

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atom- gesetzes (Siebzehntes AtG-ÄnderungsG, Drs. 19/27659)

Diese Stellungnahme fokussiert sich auf die beiden meiner Meinung nach wesentlichen Aspekte, die im Kontext des von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurfes zu diskutieren sind: zum einen der atomrechtliche Funktionsvorbehalt, der in § 44 AtG-Entwurf erstmalig eine gesetzliche Normierung erfahren soll; zum anderen das Fehlen eines In-Camera-Verfahrens in der atomrechtlichen Hauptsache.

I. Normierung des atomrechtlichen Funktionsvorbehalts in § 44 AtG-Entwurf

Der vorgelegte Gesetzentwurf ist insoweit zu begrüßen, als er durch die grundsätzliche Verankerung des von der Rechtsprechung entwickelten atomrechtlichen Funktionsvorbehalts im Atomgesetz zur Rechtssicherheit beiträgt. Er dürfte allerdings – wenn man sich überlegt, wie er in der gerichtlichen Praxis angewandt würde - nicht wirklich dazu geeignet sein, die gerichtliche Kontrolle atomrechtlicher Genehmigungsentscheidungen über das von der Rechtsprechung entwickelte, sich letztlich aus der Verfassung ergebende Maß hinaus zu beschränken. Eine verfassungskonforme Auslegung – sollte es dort Bedenken geben - ist also auch zukünftig anzunehmen.

Im Einzelnen:

Der atomrechtliche Funktionsvorbehalt der Exekutive ist in der Tat ein seit langem von der Rechtsprechung anerkanntes Rechtsinstitut, wenngleich seine konkreten Grenzen im Laufe der Zeit zunehmend präzisiert wurden. Bereits in der Wyhl-Entscheidung im Jahr 1986 hatte das Bundesverwaltungsgericht die Verantwortung für die Ermittlung und Bewertung von Risiken im Rahmen atomrechtlicher Genehmigungsverfahren grundsätzlich der Exekutive zugewiesen und festgestellt, dass es nicht Sache der nachträglichen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle sei bzw. sein könne, diese Wertung einschließlich der daraus folgenden Risikoabschätzung durch eine eigene Bewertung zu ersetzen. Derartige Ermittlungen und Bewertungen unterliegen folglich auch nicht der gerichtlichen Amtsermittlungspflicht gem. §§ 86, 108 VwGO.

Die mit dem Funktionsvorbehalt einhergehende Ausdehnung des exekutiven Beurteilungsspielraums berührt als eine Ausnahme vom Grundsatz der gerichtlichen Vollüberprüfbarkeit exekutiven Handelns unmittelbar den Grundsatz der Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 GG, der seinerseits Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips



ist. Solche Räume der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen enthaltenden Normen auf einen konkreten Lebenssachverhalt sind etwa auch im Prüfungs- oder im Beamtenrecht anerkannt. Als Abweichung vom Gewaltenteilungsprinzip sind sie indes stets in besonderer Weise rechtfertigungsbedürftig.

Diese Rechtfertigung der Einschränkung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle subjektiver Rechtsbeeinträchtigungen ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers. Die Befugnis zur Letztentscheidung der Exekutive in eng umgrenzten Sachbereichen ist danach zulässig, wenn sich aus dem Gesetz notfalls durch Auslegung, besser explizit ergibt, dass der Behörde ein derartiger Entscheidungsspielraum eingeräumt ist, dass ein gewichtiger, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteter Grund vorliegt und dass den (Verwaltungs-)Gerichten ausreichender Spielraum zu einer substantziellen Entscheidung verbleibt und die Überprüfung der Voraussetzungen und Grenzen des Beurteilungsspielraums eingeräumt ist.

Anknüpfungspunkt dafür, den Genehmigungsbehörden die Entscheidungskompetenz für den Inhalt der Risikoabschätzung zuzuweisen, ist die offene Normstruktur der atomrechtlichen Genehmigungstatbestände, die durch die Bezugnahme auf den Maßstab des Standes von Wissenschaft und Technik der Verwirklichung eines dynamischen Grundrechtsschutzes dient.

Gleichzeitig ist die Exekutive mit ihren Ressourcen, Wissen und Erfahrung sowie Handlungsformen unter allen Staatsgewalten – jedenfalls dem Grunde nach – am besten geeignet, einen bestmöglichen Sicherheitsstandard dauerhaft zu gewährleisten. Hierin liegt der maßgebliche Sachgrund für den atomrechtlichen Funktionsvorbehalt.

Die durch den Funktionsvorbehalt unmittelbar betroffene (Individual-)Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gebietet es indes, dass auch in seinem Anwendungsbereich ein Mindestniveau gerichtlicher Kontrolle gewahrt bleibt. Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht für die Genehmigungsvoraussetzung des erforderlichen Schutzes gegen Störmaßnahmen und sonstige Einwirkungen Dritter (SEWD) anerkannt, dass zwar die Genehmigungsbehörde für die der Genehmigungsentscheidung zugrunde liegende Risikoermittlung und -bewertung allein verantwortlich ist. Ohnehin kann die Entscheidung, welche Szenarien dabei im Einzelnen zugrunde zu legen sind, letztlich nur politisch verantwortet werden – auch dies ist Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes. Allerdings ist es Gegenstand

der gerichtlichen Kontrolle, ob die Risikoermittlung und -bewertung auf einer ausreichenden Datenbasis beruht und dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt der Behördenentscheidung Rechnung trägt. Entspricht die Behördenentscheidung diesen Anforderungen, ist die gerichtliche Kontrolle auf eine Willkürkontrolle beschränkt.

Soweit also nun mit dem nach dem vorliegenden Gesetzentwurf neu vorgesehenen § 44 AtG-Entwurf der von der Rechtsprechung entwickelte atomrechtliche Funktionsvorbehalt im Bereich des SEWD positivrechtlich verankert werden soll, ist dies schon vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips und im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich zu begrüßen. Insofern halte ich den Entwurf in seiner konkreten Ausgestaltung auch für tauglich. Positiv ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass nun auch das Verfahren, das die Genehmigungsbehörde bei der Festlegung der Anforderungen und zu treffenden Maßnahmen für den erforderlichen Schutz zu befolgen hat, in Gesetzesrang gehoben wird.

Allerdings erscheint es meines Erachtens durchaus zweifelhaft, ob der vorgelegte Entwurf zur Erreichung des zweiten nach der Gesetzesbegründung erklärtermaßen verfolgten Ziels taugt, nämlich „die Verteidigung zutreffender Genehmigungsentscheidungen vor Gericht“ zu sichern, indem „eine abschließende gerichtliche Bewertung trotz eingeschränkter Aktenvorlage möglich“ gemacht würde.

Denn das in der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht entwickelte Mindestmaß gerichtlicher Kontrolldichte ist kein Selbstzweck, sondern – wie eben dargestellt – letztlich verfassungsrechtlich geboten. Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier – die Normen, auf deren Grundlage die Genehmigungsentscheidung ergeht, ohne jeden Zweifel Drittschutz gewähren.

Der vorgelegte Gesetzentwurf aber trifft zur gerichtlichen Überprüfbarkeit der von den Behörden nach den Absätzen 1 bis 3 des § 44 AtG-Entwurf vorzunehmenden Risikoermittlung und -bewertung nach den o.g. Maßstäben (ausreichende Datenbasis, Stand von Wissenschaft und Technik) gerade keine Aussage; jedenfalls wäre die Vorschrift von den Gerichten ihrerseits im Lichte des Artikel 19 Abs. 4 GG verfassungskonform auszulegen. Im Ergebnis dürfte daher in der Praxis jeder Versuch, das durch die Rechtsprechung definierte, aus der Verfassung hergeleitete Mindestmaß gerichtlicher Kontrolle atomrechtlicher Genehmigungsentscheidungen auszuschließen, leer laufen. Ideal erscheint es aber natürlich nicht, bei der Anwendung eines neuen Gesetzes von vornherein auf eine verfassungskonforme Auslegung setzen zu müssen.

II. Verzicht auf die Schaffung eines In-Camera-Verfahrens in der atomrechtlichen Hauptsache

Ein vorzugswürdiger Ansatz zum praktischen Ausgleich der widerstreitenden Interessen nach effektivem Rechtsschutz einerseits und effektivem Verwaltungshandeln für einen bestmöglichen Schutz vor den Gefahren der Kernenergie andererseits wäre die Schaffung eines In-Camera-Verfahrens im Hauptsacheverfahren, wie es sich die Bundesregierung selbst noch im Koalitionsvertrag ausdrücklich zum Ziel gesetzt hatte.

Denn ein wesentlicher Grund für die gerichtliche Aufhebung von verschiedenen Genehmigungsentscheidungen in den vergangenen Jahren dürfte gerade darin liegen, dass der geltende Rechtsrahmen des Verfahrensrechts die Behörden regelmäßig in ein Dilemma zwischen der effektiven Verteidigung ihrer Genehmigungsentscheidung und der Wahrung des staatlichen Geheimhaltungsinteresses treibt, das letztlich – daran dürfte kein Zweifel bestehen - auch dem effektiven Schutz von Leben und Gesundheit des Einzelnen dient.

Das Bundesverwaltungsgericht hat zurecht klargestellt, dass der Anspruch des möglicherweise drittbetroffenen Klägers auf effektiven Rechtsschutz nicht einfach pauschal gegenüber dem staatlichen Geheimhaltungsinteresse hintangestellt werden darf.

Daraus folgt, dass das über eine atomrechtliche Genehmigung entscheidende Gericht keine überhöhten Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Klägers stellen darf. Vielmehr muss es bereits dann in die Sachaufklärung und – soweit diese keine hinreichende Klarheit bringt - in die Beweisaufnahme eintreten, wenn der Kläger Anhaltspunkte dafür vorträgt, die eine Rechtsverletzung möglich erscheinen lassen, also den Standpunkt der Genehmigungsbehörde wiederlegbar erscheinen lassen.

Kommt das Tatsachengericht zu dem Ergebnis, dass bestimmte Akten oder Unterlagen entscheidungserheblich sind, muss es die Genehmigungsbehörde auffordern, diese Akten oder Unterlagen vorzulegen. Die Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Vorlage liegt beim BMUB als zuständiger oberster Aufsichtsbehörde (§ 99 Abs. 1 S. 2 VwGO). Weigert sich dieses, die geforderten Akten oder Unterlagen vorzulegen, muss in einem Zwischenverfahren (dem sogenannten In-Camera-Verfahren) ein spezieller Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts darüber entscheiden, ob diese Weigerung rechtmäßig war (§ 99 Abs. 2 VwGO). War die Weigerung der Vorlage von Akten und Unterlagen rechtmäßig, sind diese zur weiteren Sachaufklärung nicht verfügbar.

Die allgemeinen prozessualen Beweislastregeln bleiben hiervon freilich unberührt. Faktisch erschwert dies also den Genehmigungsbehörden, ihre Genehmigungsentscheidungen vor Gericht erfolgreich zu verteidigen. Dies hat in der jüngeren Vergangenheit dazu geführt, dass die Behörden tendenziell mehr Akten bzw. Unterlagen im Prozess vorgelegt haben als noch in früheren Jahren; eine Tendenz, die ihrerseits angesichts der bereits angesprochenen hohen Bedeutung des staatlichen Geheim-schutzinteresses nicht unproblematisch erscheint.

Diesem nach geltendem Recht bestehenden fundamentalen Interessenskonflikt zwischen dem staatlichen Geheimhaltungsinteresse auf der einen und dem effektiven Rechtsschutzinteresse des Klägers auf der anderen Seite ließe sich durch die Einführung eines In-Camera-Verfahrens in der atomrechtlichen Hauptsache gerecht werden, wie es der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum hier diskutierten Gesetz-entwurf bereits vorgeschlagen hat. An die Stelle der Entscheidung einer speziellen Kammer über die Frage, ob die betreffenden Akten und Unterlagen dem Gericht der Hauptsache vorzulegen sind (§ 99 Abs. 2 VwGO), träte dabei eine Entscheidung des Hauptsachegerichts, inwieweit die prozessualen Beteiligtenrechte im Hauptsache-verfahren auszuschließen sind. Das bedeutet, dass diese Unterlagen (*vgl. die Defini-tion in § 44a AtG-BRat-Entwurf*) dem Hauptsachegericht in jedem Fall als materielle Entscheidungsgrundlage zur Verfügung stünden. Das Gericht würde so zu einer fun-dierten Sachentscheidung befähigt; das Interesse des Einzelnen an effektivem Rechtsschutz und das staatliche Geheimhaltungsinteresse ließen sich effektiv mit-einander vereinbaren.

Zwar ließe sich einwenden, in der Erweiterung des Zugangs zu dem Geheim-schutz unterliegenden Informationen auf die Personen des Hauptsachegerichts (und nicht etwa eine Spezialekammer wie bisher) könnte ihrerseits eine Beeinträchtigung des staatlichen Geheimhaltungsinteresses liegen. Diesem Argument dürfte allerdings im Verhältnis zu der nach der aktuellen Gesetzeslage erkennbaren Tendenz zur Of-fenlegung größerer Mengen an Informationen auch gegenüber allen Beteiligten im Hauptsacheverfahren mit kompletter Gerichtsöffentlichkeit allenfalls untergeord-netes Gewicht zukommen.

Die schließlich von der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellung-nahme des Bundesrats ausdrücklich gegen ein In-Camera-Verfahren in der Haupt-sache ins Feld geführten verfassungsrechtlichen Bedenken kann aus meiner Per-spektive nicht nachvollzogen werden. Insbesondere ist keine verfassungswidrige Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG erkennbar. Viel-mehr hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zu einer anderen so- genannten multipolaren Konfliktlage (auf dem Gebiet des Telekommunikations-

4. Mai 2021



BECKER BÜTTNER HELD

rechts) ausdrücklich die Möglichkeit zur Schaffung praktischer Konkordanz zwischen Geheimschutzinteresse, Rechtsschutzgarantie und rechtlichem Gehör in den Raum gestellt. Dabei hat es nicht nur betont, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör eingeschränkt werden kann, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt ist. Es hat – in Fortsetzung seiner früheren Rechtsprechung – darüber hinaus ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Rechtsschutzgarantie und die Gewährung rechtlichen Gehörs gerade nicht in Gegensatz zueinander gebracht werden dürfen, da beide demselben Ziel eines effektiven Rechtsschutzes dienen. Inwiefern also das Verfassungsrecht diesem praxisgerechten Regelungsvorschlag des Bundesrates soll entscheidend entgegenstehen können, lässt sich aus meiner Sicht im Ergebnis nicht überzeugend begründen.

Nach alledem wäre meines Erachtens die Einführung eines In-Camera-Verfahrens in der atomrechtlichen Hauptsache nach dem Vorschlag des Bundesrats zu begrüßen.

Berlin, am 4. Mai 2021

Dr. Olaf Däuper
Rechtsanwalt