

Rechtsanwälte Günther
Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

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

Stellungnahme

im Rahmen der Verbändebeteiligung gem. § 47 GGO

im Auftrag von

**Greenpeace e.V.,
Honkongstraße 10,
20457 Hamburg**

und

**Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND)
Friends of the Earth Germany
Kaiserin-Augusta-Allee 5, 10553 Berlin**

zum Referentenentwurf eines

Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes,

Az.: AG S I 1 – 1132/006

erstellt von
Rechtsanwalt Dr. Ulrich Wollenteit
Rechtsanwälte Günther – Partnerschaft
Mittelweg 150
20148 Hamburg

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 *
Séverin Pabsch
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

08.12.2020
00641/20 /H /st
Mitarbeiterin: Sabine Stefanato
Durchwahl: 040-278494-16
Email: stefanato@rae-guenther.de

I. Einleitung

Der Referentenentwurf eines „Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes“ ist in seinen zentralen Bestandteilen 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 mühselig in Bezug auf den Schutz von Atomanlagen vor terroristischen Angriffen von den Gerichten bestätigte Drittschutz wird in Frage gestellt. Das widerspricht dem im Atomgesetz verankerten Schutzgrundsatz und der nach Art. 2 Abs. 2 GG zu gewährleistenden Schutzpflicht.

Bereits von dem Versuch, unliebsame Urteile durch Gesetzgebung auszuschalten, geht eine äußerst negative Vorbildwirkung aus. **Der Funktionsvorbehalt stellt nach richtiger Auffassung eine rechtsstaatliche Anomalie dar.** Ihn für den Bereich von „Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter“ im Atomgesetz explizit zu normieren, ist entschieden abzulehnen und ist verfassungsrechtlich bedenklich. Die angestrebte gesetzliche Verankerung führt zu einer weiteren Verkürzung der Kontrollichte und damit der Rechtsschutzmöglichkeiten. Sie erhöht die ohnehin bereits hohe Durchsetzungsfähigkeit von Genehmigungen im Sinne der Betreiber und der Exekutive in Atomprozessen. Hierdurch verschiebt sich auch die Machtbalance im Gefüge der Gewaltenteilung zugunsten der Exekutive. Dem Bedürfnis der Exekutive nach Immunisierung behördlicher Entscheidungen vor Klägern und richterlicher Kontrolle sollen elementare Rechtsgrundsätze geopfert und die richterliche Rechtskontrolle für den Bereich von SEWD auf eine Farce reduziert werden.

Die angestrebten Regelungen sind zudem geeignet, durch Begünstigung eines überzogenen Strebens nach Geheimhaltung eine offene Diskussion über den zu gewährleistenden Schutz der Zwischenlager vor terroristischen Angriffen zu erstickten. Das ist auch Gift für die gerade angelaufene Diskussion um die Zukunft der dezentralen Zwischenlagerung. Ein transparenter und für Partizipation offener Neuanfang bei der Suche nach zukünftigen Entsorgungskonzeptionen sieht anders aus. Es ist zu erwarten, dass das Gesetzesvorhaben das Vertrauen in die Entwicklung eines problemadäquaten und diskussionsoffenen Entsorgungskonzepts untergraben und ein ohnehin wachsendes Misstrauen gegenüber den mit der Implementation solcher Konzepte befasster Behörden weiter verstärken wird.

II. Hintergründe

Bereits das Atomgesetz in seiner Ursprungsfassung von 1959¹ enthielt die bis heute gültige Formulierung, dass im Rahmen von Genehmigungen der erforderliche Schutz vor Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter zu gewährleisten ist (heute etwa § 7 Abs. 2 Nr. 5 AtG). Die Gefährdung von nuklearen Einrichtungen durch Terrorismus war also immer schon ein Thema, welches Politik und Gesetzgebung bewegt hat², allerdings über lange Jahre weitgehend in Vergessenheit geraten war. Erst mit dem 11. September 2001, dem Angriff mit entführten Passagierflugzeugen auf das World Trade Center in New York (WTC), ist das verdrängte Risiko erneut in den Brennpunkt des Interesses gerückt. Die Attentäter hatten zeitweise erwogen, auch ein Atomkraftwerk anzugreifen.³ Durch die Vorgänge um das WTC, die auch die Vulnerabilität von nuklearen Einrichtungen gegenüber terroristischen Angriffen unterschiedlicher Art⁴ und die damit möglicherweise verbundenen katastrophischen Szenarien bloßlegten, gelangten auch bislang kaum beachtete juristische Fragen ins Bewusstsein. Erste Untersuchungen der Gesellschaft für Reaktorsicherheit zeigten, dass die deutschen Atomkraftwerke in unterschiedlichem Ausmaß schlecht auf die Bewältigung der Folgen eines Flugzeugsangriffs im modus operandi des 11. Sept. 2001 gerüstet waren. Bei älteren Atomkraftwerken war danach schon beim Einsatz kleiner Verkehrsmaschinen mit einer Kernschmelze zu rechnen.⁵ Deutsche Sicherheitsbehörden (BKA, BND, VS) konstatierten in internen Papieren, dass die Wahrscheinlichkeit terroristischer Anschläge auf kerntechnische Einrichtungen zwar als gering anzusehen sei, aber in Betracht gezogen werden müsste.⁶

Wie der Soziologe *Berger* überzeugend darlegt, reagierte die Politik nach einer ersten Phase deutlicher Worte⁷ überwiegend mit bekannten Mustern des „Handlungsaufschubs“⁸, die auch sonst nicht selten den Umgang von Politik und Gesellschaft mit Großrisiken prägen. Als weitere prägende Strategie im Umgang mit dem Risiko war das Bestreben auszumachen, das katastrophische Risiko zu verdunkeln. Anstatt etwa die äußerst besorgniserregenden Ergebnisse der GRS-Studie einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen, wurden sie verheimlicht. Nur durch eine Indiskretion ist überhaupt die Zusammenfassung der Studie

¹ Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) v. 23. Dez. 1959, BGBl. I 1959, S. 814.

² *Roßnagel*, Die unfriedliche Nutzung der Kernenergie, 1987

³ *Fielding/Fouda*, Masterminds of Terror, 2003, Die Drahtzieher des 11. September berichten, 130.

⁴ *Braun/Steinhäusler/Zaitseva*, International Threats to Nuclear Facilities, Österreichische Militärische Zeitschrift, Sonderheft 2003

⁵ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit – GRS*; Zusammenfassung der Studie vom 27.11.2002; http://www.castor.de/technik/akw/grs_gutachten.pdf.

⁶ Bundeskriminalamt, ST23-055100/07

⁷ Z.B. Trittin: „Nach dem 11. September wird nie wieder jemand den Absturz eines Flugzeugs auf ein Atomkraftwerk als Restrisiko bezeichnen können“, BT-Protokoll vom 27.09.2001

⁸ So zutreffend *Berger*, vom Restrisiko zum Albtraum - über den Umgang mit möglichen Nuklearterror, *Leviathan* 33, September 2005, S. 337, 345

in die Öffentlichkeit gelangt. Geheimhaltungsbedürftig können Detailinformationen über besonders verwundbare Stellen von Atomanlagen sein, wenn diese Hilfestellungen für Terroristen geben können, nicht aber allgemeine Informationen über die Sicherheit von Atomanlagen, wie sie sich etwa aus der Zusammenfassung der GRS-Studie ergeben. Die gängige Sekretierungspraxis ist darauf angelegt, administratives Nichthandeln zu kaschieren und der öffentlichen Diskussion zu entziehen. Wie *Berger* zutreffend analysiert, ist Geheimhaltung im Zusammenhang mit der Gefährdung von Nuklearanlagen häufig nicht rational, sondern vielmehr primär aus einer Abwehrhaltung zu erklären. Es ist nicht das Risiko eines Terroranschlags selbst, sondern das mangelnde Vermögen, mit den Großrisiken der Moderne rational und nicht hysterisch umzugehen, welches die Bestrebungen zur Geheimhaltung motivieren.⁹

Eine Rolle für die Beibehaltung der Politik des Handlungsaufschubs dürfte schließlich auch die Ausstiegspolitik der damaligen Bundesregierung gespielt haben, die in einer Konsensvereinbarung den Betreibern für die Restlaufzeit einen „ungestörten Betrieb“ garantiert hatte.¹⁰ Ein konsequentes aufsichtliches Einschreiten, vor allem gegen Atomkraftwerke der ältesten Baureihen, hätte vor dem Hintergrund der Vereinbarung den Ausstieg im Konsens gefährdet.

Der aktuelle Referentenentwurf erklärt sich vor allem aus dem Bestreben, die nach dem 11.09.2001 einsetzende Rechts- und Rechtsprechungsentwicklung zurückzuschrauben. 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.“

Im Klartext bedeutet dies, dass die Durchsetzungskraft administrativer Entscheidungen durch eine Reduzierung der Kontrollichte sowie einer Disziplinierung der Judikative erhöht werden soll, indem Entscheidungen, die auf Basis des atomrechtlichen Funktionsvorbehalts getroffen werden, quasi automatisch als „zutreffend“ anzusehen sind. Genehmigungen sollen nicht mehr dem Risiko eines *actus contrarius* durch ein Gericht ausgesetzt sein, wie es etwa dem Bundesamt für Strahlenschutz mit der Aufhebung der Genehmigung für das Zwischenlager Brunsbüttel durch das OVG-Schleswig¹¹ widerfahren ist. Deutlicher kann man die Intention, Rechtsschutzmöglichkeiten zu verkürzen und Genehmigungsentscheidungen gegen Klagen zu immunisieren, kaum ausdrücken.

⁹ *Berger*, ebenda, 350

¹⁰ Zutreffend *Werdemann*, Terrorgefahr Atomkraftwerk?, Der Einfluss des 11.09.2001 auf die deutsche Atomenergiepolitik, Februar 2011, S. 82

¹¹ OVG Schleswig, Urteil v. 9. Juni 2013 – 4 KS 3/08 –, juris, NordÖR 2014, 67 ff;
<http://umweltfairaendern.de/wp-content/uploads/2013/09/>

Der Hintergrund für diese Bestrebungen sind unliebsame Gerichtsentscheidungen: Einzelne Kläger und Umweltverbände haben in der Vergangenheit vor Gerichten auf Widerruf von atomrechtlichen Genehmigungen geklagt sowie atomrechtliche Genehmigungen für die Zwischenlager angegriffen und sich hierbei auch auf den nicht ausreichenden Schutz vor dem forcierten Flugzeugabsturz und dem Angriff mit panzerabbrechenden Waffen bezogen. In der Entscheidung des BVerwG zum Zwischenlager Brunsbüttel vom 10.04.2008¹² war geklärt worden, dass auch Anwohner von Atomanlagen den geforderten Schutz vor „Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter“ einfordern können und dass der herbeigeführte Flugzeugabsturz vorsorgebedürftig ist. In der Unterweser-Entscheidung¹³ wurde geklärt, dass auch der Flugzeugabsturz eines Airbus 380 nicht ausgeblendet werden darf und dass Prognosen über die Verfügbarkeit von Angriffsmitteln zukunftsgerichtet sein müssen. Eine Entscheidung zur Klagebefugnis bei Transportgenehmigungen nach § 4 AtG hat den Anliegern an Transportstrecken nach einer über 20-jährigen Verweigerungshaltung der Gerichte die Berechtigung zugesprochen, Transportgenehmigungen anzufechten (sog. Drittschutz).¹⁴ Besonders schmerzhaft für Betreiber und Behörde war die Aufhebung der Zwischenlagergenehmigung für das Zwischenlager Brunsbüttel¹⁵, die vom BVerwG bestätigt wurde.¹⁶

III. Zentraler Einwand: Normierung des Funktionsvorbehalts verfassungswidrig

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.¹⁷ 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.¹⁸

¹² Urteil v. 10. April 2008, 7 C 39/07, BVerwGE 131, 129 ff.

¹³ Urteil v. 22. März 2012 - 7 C 1/11 -, BVerwGE 142, 159 ff.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 14. März 2013, 7 C 34/11, ZNER 2013, 432 ff.

¹⁵ Siehe Fußnote 11

¹⁶ BVerwG, Beschl. v. 8. Jan. 2015 – 7 B 25/13 –, juris

¹⁷ So etwa schon der Kalkar-Beschluss des BVerfG v. 8.08.1978, BVerfG 44, 89

¹⁸ 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.¹⁹

Der Vorteil, den der Funktionsvorbehalt der Exekutive verleiht, hat sich in Atomprozessen für Kläger in der Vergangenheit in der Regel als frustrierende Hürde entpuppt. Denn die kontinuierliche Ausweitung des Funktionsvorbehalts war letztlich ein Prozess des kontinuierlichen Abbaus der gerichtlichen Nachprüfbarkeit behördlicher Genehmigungen.²⁰ 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.²¹ Der exekutive Spielraum im Bereich der atomrechtlichen Schadensvorsorge ist tatsächlich entgegen früheren Mahnungen häufig als „Signal für partielle Rechtsschutzverweigerung miss(ge) deutet“ worden.²²

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.²³ In der Literatur ist der Funktionsvorbehalt deshalb zurecht umstritten geblieben.²⁴ 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.²⁵

¹⁹ Für viele OVG Schleswig, Urt. v. 19. Juni 2013 – 4 KS 3/08 –, Rn. 107, juris, m.w.N. – Zwischenlager Brunsbüttel

²⁰ *Becker*, Schadensvorsorge aus Sicht der Betroffenen, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 12. ATRS, 2004, 133 ff, 134, der von einem Trauerspiel spricht

²¹ *Degenhart*, Standortnahe Zwischenlager, staatliche Entsorgungsverantwortung und grundrechtliche Schutzpflichten im Atomrecht, DVBl 2006, 1125, 1134

²² *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 289

²³ *Degenhart*, ebenda, S. 1133

²⁴ 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

²⁵ 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.²⁶ 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 schon in einem anderen Kontext herausgestellt.²⁷

Die in dem Referentenentwurf vorgenommene Konkretisierung des Funktionsvorbehalts konstruiert für den Bereich von SEWD einen Raum, der letztlich jeder 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

²⁶ Ebenso Thienel, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, AtG, § 1, Rn. 11

²⁷ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 31. März 2004 – 1 BvR 356/04 –, juris

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 Zwischenlagerebene 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 rechtfertigt²⁸;

²⁸ 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 18 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, 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 durchgängig in die Richtung, die Verantwortungsteilung zwischen Betreiber und Staat zu betonen, um sie so dann zulasten des Staates zu verschieben und hierdurch effektives Handeln, welches die Betreiber in die Pflicht nähme, zu vermeiden.

IV. Beteiligungsverfahren unzureichend

Die Frist von nur 14 Tagen, die den Verbänden für ihre Stellungnahme eingeräumt wird, ist in Ansehung der Komplexität der Thematik viel zu kurz bemessen. **Es fehlt zudem auch an einer effektiven Beteiligung der allgemeinen Öffentlichkeit.** Die angestrebte Kassation des Drittschutzes durch den Gesetzgeber betrifft alle Anwohner von Nuklearanlagen. Das in § 47 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) vorgesehene Beteiligungsformat genügt ersichtlich nicht den Anforderungen von Art. 8 der Aarhus-Konvention (AK).

Art. 8 der Aarhus-Konvention (AK) unterwirft die **exekutivische Vorbereitung** von Verordnungen und sonstiger allgemein anwendbarer rechtsverbindlicher Bestimmungen durch die Ministerialbürokratie dem Erfordernis einer „effektiven Öffentlichkeitsbeteiligung“. Die Vorschrift betrifft auch die Vorarbeit öffentlicher Behörden im Gesetzgebungsverfahren, z.B. Referentenentwürfe, typischerweise bis hin zu dem Zeitpunkt, in dem ein von der Exekutive vorbereiteter Vorschlag der Legislative überantwortet wird.²⁹ Erfasst werden durch diese Vorschrift mithin auch Gesetzentwürfe, soweit sie einen Umweltbezug aufweisen, was bei einer atomgesetzlichen Regelung zu bejahen ist. Art. 8 AK unterscheidet hinsichtlich seines persönlichen Anwendungsbereichs nicht zwischen einer betroffenen und „allgemeinen Öffentlichkeit“, sodass von einem Beteiligungserfordernis in Bezug auf die allgemeine Öffentlichkeit auszugehen ist.³⁰

Um eine effektive Beteiligung der allgemeinen Öffentlichkeit für die Zukunft sicherzustellen, sieht der Koalitionsvertrag die Schaffung einer „Beteiligungsplattform für alle veröffentlichten Gesetzentwürfe der Bundesregierung (vor), die der transparenten Beteiligung von Bürgern und Verbänden dient und zu denen die Bundesregierung dann Stellung nimmt“³¹. Initiativen, diese vertragliche Vereinbarung umzusetzen, sind nicht ersichtlich³². Dieses Umsetzungsdefizit darf nicht zulasten der allgemeinen Öffentlichkeit gehen. Für die von uns vertretenen Verbände ist derzeit nicht ersichtlich, dass über die Verbändebeteiligung hinaus auch die allgemeine Öffentlichkeit beteiligt werden soll. Die GGO sieht eine solche Beteiligung der allgemeinen Öffentlichkeit derzeit nicht vor. Sollte eine solche allgemeine Beteiligung nicht durchgeführt werden, läge hierin ein eklatanter Verstoß gegen Art. 8 AK.

²⁹ *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, Aarhus-Konvention, Handkommentar, 2018, Art. 8, Rn. 2.

³⁰ Ebenso *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, Aarhus-Konvention, Handkommentar, 2018, Art. 8, Rn. 3 m.w.N.

³¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD - 19. Legislaturperiode, Zeilen 2031-2033.

³² *Sauer*, 20 Jahre Umsetzung und Praxis der Aarhus-Konvention - Zwischenbilanz des Bundesumweltministeriums, EurUP 2019, 33, 37.

V. **Ergänzende Ausführungen zu den Regelungsvorschlägen im Einzelnen**

1. **Einleitung**

Wegen der viel zu kurzen Zeit kann nur zu ausgewählten Regelungen kurz Stellung genommen werden.

2. **Art. 1 Nr. 1 b): nukleare Sicherung**

a) **Vorbemerkung**

Die Definition für den Begriff der „nuklearen Sicherung“ ist entschieden abzulehnen. Mit der Formulierung:

„Gewährleistung des Schutzes von kerntechnischen Anlagen und Tätigkeiten gegen die zu unterstellenden Störmaßnahmen oder sonstigen Einwirkungen Dritter zur Vorsorge gegen Risiken für die Allgemeinheit, um Leben und Gesundheit vor den Gefahren der Kernenergie und der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlen zu schützen“,

wird allen drittbetroffenen Anwohnern von Nuklearanlagen die Klagebefugnis entzogen. **Das verstößt gegen Art. 2 Abs. 2 GG.** Durch den Bezug der Definition auf die zu unterstellenden Störmaßnahmen entsteht in Verbindung mit der Regelung unter § 44 AtG-E, wie bereits ausgeführt wurde, de facto ein kontrollfreier Raum, **was mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar ist.**

b) **Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 GG**

Die Einschränkung des Drittschutzes kommt vor allem in dem Wortlaut zum Ausdruck, wonach der Schutz „gegen Risiken für die Allgemeinheit“ gewährleistet werden soll. Die Rechtsgüter Leben und Gesundheit, die im Anschluss hieran erwähnt werden, nehmen an diesem Schutz nur als Reflex teil. In der Begründung wird ausdrücklich angeführt, dass der Schutz von Leben und Gesundheit nicht auf einen individualisierten Personenkreis bezogen ist, sondern die Bevölkerung meint (S. 13). Das mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 10.04.2008 überwundene Konstrukt eines Bevölkerungsrisikos, in dem das Individualrisiko untergeht,³³ soll wieder etabliert werden. Das ist gänzlich inakzeptabel.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.04.2008, in dem das Gericht entschieden hatte, dass die Vorschrift über die Gewährleistung des erforderlichen Schutzes eines Standortzwischenlagers gegen Störmaßnahmen oder sonstige

³³ Urteil v. 10. April 2008, 7 C 39/07, BVerwGE 131, 129 ff.

Einwirkungen Dritter (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG) auch dem Schutz individueller Rechte eines in der Nähe des Zwischenlagers wohnenden Drittbetroffenen dient und dass der gewährleistete Drittschutz nicht auf die erforderliche Schadensvorsorge gegen Auslegungsfälle beschränkt ist, wäre durch diese Regelung vollständig ausgehebelt. Setzt sich dieser Regelungsansatz durch, bedeutet dies nichts anderes, als dass der in jahrelangen Prozessen errungene und bestätigte Drittschutz durch einen Federstrich eliminiert wäre.

Die damit **angestrebte Entsubjektivierung** der Vorschriften zum Schutz von Störmaßnahmen Einwirkungen Dritter verstößt gegen Art 2 Abs. 2 GG. Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung zu Mülheim-Kärlich ausgesprochen, dass Art. 2 Abs. 2 GG auch die Anwendung der Vorschriften über das **behördliche und gerichtliche Verfahren** bei der Genehmigung von Kernkraftwerken beeinflusst, deren vorrangige Aufgabe gerade darin besteht, Leben und Gesundheit vor den Gefahren der Kernenergie zu schützen. Seither ist allgemein anerkannt, dass der Träger des Grundrechts auch die Verletzung "grundrechtsschützender" Verfahrensvorschriften im gerichtlichen Verfahren geltend machen kann.³⁴ Wenn schon Verfahrensvorschriften im Atomrecht wegen der besonderen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG mit subjektiv-rechtlicher Qualität ausgestattet sind, erscheint es geradezu widersinnig, materiell-rechtliche Gehalte, die auf den Schutzgrundsatz in § 1 Nr. 2 AtG bezogen sind, dem Drittschutz zu entziehen. Dem Schutzzweck in § 1 Nr. 2 AtG kommt mit Rücksicht auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG herausragende Bedeutung im Atomrecht zu und erfordert auch eine umfassende Berücksichtigung terroristischer Einwirkungen.³⁵ **Die beabsichtigte Entsubjektivierung verstößt deshalb gegen das Grundgesetz.**

Diese Auffassung dürfte auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entsprechen. Das Gericht hat festgestellt, dass den Anforderungen der Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG durch einfaches Recht nur dann genügt ist, wenn den Bürgern im einfachen Recht subjektive Rechte eingeräumt sind. Es hat ausgeführt:

„Angesichts der mit der Genehmigung einer atomaren Anlage verbundenen Gefahren für die Bürger, die diese nicht beeinflussen und denen sie kaum ausweichen können (...), bedarf es darüber hinaus für die von einer solchen Anlage potentiell betroffenen Dritten der gesetzlichen Einräumung von Abwehrrechten, mit denen rechtswidrige, die erforderliche Schadensvorsorge nicht beachtende atomrechtliche Genehmigungen zumindest dann zu Fall gebracht werden können, wenn sie zu einer Gefährdung von Leben, Gesundheit oder Eigentum führen; in diesem Zusam-

³⁴ BVerfGE 53, 30, 65 ff

³⁵ Zutreffend *Otten*, Eigensicherung, 2006, S. 303.

menhang sind Maßstäbe anzulegen, die denen gleichkommen, welche bei staatlichen Eingriffsgesetzen anzuwenden wären.“³⁶ (BVerwG, Urteil vom 17.07.1980, - 7 C 101/78 -, BVerwGE 60, 297, 305)

Aus alledem folgt, dass der Staat im Bereich des Atomrechts nicht frei ist, nach Belieben subjektive Rechte anzuerkennen bzw. auszuschließen. Die staatlichen Schutzpflichten enthalten vielmehr ein Subjektivierungsgebot in Bezug auf die Vorschriften, die der Umsetzung von Schutzpflichten dienen³⁷. Das dürfte auch das Bundesverfassungsgerichts nicht anders sehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstößt die Zulassung von Atomanlagen nur deshalb nicht gegen die grundrechtlichen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG, weil das Atomgesetz jedem Einzelnen ein subjektives Recht auf denjenigen Schutz zubilligt, der auf den praktischen Ausschluss eines Schadens, der einem Grundrechtseingriff gleichkommt, hinausläuft.³⁸ Das subjektive Recht stellt gewissermaßen die Kompensation dafür dar, dass der Einzelne die Hochrisikotechnologie Atomkraft hinzunehmen hat und ein Restrisiko tragen muss.

Der Versuch, den Schutz vor Störmaßnahmen Einwirkungen Dritter in den maßgeblichen atomrechtlichen Vorschriften auf eine neue nicht drittschützende Basis zu stellen, ist nach allem verfassungswidrig.

c) Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

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.**

3. Zu Art. 1 Nr. 7: Regelung teilweise zu unbestimmt

In § 42 Nr. 1 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

³⁶ BVerwG, Urteil vom 17.07.1980, - 7 C 101/78 -, BVerwGE 60, 297, 305

³⁷ vgl. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 498

³⁸ vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978, - 2 BvL 8/77 -, BVerfGE 49, 89, 143; Beschluss vom 20.12.1979, - 1 BvR 385/77 -, BVerfGE 53, 30, 59; BVerfG, Beschluss vom 10.11.2009, 1 BvR 1178/07, DVBl 2010, 53, bei Rn. 49

eines Gramms Plutonium ist stark toxisch. Zudem kann auch eine Summe von Mengen aus mehreren Anlagen zum Bombenbau missbraucht werden.

4. Zu Art. 1 Nr. 7: 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 Inhalation 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 hat³⁹, wäre es bei einer erstmaligen gesetzlichen Regelung von Schutzzielen zu erwarten gewesen, die Abweichung von den Störfallplanungswerten ausführlich zu begründen.

5. Begründung des Entwurfs nicht nachvollziehbar

Die Begründung des Gesetzentwurfs ist in mehreren Hinsichten nicht nachvollziehbar.

a) 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

³⁹ BVerwG, Urteil vom 10. April 2008 – 7 C 39/07 –, BVerwGE 131, 129-147, Rn. 17

Betriebs, die allein in den Verantwortungsbereich des Anlagenbetreibers fallen.⁴⁰ Auch ein Vorrangverhältnis lässt sich nicht plausibel begründen.

b) Maßstab Bedrohungsanalyse unklar

Die Formulierung auf Seite 17 der Begründung ist viel zu schwammig gefasst, wenn es dort heißt:

„Die Bedrohungsanalyse berücksichtigt dabei insbesondere den weltweiten Terrorismus, die spezifische Bedrohungslage in Deutschland, das Gefährdungspotenzial der zu schützenden Objekte und das mögliche Täterverhalten. Die Auswahl der zu unterstellenden und damit auslegungsbestimmenden SEWD-Szenarien erfolgt dabei sowohl auf Grund deterministischer als auch probabilistischer Erwägungen auf der Grundlage des Standes von Erkenntnissen der Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder.“

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.⁴¹ 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.⁴² 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.⁴³

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 Prognoseunsi-

⁴⁰ ebenda

⁴¹ Ähnlich *Huck*, Transport radioaktiver Stoffe, 1992, 231

⁴² BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 – 7 C 1/11 –, BVerwGE 142, 159 LS. 1

⁴³ Obergerverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 19. Juni 2013 – 4 KS 3/08 –, Rn. 184 ff. juris)

cherheiten und Wissenslücken geboten.⁴⁴ 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.“⁴⁵

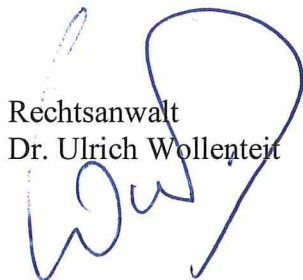
Dem braucht nichts hinzugefügt werden.

IV. Ergebnis

Der Gesetzentwurf ist aus den genannten Gründen entschieden abzulehnen.

Hamburg, den 08.12.2020

Rechtsanwalt
Dr. Ulrich Wollenteit



⁴⁴ Siehe etwa *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, Atomgesetz und Ausstiegsgesetze, StandAG, § 27, Rn. 8, m.w.N.

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1989 – 7 C 31/87 –, BVerwGE 81, 185-196, Rn. 20