 – 4 KS 3/08 –, Rn. 184 ff, juris).

Eine Bedrohungsanalyse, die sich von bestimmten aktuellen Einschätzungen abhängig macht, ist unzureichend. Das gilt auch in Ansehung der angestrebten Dynamisierung, wie sie mit der Neufassung durch § 19a Abs. 1 – 3 AtG offenbar intendiert wird. Denn die Durchsetzung nachträglicher Auflagen nach einer defizitären Ausgangsgenehmigung ist rechtlich schwierig. Deshalb muss hinreichende „Konservativität“, wie auch sonst im Atomrecht üblich, von Anfang an gewährleistet sein, denn nachträgliche Auflagen sind nur unter engen rechtlichen Kautelen zulässig. Konservative Annahmen sind vor allem bei Prognoseunsicherheiten und Wissenslücken geboten (siehe etwa *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, Atomgesetz und Ausstiegsgesetze, StandAG, § 27, Rn. 8, m.w.N.). Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies nicht auch in Bezug auf Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter grundsätzlich Gültigkeit haben soll.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Grundsatzentscheidung zum Erfordernis eines bewaffneten Werkschutzes von 1989 überzeugend ausgeführt, dass es keinen Sinn ergäbe, wenn mit Maßnahmen in Anwendung von § 7 Abs.2 Nr. 3 AtG ein außerordentlich hoher Sicherheitsstandard,

„nämlich bestmögliche Gefahrenabwehr und Risikovorsorge, zu gewährleisten, und zwar in dem Sinne, daß ‚bei bestehenden Unsicherheiten stets die sicherere Annahme zugrunde gelegt‘ werden muss, während mit Maßnahmen nach Nr. 5 nur weniger weitreichende Sicherheitsanforderungen gestellt werden könnten“ (BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1989 – 7 C 31/87 –, BVerwGE 81, 185-196, Rn. 20).

Dem braucht nichts hinzugefügt zu werden.

VI. Ergebnis

Der Gesetzentwurf ist aus den genannten Gründen abzulehnen.

Hamburg, den 30.04.2021

Rechtsanwalt
Dr. Ulrich Wollenteit

