19. Wahlperiode

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit

Wortprotokoll
der 110. Sitzung

Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
Berlin, den 5. Mai 2021, 11:00 Uhr
Berlin, Dorotheenstraße 100,
Jakob-Kaiser-Haus, 1.302

Vorsitz: Sylvia Kotting-Uhl, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Tagesordnungspunkt **Seite 3**

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (Siebzehntes AtG–ÄnderungsG)

BT-Drucksache 19/27659

Federführend:
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:
Abg. Karsten Möring [CDU/CSU]
Abg. Dr. Nina Scheer [SPD]
Abg. Dr. Rainer Kraft [AfD]
Abg. Judith Skudelny [FDP]
Abg. Hubertus Zdebel [DIE LINKE.]
Abg. Sylvia Kotting-Uhl [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

Mitglieder des Ausschusses

	Ordentliche Mitglieder	Stellvertretende Mitglieder
CDU/CSU	Damerow, Astrid Dött, Marie-Luise Färber, Hermann Grundmann, Oliver Hirte, Christian Kießling, Michael Kruse, Rüdiger Möring, Karsten Schulze, Dr. Klaus-Peter Schweiger, Torsten Simon, Björn Wegner, Kai Weisgerber, Dr. Anja Zech, Tobias	Abercron, Dr. Michael von Benning, Sybille Gädechens, Ingo Haase, Christian Krauß, Alexander Ludwig, Daniela Oßner, Florian Pols, Eckhard Röring, Johannes Sauer, Stefan Sendker, Reinhold Siebert, Bernd Thies, Hans-Jürgen
SPD	Mindrup, Klaus Nissen, Ulli Pilger, Detlev Scheer, Dr. Nina Schrodi, Michael Schwabe, Frank Thews, Michael Träger, Carsten	Bach, Bela Gremmels, Timon Hakverdi, Metin Held, Marcus Klare, Arno Mackensen, Isabel Miersch, Dr. Matthias Röspel, René
AfD	Bernhard, Marc Bleck, Andreas Hilse, Karsten Kraft, Dr. Rainer Wildberg, Dr. Heiko	Hemmelgarn, Udo Theodor Heßenkemper, Dr. Heiko Magnitz, Frank Protschka, Stephan Spaniel, Dr. Dirk
FDP	Aggelidis, Grigorios in der Beek, Olaf Köhler, Dr. Lukas Skudelny, Judith	Busen, Karlheinz Meyer, Christoph Neumann, Dr. Martin Sitta, Frank
DIE LINKE.	Lay, Caren Lenkert, Ralph Schreiber, Eva-Maria Zdebel, Hubertus	Beutin, Lorenz Gösta Perli, Victor Remmers, Ingrid Weinberg, Harald
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Badum, Lisa Hoffmann, Dr. Bettina Kotting-Uhl, Sylvia Lemke, Steffi	Ebner, Harald Krischer, Oliver Kühn (Tübingen), Christian Verlinden, Dr. Julia
fraktionslos	Bülow, Marco	

Einziger Tagesordnungspunkt

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (Siebzehntes AtG–ÄnderungsG)

BT-Drucksache 19/27659

dazu Sachverständige:

Harald Thielen
Gesellschaft für Anlagen- und Reaktorsicherheit (GRS) gGmbH
Powerpoint (Anlage 1)

Dr. Herbert Posser
POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS pswp
Ausschussdrucksache 19(16)564-A (Anlage 2)

Dr. Olaf Däuper
Kanzlei Becker Büttner Held
Ausschussdrucksache 19(16)564-F (Anlage 3)

Juliane Dickel
Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland BUND e. V.
Ausschussdrucksache 19(16)564-D (Anlage 4)

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Linda Compagnini
Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes NRW
Ausschussdrucksache 19(16)564-E (Anlage 5)

Dr. Ulrich Wollenteit
Rechtsanwälte Günther Partnerschaftsgesellschaft
Ausschussdrucksache 19(16)564-B (Anlage 6)
Ausschussdrucksache 19(16)564-C (Anlage 7)

Dr. Dörte Fouquet
Kanzlei Becker Büttner Held
Ausschussdrucksache 19(16)564-G(neu) (Anlage 8)

Vorsitzende: Ich begrüße Sie herzlich zu unserer heutigen öffentlichen Anhörung im Umweltausschuss. Wir haben heute eine Anhörung zur Änderung des Atomgesetzes [AtG] – es geht um die 17. AtG-Novelle. Wie leider schon geübte Praxis seit einem Jahr führen wir aufgrund der Situation mit der Corona-Pandemie die Anhörung als Webex-Videokonferenz durch. Der Öffentlichkeit wird der Zugang leider ausschließlich durch die *Online*übertragung im Internet gewährt. Ich begrüße alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer, meine Kolleginnen und Kollegen, auch aus mitberatenden Ausschüssen, sowie Vertreterinnen und Vertreter aus dem Bundesumweltministerium – Frau Parlamentarische Staatssekretärin Schwarzelühr-Sutter, herzlich willkommen, wir hatten gerade schon das Vergnügen miteinander in der nichtöffentlichen Sitzung. Und jetzt begrüße ich natürlich ganz besonders die von den Fraktionen benannten Sachverständigen. Der erste unserer Sachverständigen ist Herr Harald Thielen von der Gesellschaft für Anlagen- und Reaktorsicherheit. Dann haben wir Herrn Dr. Herbert Posser von POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS und dann Herrn Dr. Olaf Däuper von der Kanzlei Becker Büttner Held. Dann Frau Juliane Dickel vom Bund für Umwelt und Naturschutz, Herrn Professor Dr. Wolfgang Ewer von WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte, Frau Linda Compagnini vom Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, Herrn Dr. Ulrich Wollenteit, Rechtsanwälte Günther, und Frau Dr. Dörte Fouquet, nochmal von Becker Büttner Held. Herzlich willkommen!

Ich muss Ihnen jetzt noch einige allgemeine Hinweise geben. Die Sitzung wird *live* über das Internet übertragen. Stellungnahmen, Statements, Diskussionen werden ebenfalls über das Internet zugänglich gemacht. Wir verfassen üblicherweise auch ein Wortprotokoll. Wenn es dazu keinen Widerspruch gibt, machen wir das auch heute so. Gut, dann ist das so beschlossen. Jetzt zum Ablauf der heutigen Anhörung: Zuerst haben Sie alle jeweils drei Minuten Zeit für Ihr Eingangsstatement. Versuchen Sie, die Zeit einzuhalten. Je klarer Sie

sich an Ihre Zeitvorgaben halten, umso mehr haben wir die Chance, tatsächlich dann auch eine dritte Runde Frage-Antworten durchzuführen; die ist meist verkürzt, aber trotzdem kommt man da nochmal zu Antworten. Dann die spannenden Frage-Antwort-Runden: Die laufen bei uns so ab, dass immer die oder der Abgeordnete Ihnen die Frage stellt und das Zeitbudget damit anfängt zu laufen. Das heißt, jede Fraktion hat in jeder Runde fünf Minuten Zeit für Frage plus Antwort. Eine leichte Erschwernis für Sie als Sachverständige ist, dass Sie selber auf die Zeit achten müssen ab dem Moment, wo die Frage beginnt. Das ist physisch im Sitzungssaal des Ausschusses immer einfacher. So liegt es jetzt in Ihrer Verantwortung, auf die Zeit zu achten. Deshalb auch wie immer nochmal mein herzlicher Appell an meine Kolleginnen und Kollegen Abgeordneten, zu Beginn Ihrer Wortmeldung gleich den Namen des oder der befragten Sachverständigen zu nennen, damit die oder der auch die Chance hat, von Anfang an auf die Zeit zu schauen. Also als erstes den Namen des oder der Sachverständigen nennen, dann Ihren Kommentar – wie auch immer – und natürlich vor allem Ihre Frage. Insgesamt fünf Minuten. Es gilt die Regel: Je kürzer der Abgeordnete fragt, umso mehr hat der oder die Sachverständige Zeit zu antworten. Zwei Runden bekommen wir üblicherweise mit den fünf Minuten hin, eine dritte im Allgemeinen verkürzt. Das hängt immer ein bisschen von der Disziplin ab, die ja im Eifer des Gefechtes auch nicht immer so ganz einfach einzuhalten ist. *Powerpoints* – soweit Sie welche haben – müssen Sie bitte selbst einblenden und auch bitte daran denken, sie anschließend wieder selbst zurückzuziehen. Damit bin ich am Ende der Vorwörter.

Als Berichterstatterinnen und Berichterstatter sind mir gemeldet: Herr Abg. Karsten Möring, Frau Abg. Dr. Nina Scheer, Herr Abg. Dr. Rainer Kraft, Frau Abg. Judith Skudelny, Herr Abg. Hubertus Zdebel, und ich selbst übernehme die Berichterstattung für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Damit geht jetzt das Wort an unseren ersten Sachverständigen für das Eingangsstatement. Das ist Herr Thielen von der GRS. Bitte, Herr Thielen!

Harald Thielen (GRS): Erst einmal vielen Dank für die Einladung als Sachverständiger! In meinem Eingangsstatement möchte ich kurz einmal skizzieren, wie der Nachweis des Schutzes vor SEWD [Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter] grundsätzlich abläuft [Anlage 1, Seite 2]. Ich bin mir bewusst, dass diese Darstellung viele Vorgänge vereinfacht und nicht auf alle Fälle ohne weiteres anzuwenden ist. An oberster Stelle steht natürlich der erforderliche Schutz vor SEWD, dessen Gewährleistung Genehmigungsvoraussetzung gemäß Atomgesetz ist. Die Schutzziele – die hier leider etwas klein wiedergegeben sind, aber ich wollte sie nicht verkürzen – sind die Verhinderung der Freisetzung zum einen in erheblichen Mengen und der missbräuchlichen Nutzung ionisierender Strahlung vor Ort; das ist die Entwendung mit dem Ziel der Freisetzung einer erheblichen Menge an einem beliebigen Ort und der Entwendung von Kernbrennstoffen in Mengen, die in der Summe zur Herstellung einer kritischen Anordnung ausreichen. Diese Schutzziele werden durch sogenannte SEWD-Richtlinien verfolgt. Hier erfolgen eine Kategorisierung des Inventars und die Nennung von anlagespezifischen Maßnahmen. Die sind natürlich auch der Grund für die Einstufung dieser SEWD-Richtlinien als VS – nur für den Dienstgebrauch. Diese SEWD-Richtlinien, wie auch die später genannte SEWD-Berechnungsgrundlage, werden auf Basis von als VS-Vertraulich eingestuften Lastannahmen erstellt. Auf der Grundlage einer Gefährdungsbewertung der Sicherheitsbehörden werden hier konkrete Angaben zu Tatszenarien, zu Täterverhalten, zu unterstellenden Waffen und Hilfsmitteln mit konkreten Leistungs- und Mengenangaben gemacht. Diese Lastannahmen werden regelmäßig evaluiert und möglichen Entwicklungen angepasst. Das letzte Glied stellt die SEWD-Berechnungsgrundlage dar. Hierin werden Randbedingungen der Modellierung und die Schutzziele mit einem konkreten Kriterium in Form einer effektiven Dosis, also 100 Millisievert, durch Inhalation und sieben Tagen Bodenstrahlung befestigt. Meiner Meinung nach sollte der Geheimschutz bestehen bleiben und nicht aufgeweicht werden, da Detailinformationen für den potenziellen Täter stark anleitenden Charakter haben können. Auch sollten die Schutzziele beim Nachweis des Schutzes vor SEWD auch im Atomgesetz durch die Nennung eines konkreten Kriteriums wie die effektive

Dosis befestigt werden. In anderen Gesetzen, beispielsweise dem Strahlenschutzgesetz, erfolgen ja auch Nennungen solcher Richtwerte. Danke!

Dr. Herbert Posser (POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS): Vielen Dank, auch an Herrn Thielen. Das war ein sehr instruktiver Einstieg, der zeigt, dass hier tatsächlich eine sich aufdrängende Fragestellung gegeben ist. Denn trotz der sehr intensiven und aufwendigen Befassung der Behörden bleibt die Kernfrage, ob und wie die dortigen Grundlagen und Erkenntnisse tatsächlich im öffentlichen Diskurs überprüft werden können. Dabei ist eines klar – Herr Thielen hat es gesagt: Es darf nicht einfach offengelegt werden, denn die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik, aber auch der Anwohner einschließlich der Kläger, erlaubt das nicht. Die aktuelle Lösung in den §§ 99 und 100 Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO], die reicht nicht, denn sie normiert eine Rechtsfolge. Was passiert, wenn die Geheimhaltungsbedürftigkeit festgestellt ist? Dann werden die Gerichte und alle Betroffenen alleine gelassen. Die Gerichte behelfen sich mit einem Ermittlungs- und Bewertungsdefizit, weil die Behörde in der Schwierigkeit steht, Geheimnisverrat oder Prozessverlust zu betreiben, also einem Dilemma. Das führt dazu, dass dann Genehmigungen aufgehoben werden, obwohl sehr ausführlich die Prüfung tatsächlich stattgefunden hat. Das wiederum ist ein Perpetuum mobile, weil ja Antragsteller und Behörde wissen, dass sie genehmigungsfähig handeln, aber Gerichte und Kläger wissen das nicht. Das ist eine absurde Konstellation, deshalb besteht Handlungsbedarf. Das ist auch kein theoretisches Problem oder nur eins der Zukunft, sondern es gibt laufende Verfahren, in denen sich das stellt, und es wird auch in absehbarer Zeit – § 9, § 9a Absatz 2a AtG – solche Genehmigungsverfahren geben, wo sich genau diese Fragen stellen. Der Bund hat jetzt einen Vorschlag vorgelegt mit der Normierung des „exekutiven Funktionsvorbehalts“, und zwar – so verstehe ich die Regelung – in Form einer gesetzlichen Fiktion. Das heißt, der Gesetzgeber selber übernimmt die politische Verantwortung – das ist auch das, was das Bundesverwaltungsgericht von ihm erwartet – und tut das in einer dreistufigen Prüfung, indem er die Lastannahmen definiert, die SEWD-Richtlinien an Maßstäbe bindet und sodann sagt: Ich übernehme die politische Verantwortung, wenn die Zulassungsbehörde auf der Basis der bisherigen Erkenntnisse diese Entscheidung trifft; dann ist das für mich als Gesetzgeber okay. Dagegen gibt es verfassungsrechtliche Bedenken – die werden wir gleich hören. Wenn man aus diesen Gründen oder einer breiteren parlamentarischen Legitimation oder Einbindung der Gerichte, die sich natürlich nicht freuen, wenn ihnen Kontrollkompetenzen genommen werden, und einer größeren Akzeptanz in der Öffentlichkeit das anders sehen will, dann ist der Vorschlag des Bundesrates sinnvoll – denn einfach nur auf den § 99 VwGO zurückfallen, das geht nicht. Man muss das über die Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle, Willkürkontrolle et cetera – ich habe dazu Vorschläge gemacht – klären. Und wenn man das gemacht hat, dann ist ein solches In-Camera-Verfahren in der Hauptsache richtig, weil dann tatsächlich auch eine gerichtliche Kontrolle stattfinden kann. Ich würde also insofern den Vorschlag des Bundesrates unterstützen, wenn man nicht der Auffassung der Bundesregierung folgen wollte. Danke!

Dr. Olaf Däuper (Kanzlei Becker Büttner Held): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Abgeordnete, meine Damen und Herren! Ich will kurz einerseits zum atomrechtlichen Funktionsvorbehalt und dann auch zu den im Regierungsentwurf nicht vorgesehenen In-Camera-Verfahren in der atomrechtlichen Hauptsache ausführen. Beim atomrechtlichen Funktionsvorbehalt ist, glaube ich, seit Jahrzehnten klar, dass es ihn gibt. Er ist sozusagen richterrechtlich entwickelt worden, indem man bestimmte Bereiche der Exekutive zugewiesen hat – natürlich mit einem besonderen Rechtfertigungsgrund, weil durch diesen Beurteilungsspielraum der Exekutive letztendlich der Grundsatz der gerichtlichen Vollüberprüfbarkeit exekutiven Handelns beschränkt wurde. Die Gründe dafür liegen letztendlich darin, dass die Exekutive mit besonderen Ressourcen, mit Wissen, mit Kenntnissen, auch mit Erfahrungswerten ausgestattet ist, die die Exekutive jedenfalls dem Grunde nach am besten geeignet erscheinen lassen, eben diesen bestmöglichen Sicherheitsstandard im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren auch dauerhaft zu gewährleisten. Darin liegt der maßgebliche Sachgrund für den atomrechtlichen Funktionsvorbehalt. Das hat man jetzt kodifiziert oder versucht es in dem § 44 des Entwurfs der Bundesregierung [AtG-E] zu kodifizieren. Letztendlich bin ich der Meinung, dass man in diesem

dreistufigen Aufbau, der jetzt dort zugrunde gelegt ist, versucht, genau diesen atomrechtlichen Funktionsvorbehalt nachzuzeichnen. Ich würde nicht sagen, dass damit die gerichtliche Kontrolle auf Willkürüberschreitung dessen, was eine ausreichende Datenbasis betrifft, oder auch die Berücksichtigung des Standes von Wissenschaft und Technik, damit nicht möglich wäre – das wäre, wenn man das so verstünde, aus meiner Sicht dann auch letztendlich verfassungsrechtlich nicht in Einklang zu bringen, weil eben dieses Mindestmaß gerichtlicher Kontrolldichte ja kein Selbstzweck ist, sondern verfassungsrechtlich geboten ist. Es geht ja auch um Normen, die ohne jeden Zweifel Drittschutz gewähren. Das führt uns aber dann zu diesem Dilemma – was der Kollege Posser auch eben schon beschrieben hat –, einerseits eben das Interesse der Behörden zur effektiven Verteidigung ihrer Genehmigungsentscheidung unter Wahrung der staatlichen Geheimhaltungsinteressen, andererseits natürlich die Interessen von potenziellen Klägern auf effektiven Rechtsschutz. Da würde ich auch tatsächlich sagen, dass so, wie die Verfahren praktisch im Moment mit dem § 99 VwGO ausgestaltet sind, wo ein Zwischenverfahren möglich ist, wo aber nur über das „Ob“ – ob die Weigerung, bestimmte Unterlagen vorzulegen, rechtmäßig ist oder nicht – entschieden wird, nicht wirklich weiterhilft. Da, denke ich, ist tatsächlich auch der Vorschlag des Bundesrates hilfreich, wie er im § 44 a dieses Entwurfes vorgeschlagen wird. Man würde dem Hauptsachegericht die Entscheidung ermöglichen, inwieweit dann prozessuale Beteiligtenrechte im Hauptsacheverfahren vorzulegen sind oder vorzulegen wären oder auszuschließen sind, und in jedem Fall würde das Hauptsachegericht eine materielle Entscheidung treffen können bzw. würde zu einer fundierten Sachentscheidung befähigt, sodass im Endeffekt auch den Interessen der Einzelnen an effektivem Rechtsschutz und staatlichen Geheimhaltungsinteressen Rechnung getragen wird.

Vorsitzende: Herr Dr. Däuper, Sie müssten einen Punkt machen, bitte!

Dr. Olaf Däuper (Kanzlei Becker Büttner Held): Vielleicht noch zwei Sätze: Soweit in der Gegenäußerung der Bundesregierung verfassungsrechtliche Bedenken genannt werden, kann ich das persönlich nicht nachvollziehen. Wir haben auch andere Gebiete wie im Telekommunikationsrecht, wo es diese multipolaren Konfliktlagen gibt, und wo man das dann in so eine praktische Konkordanz bringt. Ich denke, hier wäre auch in ähnlicher Weise zu argumentieren, sodass ich im Ergebnis auch dem Kollegen Posser folge, dass ich hier ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache begrüßen würde nach dem Vorschlag des Bundesrates, hier diese Möglichkeit zu schaffen. Dankeschön!

Vorsitzende: Dankeschön! Das waren zwei Thomas-Mann-Sätze – aber das kenne ich, das machen wir auch immer so. Frau Juliane Dickel vom BUND, bitte!

Juliane Dickel (BUND): Guten Tag und danke für die Einladung! Wir sprechen heute über ein großes Bedrohungspotenzial, über die Risiken von Terroranschlägen gegen Atomanlagen und wie diese wirksam zum Schutz der Menschen verhindert werden. Und es geht um die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien und demokratischer Grundrechte. Diesem Ziel wird der Funktionsvorbehalt, der im 17. Entwurf zur Novellierung des Atomgesetzes normiert werden soll, aus meiner Sicht nicht gerecht. Die Überprüfung der Exekutive ist eine wichtige Aufgabe der Judikative. Atomrechtlich geht es ja auch um nicht weniger als die größtmögliche Sicherheit für Anwohnende von Atomstandorten – und wir haben viele Atomstandorte in Deutschland. Das Oberverwaltungsgericht [OVG] Schleswig-Holstein hat 2013 die Genehmigung für das Standortzwischenlager Brunsbüttel aufgehoben – unter anderem, weil die Risiken von gezielten Terrorangriffen und der Absturz eines A380 nicht ausreichend untersucht worden seien. Der Funktionsvorbehalt, der hier normiert werden soll, wurde also von einer gerichtlichen Instanz nicht anerkannt. Doch anstatt Gerichten Einsichtnahmen zu ermöglichen, soll nun jedwede Überprüfung ausgeschlossen werden. Das ist ein eklatanter Eingriff in die Gewaltenteilung! Rechtsstaatlichkeit und Bürgerinnen- und Bürgerrechte müssen gewahrt bleiben –und das leistet der aktuelle Entwurf nicht! Wir haben eine neue Situation: Der Bund verantwortet über eine bundeseigene Gesellschaft die Zwischenlager und eine Bundesbehörde erteilt die Genehmigung. Wenn nun die Exekutive die Judikative ausschließt, kann das erhebliche, auch gesellschaftliche Auswirkungen haben. Es wird der Eindruck

erweckt, dass sich der Bund und dessen untergeordnete Behörden und Gesellschaften zukünftigen Klageverfahren weiter entledigen wollen. Sicherheit braucht umfassende Überprüfung und Kontrolle! In diesen Handlungsfeldern die Rechte der Bürgerinnen und Bürger zu beschneiden, beim Standortauswahlverfahren aber von Beteiligung und Transparenz zu sprechen – das ist ein Kontrast, der zurecht Widersprüche und Zweifel weckt. Das kann perspektivisch die Wahrnehmung in der Öffentlichkeit auch bei der Suche nach einem tiefengeologischen Lager für hochradioaktive Abfälle nachhaltig beschädigen. Es entsteht der Eindruck, zum Schluss mache es sich die Exekutive einfach. Im Koalitionsverfahren war, wie schon gesagt, ein In-Camera-Verfahren gefordert, was auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme noch einmal nachdrücklich empfohlen hat. Damit wären zumindest die Gerichte involviert, wobei auch dieses Verfahren demokratisch kritisch ist. Der jetzt vorliegende Entwurf ist in dieser Form aus meiner Sicht nicht tragbar. Die Sachlage ist enorm komplex, keine Frage. Es muss gelten: Im Zweifel für die Sicherheit der Menschen unter Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien und demokratischer Grundrechte. Daher gilt eher Sorgfalt vor Eile. Das Thema sollte einer gründlichen öffentlichen Diskussion unterzogen werden und dann in der nächsten Legislaturperiode eine Lösung auf den Tisch kommen, die von einem breiten Konsens getragen wird, und vor dem Bundesverfassungsgericht auch Bestand hat. Danke!

Prof. Dr. Wolfgang Ewer (WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft): Frau Vorsitzende, vielen Dank! Meine Damen und Herren! Auch von mir wird das Konzept des Gesetzentwurfes befürwortet. Auch ich möchte mich nur zu den zwei Stichworten äußern: „Funktionsvorbehalt“ und „In-Camera-Verfahren“. Ich meine, dass sich die Rechtsfigur des Funktionsvorbehaltes, die vor 40 Jahren von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelt wurde und auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gestützt wird, dass sich diese Rechtsfigur bewährt hat. Sie dient einem dynamischen Grundrechtsschutz, sie gewährleistet eine ständige Aktualisierung der erforderlichen Schutzmaßnahmen und dies mit Blick auf die bestmögliche Verwirklichung des durch das AtG vorgeschriebenen Schutzes von Leben und Gesundheit. Ich glaube, dass dies gerade bei den hier in Rede stehenden Einwirkungen Dritter, insbesondere den Terrorangriffen, eine ganz große Rolle spielt. Bei naturwissenschaftlichen Risiken besteht immerhin die Möglichkeit, sie wissenschaftlich in irgendeiner Form belastbar zu prognostizieren – mit all den Schwächen, die das hat, aber diese Möglichkeit ist gegeben, sie statistisch zu ermitteln, und ähnliches. Die Einschätzungen, welche Angriffe wann auf welche Weise mit welchen neuen Methoden erfolgen – die sind aber einer solchen Möglichkeit entzogen. Deswegen können sie eigentlich von niemandem besser beurteilt werden, als von den versammelten Experten der zuständigen Behörden des Bundes und der Länder. Es trifft auch nicht zu, dass mit der Anerkennung des Funktionsvorbehaltes – wie eben gesagt wurde – jede gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen ist. Vielmehr hat die Rechtsprechung schon bisher beim Funktionsvorbehalt immer daran festgehalten, dass das Vorliegen der ausreichenden Datenbasis und deren Heranziehung kontrolliert werden – und auch die Frage, ob dem Stand von Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung gerecht geworden ist. Ich meine also, dass es keineswegs so ist – das muss man sich ganz deutlich vor Augen führen –, dass jede Kontrolle ausgeschlossen ist, sondern es ist so, dass der Spielraum, der der Exekutive eingeräumt ist, auf die Einhaltung seiner Grenzen, überprüft wird. Wäre es eigentlich besser für den Bürger, wenn man eine umfassende Kontrollmöglichkeit hat? Das Bundesverfassungsgericht hat kürzlich in einem anderen Zusammenhang – im Zusammenhang mit artenschutzrechtlichen Prognosen – wörtlich gesagt – Sie gestatten, dass ich zitiere: „In außerrechtlichen tatsächlichen Fragen besteht aber zugunsten der Gerichtsbarkeit keine Vermutung, dass sie über mehr Expertise verfügt als die Verwaltung. Weil nichts dafür spricht, dass die gerichtliche Einschätzung wissenschaftlich ungeklärter Zusammenhänge eher richtig ist als die der Behörde, vermag die gerichtliche Kontrolle insofern auch nichts zum Schutz der Rechte der Betroffenen beizutragen.“ Ich denke, dass sich das eins-zu-eins auf die hier in Rede stehende Materie übertragen lässt. Abschließend noch wenige Überlegungen zum In-Camera-Verfahren.

Vorsitzende: Entschuldigung, bitte sehr wenige Überlegungen! Die drei Minuten sind um!

Prof. Dr. Wolfgang Ewer (WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft): Ich glaube, dass dort erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Der Grundsatz „audiatur et altera pars“ – auch die andere Seite muss die Argumente kennenlernen, sie können nicht nur von einer Seite dem Gericht unterbreitet werden –, dieser Grundsatz ist vom Bundesverfassungsgericht stets sehr hoch gehalten worden und das aus gutem Grund. Vielen Dank!

Vorsitzende: Dankeschön! Jetzt hören wir Frau Linda Compagnini vom zuständigen Ministerium in Nordrhein-Westfalen. Bitte, Frau Compagnini!

Linda Compagnini (Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes NRW): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank für Ihre Einladung! Mein Name ist Linda Compagnini und ich bin im Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen für das Atomrecht zuständig. Gerne fasse ich meine Rechtsauffassung zum Entwurf zusammen. Grundsätzlich sind die vorgesehenen Regelungen der 17. Atomgesetz-Novelle insgesamt zu begrüßen. Sie heben bewährte Grundlagen der Sicherung auf Gesetzesebene und bringen somit mehr Rechtssicherheit. Das Kernstück der Novelle ist der sogenannte „atomrechtliche Funktionsvorbehalt“. Dieser in der Rechtsprechung, wie wir gehört haben, entwickelte Grundsatz, dass die Exekutive für die Risikoermittlung und -bewertung allein verantwortlich ist, wird nun gesetzlich geregelt. Bei diesem Beurteilungsspielraum, der auch in anderen Rechtsgebieten existiert, ist der sachliche Hintergrund, dass die zuständigen Fachbehörden den größtmöglichen Sicherheitsstandard gewährleisten können. Deshalb ist es richtig, dass ein solcher Funktionsvorbehalt in das Atomgesetz aufgenommen wird. Folgendes Problem der eingeschränkten Aktenvorlage im Prozess wird aber hierdurch nicht gelöst: Die Unterlagen, die der Behörde im Verwaltungsverfahren vorgelegt werden, unterliegen im Bereich der Sicherung häufig dem staatlichen Geheimschutz. Sie müssen also vor unbefugter Kenntnis geschützt werden. Wird die Genehmigung von einem Dritten beklagt, muss die Behörde das Vorlegen der Genehmigungsvoraussetzung nachweisen, ohne diese als geheim eingestuften Unterlagen dem Gericht vorlegen zu können. Gelingt dies nicht, kann es dazu kommen, dass die Behörde das Verfahren bewusst verlieren muss. Soweit also der Funktionsvorbehalt als Lösung dieses konkreten Problems angeführt wird, ist zu bedenken, dass er ja schon lange in der Rechtsprechung existiert, das beschriebene Dilemma aber fortbesteht. Ich erwarte daher nicht, dass allein die Aufnahme in das Atomgesetz zu einer wesentlichen Änderung führen wird. Zudem regelt der Funktionsvorbehalt nicht, wie formal im Prozess mit solchen Verschlusssachen umzugehen ist. Eine effektive Lösung wäre der vom Bundesrat vorgeschlagene Entwurf für ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache. Dies bedeutet ja, dass das Gericht, das der Kläger angerufen hat, auch über die Geheimhaltung gegenüber dem Kläger entscheidet. In jedem Fall aber darf das Gericht die Unterlagen einsehen. Dies ist der große Vorteil gegenüber dem bestehenden Verfahren, finde ich – im Übrigen auch für den Dritten, der gegen die Genehmigung klagt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche Regelung bestehen meines Erachtens nicht. Mit § 138 Telekommunikationsgesetz [TKG] existiert eine sehr ähnliche Vorschrift bereits im deutschen Recht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich für die Ausweitung auf andere Rechtsgebiete ausdrücklich offen gezeigt. Im Ergebnis sollte meines Erachtens die Gelegenheit dieser Sicherungsnovelle genutzt werden, um den größtmöglichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung des staatlichen Geheimschutzes einzuführen. Vielen Dank!

Dr. Ulrich Wollenteit (Rechtsanwälte Günther Partnerschaftsgesellschaft): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete! Ich sehe – anders als meine Vorredner – keinen Handlungsbedarf. Das Thema „Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter“ hat in der Tat die Rechtsprechung in der Vergangenheit beschäftigt – in der Zukunft wird das Thema in absehbarer Zeit keine prominente Rolle mehr spielen können. Die Atomkraftwerke werden demnächst abgeschaltet, die Zwischenlagergenehmigungen sind alle rechtskräftig und auch das Stilllegungsurteil des Bundesverwaltungsgerichts zu Isar 1 von Januar dieses Jahres zeigt, dass das Thema aus meiner Sicht derzeit nicht regelungsbedürftig ist. Wie Frau Dickel schon zutreffend ausgeführt hat, ist eine solche Debatte zum gegenwärtigen Zeitpunkt eher geeignet, die gerade erst angelaufene Debatte um die Sicherheit der Zwischenlager und deren

Genehmigungsverlängerung erheblich zu belasten. Ich finde auch, dass die Begründungsnarrative, die man in dem Gesetzentwurf findet, durchgängig falsch sind. Es ist nicht so, dass die Rückführung der Abfälle aus den Wiederaufbereitungsanlagen derzeit gefährdet wäre. Im Gegenteil – der Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs von Oktober 2020 zeigt meines Erachtens das Gegenteil. Mir ist auch – anders als dem Kollegen Posser – kein Prozess oder keine Situation bekannt, dass die Behörde vor die Alternative zwischen Geheimnisverrat und Prozessverlust gezwungen worden wäre. Das ist meines Erachtens eine Chimäre, auch ein Perpetuum mobile – dass ein Pingpong entstehen könnte, das Risiko sehe ich nicht. Das ist auch in der Praxis nicht passiert. Es ist auch logisch. Nach dem Urteil des OVG Schleswig-Holstein sind natürlich die Zwischenlagergenehmigungen auch nachgebessert worden.

Ich sehe ein großes Risiko, wenn man den Funktionsvorbehalt, wie das in dem Entwurf in § 44 Absatz 3 vorgesehen ist, mit den Lastannahmen kurzschließt. Die Lastannahmen – das hatte der Sachverständige von der GRS sehr plastisch erläutert –, die legen die Szenarien fest, denen die Anlagen standhalten sollen. Jetzt passiert Folgendes: Man sagt, der Schutz soll gegeben sein, wenn diese Szenarien, die in den Lastannahmen niedergelegt sind, bewältigt werden. Wir haben im Moment die Situation, dass in den Lastannahmen zum Beispiel nicht der Flugzeugabsturz aufgenommen worden ist, obwohl genau dies das entscheidende Thema ist, was die Rechtsprechung in den vergangenen 20 Jahren ganz erheblich beschäftigt hat und was auch völlig zurecht nach dem 11. September 2001 die Politik sehr intensiv beschäftigt hat. Wenn wir nun die Lastannahmen kurzschließen mit dem erforderlichen Schutz, geraten wir auch – nach meiner Auffassung – in eine verfassungsrechtliche Schieflage, denn nach den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts, die zum Teil in das Ende der 80er Jahre zurückgehen, sind die Schutzansprüche, die im Rahmen des Schutzes vor Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter zu gewährleisten sind, verfassungsrechtlich verbürgt, also in Artikel 2 Absatz 2 des Grundgesetzes. Ich bin auch immer wieder überrascht darüber gewesen, dass man den Flugzeugabsturz nicht in die Lastannahmen aufgenommen hat. Das weckt bei mir auch Zweifel daran, ob tatsächlich diese Festlegungen, die dort getroffen worden sind, tatsächlich allein sicherheitsgerichtet fundiert sind. Ich meine, wenn man dort nachfragt – und ich habe öfters nachgefragt –, findet man dort in der Regel auch Hinweise darauf, dass Opportunitätsgesichtspunkte eine Rolle spielen. Hätte man den Flugzeugabsturz nach 2001 in die Lastannahmen aufgenommen, hätte das Handlungszwänge im Hinblick auf die laufenden Atomkraftwerke ausgelöst und möglicherweise auch Entschädigungspflichten nach § 18 des Atomgesetzes und das wollte man offenkundig vermeiden.

Vorsitzende: Herr Dr. Wollenteit, könnten Sie hier einen Punkt machen?

Dr. Ulrich Wollenteit (Rechtsanwälte Günther Partnerschaftsgesellschaft): Ja! Ich kann nur davor warnen, noch am Ende der Legislaturperiode hier mit einem Schnellschuss einen Sachbereich zu regeln, der gründlicher Überlegung und gründliches Nachdenken bedarf. Dankeschön!

Vorsitzende: Dankeschön! Das letzte Statement in der Eingangsrunde hören wir jetzt von Frau Dr. Dörte Fouquet. Bitte, Frau Dr. Fouquet!

Dr. Dörte Fouquet (Kanzlei Becker Büttner Held): Vielen Dank, liebe Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren! Auch ich beschränke mich auf die Fragen, die auch die Vorredner angesprochen haben. Es geht in dem Entwurf der Novelle um den Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter, die SEWD-Fälle. Es geht der Bundesregierung bei dieser Novelle um den Bereich der Sicherung vor diesen willkürlichen Angriffen. Bis dato beruht das etablierte Verfahren auf abgestimmten Maßnahmen des Betreibers und des Staates. Da gibt es verschiedene Sicherheitsschutzeckpunkte, die die Verwaltungspraxis entwickelt hat. Diese Entwicklung beruht auf der Grundlage untergesetzlicher SEWD-Richtlinien. Darum ist aus meiner Sicht bereits die Verknüpfung der Verfahrensgrundsätze über die 17. Novelle mit einer gesetzlichen Bezugsnorm über Artikel 44 klar zu begrüßen.

Ich komme auch ganz kurz zu dem Punkt der Lastenannahme: Im Gegensatz zu den geschätzten Kollegen sehe ich das hier als grundsätzlich begrüßenswert an, dass nach § 44 Absatz 1 der Novelle die Störmaßnahmen oder sonstigen Einwirkungen Dritter nach dem Stand der Erkenntnis durch die zuständigen Behörden jetzt festgelegt

werden müssen, weil sie jetzt ausdrücklich zu den Lastannahmen des Exekutivvorgangs zählen. Ein gelenkter Flugzeugabsturz etwa ist nun klar Teil der Lastannahmen aus meiner Sicht – wir können darüber diskutieren. Insofern wird das Gesetz hier Klarheit bringen.

Der Funktionsvorbehalt ist natürlich auch bei mir das Hauptthema. Er ist lange eingeführt – dazu ist schon vorgetragen worden. Der Gesetzentwurf schließt die Lücke zwischen dem Richterrecht und durch Richterrecht etablierte Regeln zum Funktionsvorbehalt auch im Nuklearrecht. Das ist zu begrüßen! Ich möchte mich hier noch auf die Einschränkung der Rechtsweggarantie und des rechtlichen Gehörs etwas genauer beziehen. Meines Erachtens – oder ich glaube, das ist nicht bestritten – schränkt der Funktionsvorbehalt die Prinzipien der Rechtsweggarantie nach Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 Grundgesetz ein und schmälert den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Artikel 103 Absatz 1 Grundgesetz. Das ist so, das liegt in der Natur der Sache. Die Rechtfertigungen ergeben sich aus den Umständen der Sicherheitsrisiken. Diese Beschränkung stellt aber eine Beeinträchtigung für private Kläger, private Klägerinnen und auch für Verbände dar. Das ist nicht eine einfache Sache, über die man hinweggehen kann. Es ist aus meiner Sicht klar, das ist zu akzeptieren und auch im Gesetz zu etablieren, dass wir Funktionsvorbehaltsregeln brauchen, und dass die auch nicht nur in ihren Leitlinien und in der Verwaltungspraxis ihren Platz haben. Es ist aber bedauerlich, dass der Gesetzgeber bislang dem Vorschlag des Bundesrates nicht gefolgt ist und ein In-Camera-Verfahren im Hauptsacheverfahren einführt. Wir haben schon gehört, das Bundesverfassungsgericht hat zum Grundrechtschutz hier wichtige Unterscheidungen entwickelt, die hier sehr wohl heranzuziehen sind. Die Bundesregierung hatte ursprünglich eine aus meiner Sicht sehr weise Formulierung im Koalitionsvertrag. Die Bedenken der Bundesregierung sind natürlich ernst zu nehmen. Wenn die Bundesregierung sagt, dass sie hier genau auf Artikel 19 Absatz 4 und Artikel 103 Grundgesetz bezogen Bedenken hat, dann ist darüber zu reflektieren. Bislang sind mir diese Bedenken aber nicht ausreichend stark hergeleitet und vor allen Dingen scheint es hier einen Zirkelschluss zu geben. Nach Auffassung der Bundesregierung kann mit einem Hauptsache-in-Camera-Verfahren das Ziel, die Rechtssicherheit zu erhöhen und eine abschließende gerichtliche Bewertung trotz eingeschränkter Aktenvorlage möglich zu machen, auf anderem Wege erreicht werden.

Vorsitzende: Frau Dr. Fouquet, auch Sie müsste ich bitten, einen Punkt zu machen!

Dr. Dörte Fouquet (Kanzlei Becker Büttner Held): Das ist aber umgekehrt. Das würde dann jetzt hier auf den § 99 VwGO in ein weiches Verfahren geschoben und die Stärke des Richters im Hauptsacheverfahren gemindert. Insofern bleibt die Balance für mich von der Bundesregierung unerklärt. Ich bitte eher um Ergänzung entsprechend des Bundesratsbeschlusses. Vielen Dank!

Vorsitzende: Dankeschön! Wir sind damit am Ende der Eingangsstatements und haben jetzt eine gute Grundlage für die Frage-und-Antwort-Runden. Ich erinnere nochmal kurz: Fünf Minuten Frage plus Antwort und meine Kolleginnen und Kollegen nennen bitte zuallererst den Namen des oder der Sachverständigen. Es beginnt für die Union Herr Abg. Karsten Möring, bitte!

Abg. **Karsten Möring** (CDU/CSU): Vielen Dank für die Stellungnahmen! Ich habe eine Frage zunächst an Herrn Thielen und dann Herrn Dr. Däuper. An Herrn Thielen nur kurz folgende Frage: Die 100 Millisivert, die dort aufgeführt werden – woher stammt dieser Grenzwert? Ist der von Ihnen oder ist der woanders hergeleitet? Die Frage an Herrn Dr. Däuper bezieht sich auf das Problem der eben genannten Aufhebung der Genehmigung durch das OVG Schleswig-Holstein. Wie verträgt sich aus Ihrer Sicht diese Gerichtsentscheidung mit dem Thema „Funktionsvorbehalt“ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung? Und eben wurde von Herrn Dr. Wollenteit genannt, dass anschließend Nachbesserungen am Zwischenlager stattgefunden haben. Wie passt das mit Ihrer Begründung für den Funktionsvorbehalt zusammen?

Harald Thielen (GRS): Am Anfang stand natürlich die Frage: Was ist eine erhebliche Freisetzung? Die Antwort war natürlich einfach. Eine erhebliche Freisetzung ist diejenige, die zu einer erheblichen Belastung führt. Dazu hat man in der Wissenschaft die „effektive Dosis“ eingeführt und es wurden daraufhin Szenarien und Maßnahmen des Notfallschutzes betrachtet, wie es herkömmlich auch bei kerntechnischen Anlagen der Fall ist. Man hat gesagt, eine einschneidende Maßnahme

ist die Evakuierung, also wenn ein Eingreifrichtwert für die Evakuierung erreicht wird – und das sind in diesem Fall die 100 Millisievert effektive Dosis durch Inhalation und sieben Tage Bodenstrahlung.

Dr. Olaf Däuper (Kanzlei Becker Büttner Held): Das Urteil des OVG Schleswig-Holstein oder dann auch das Bundesverwaltungsgericht in der Folge in Sachen „Zwischenlager Brunsbüttel“ ist natürlich im Grunde das prominente Verfahren, wo dann aus Behördensicht das Dilemma, einerseits ihre Genehmigungsentscheidung effektiv vor Gericht zu verteidigen, und andererseits aber eben auch staatliche Geheimhaltungsinteressen zu bewahren, relativ klar und offenkundig wurde. Letztendlich ist ja da die Genehmigung aufgehoben worden. In der Folge sieht man jetzt auch ganz gut, in was für einen unbefriedigenden Zustand für alle das hier geführt hat. Letztendlich sind wir immer noch in einem genehmigungslosen Zustand. Nach meinem Kenntnisstand läuft das Genehmigungsverfahren jetzt auch schon seit geraumer Zeit, also auf Neugenehmigung. Der Betreiber des Zwischenlagers hat zwischenzeitlich gewechselt und letztendlich wird durch eine Anordnung der Landesatomaufsicht, eine Duldungsanordnung, ein einigermaßen erträglicher Zustand bereitet. Aber das ist jetzt auch schon seit Jahren der Fall. Wir haben da eben keine klaren, eigentlich dafür vorgesehenen Instrumente, wirklich in Ansatz bringen können. Das wäre die Genehmigung durch die zuständige Behörde BASE. Durch diese Novellierung des atomrechtlichen Funktionsvorbehalts würde sich erstmal daran aus meiner Sicht nichts Grundlegendes ändern. Der atomrechtliche Funktionsvorbehalt, so wie er aus meiner Sicht formuliert ist in § 44 Absatz 3 AtG-E, beschreibt das, was die Rechtsprechung auch dauerhaft entwickelt hat. Was tatsächlich eine Änderung bringen würde, wäre die Einführung dieses In-Camera-Verfahrens in der atomrechtlichen Hauptsache. Ansonsten – insofern muss ich da schon auch dem Kollegen Posser an der Stelle beipflichten – kann eben so eine Situation entstehen, dass die Behörde nicht wirklich darlegen und vortragen kann, warum es genau die Entscheidung getroffen hat und das Gericht in der Hauptsache dann im Grunde auch völlig richtig eine Entscheidung nach Beweislast treffen muss, aber eben auf einer verminderten Tatsachengrundlage, weil bestimmte Unterlagen zurecht nicht in das Verfahren eingeführt werden können. Das ist ein Widerspruch in sich und führt dann zu letztendlich nicht nachvollziehbaren richtigen Entscheidungen, sondern zu formalen Entscheidungen. Ich will damit nicht sagen, wie das Verfahren da ausgegangen wäre, wenn man so ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache gehabt hätte beim OVG Schleswig-Holstein. Das hätte genauso ausgehen können – aber es hätte dann jedenfalls von dem Gericht in der Hauptsache mit einer pointierteren Sachkenntnis besser begründet und entschieden werden können. Das würde man tatsächlich durch so ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache bewerkstelligen.

Abg. **Dr. Nina Scheer** (SPD): Meine Frage geht an Herrn Professor Ewer. Sie hatten zuletzt in Ihrer ersten eingänglichen Einführung nochmal etwas ausführen wollen. Das würde ich jetzt gerne nachfragen wollen, inwiefern wir eine Einseitigkeit im Gerichtsverfahren bekommen durch das hier in Rede stehende In-Camera-Verfahren? Vielleicht können Sie hierzu nochmal etwas eingehender ausführen.

Prof. Dr. Wolfgang Ewer (WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft): Ich hatte vorhin schon angefangen darzulegen, dass das rechtliche Gehör ein ganz wesentliches Fundament unseres rechtstaatlichen Prozesses ist. Das Gericht darf seine Entscheidung nur auf Umstände stützen, die beiden Seiten bekannt sind, zu denen sich beide Seiten äußern können. Das betrifft jedenfalls die Tatsachen, die für die Entscheidung in der Hauptsache von Bedeutung sind. Zwar ist es so, dass beim jetzigen In-Camera-Verfahren als Zwischenverfahren es auch bestimmte Dinge gibt, die nur von einer Seite vorgelegt werden. Aber erstens werden sie nicht dem Hauptsachegericht vorgelegt, was über die Klage zu entscheiden hat, und zweitens betreffen sie bloß eine Zwischenfrage, nämlich die Frage, ob eine Vorlageverweigerung rechtmäßig ist oder nicht. Künftig wäre es aber so, dass bestimmte entscheidungserhebliche Tatsachen von einer Seite vorgelegt werden und dass die andere Seite keine Möglichkeit hat, davon Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern. Das würde an einem unserer Grundprinzipien rütteln, meine Damen und Herren! Stellen Sie sich mal vor, wenn das Schule macht, und Sie haben

einen Verbotsprozess gegenüber einer ausländischen Organisation vorm Bundesverwaltungsgericht. Dann würde man auf den Gedanken kommen, wir machen ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache. Der Verfassungsschutz darf vorlegen – die beklagte Behörde –, aber die Klägerin – der verbotene Verein –, die kann nicht einmal erfahren, was in diesen Unterlagen drinsteht. Da würden sich mir, ehrlich gesagt, die Haare sträuben. Mich überzeugt auch überhaupt nicht der Hinweis auf § 138 Telekommunikationsgesetz, denn zur Einführung dieser Vorschrift sah sich der Gesetzgeber aufgrund eines bestimmten Urteils des EuGH [Europäischer Gerichtshof] gezwungen – Sie wissen das: Diese belgische Entscheidung zur Rahmenrichtlinie für Telekommunikation, also zur Richtlinie 2002/21 EG. Da hatte der EuGH gesagt, das müsse so auszulegen sein, diese Vorschrift der Rahmenrichtlinie, dass das zuständige Gericht uneingeschränkt über sämtliche Informationen, die der Regulierungsentscheidung zugrunde liegen, verfügen könne, auch wenn sie vertraulich und geheim seien. Das hat bindende Wirkung. Das steht von der Rechtsquellenhierarchie oberhalb der Verfassung. Das musste, auch wenn es mit Artikel 103 Grundgesetz nicht vereinbar ist, der deutsche Gesetzgeber akzeptieren und umsetzen. Das kann aber aus diesem Grunde nicht als Beispiel dafür herhalten, dass es mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar ist. Wissen Sie, ich will das ganz deutlich sagen, meine Damen und Herren: Es gibt den schönen Grundsatz „respice finem“ – man sollte auch auf das Ende schauen, auf das, was an vielleicht sonst nicht bedachten Folgen eintreten kann. Wir sind uns hier alle einig, in diesem digitalen Raum, wir sind uns alle einig, dass das, was im Moment mit der Justiz passiert in Ungarn, in Polen, in anderen Ländern, dass das völlig inakzeptabel ist. Und einer der Kernpunkte ist Geheimjustiz hinter verschlossenen Türen. Meine Auffassung ist, von unserem verfassungsrechtlichen Grundverständnis aus ist es problematisch, wenn wir diesen Weg aufmachen für Materialien, die für die Hauptsacheentscheidung von Bedeutung sind. Bisher geht es um Zwischenentscheidungen; bisher geht es um Entscheidungen, ob jemand Prozesskostenhilfe kriegt, die persönlichen Unterlagen, die Einkommensunterlagen und so weiter; bisher geht es um bestimmte gesundheitliche Dinge im sozialgerichtlichen Bereich – das sind alles Sachen, die die eigentliche Hauptsacheentscheidung nicht betreffen, sondern die an anderer Stelle, an Nebenfragen für den Prozess nur Bedeutung haben. Wenn wir aber ein Einfallstor schaffen für den Grundsatz, dass das Gericht nicht nur entscheiden darf auf Grundlage von Tatsachen und Umständen, zu denen sich alle äußern konnten, dann fangen wir an, einen Strukturwandel unseres Prozesses einzuleiten und davor habe ich ganz große Sorge. Ich glaube auch, Frau Fouquet, dass man das Bundesverfassungsgericht nicht so verstehen kann. Die Entscheidung, die Sie vermutlich im Auge haben, das war ja die 99er Entscheidung, die zur Einführung des jetzigen In-Camera-Verfahrens als Zwischenverfahren führte. Die betraf eben genau einen anderen Fall. Die betraf Tatsachen, die in der Tat nur eine Seite einbringt, aber die nicht dem Hauptsachegericht zugrunde gelegt werden und die nicht dessen Hauptsacheentscheidung betreffen, sondern die nur eine prozessuale Nebenentscheidung betreffen. Das ist was anderes, da ist eine Einschränkung von Artikel 103 Grundgesetz zulässig.

Abg. **Dr. Rainer Kraft** (AfD): Dankeschön! Ich würde gerne Herrn Dr. Posser fragen – eigentlich fast eine sehr, sehr ähnliche Frage. Sie haben ausgeführt in Ihrem Eingangsstatement, dass der Gesetzgeber damit natürlich die politische Verantwortung übernimmt. Das ist ja recht und schön, wenn er sie übernimmt und wenn er nach außen kommunizieren kann, dass er sie übernommen hat. Aber es kann ja im Prinzip der Gewaltenteilung nicht einfach so angehen, dass eine Gewalt hergeht und sagt: Ich habe das geklärt, das ist okay. Es muss ja auch nachweislich und transparent überprüft werden. Wie schaut es mit der Überprüfung dieser exekutiven Entscheidung im Prinzip aus, wenn diese jetzt nicht mehr so stattfindet? Ist das Prinzip der Gewaltenteilung, das Prinzip der Transparenz noch so gegeben, wie es eigentlich in unserer Staatsordnung so vorgegeben ist? Das wäre jetzt meine Frage, bitte!

Dr. Herbert Posser (POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS): Ich bestreite nicht, dass der Vorschlag der Bundesregierung hier zu einer neuen Konstellation führt. Es ist so, dass er akzeptiert – das ist der § 44 Absatz 1 AtG-E –, dass ein Expertengremium die Lastannahme bestimmt – keineswegs die Zulassungsbehörde selbst, sondern ein Verbund aus Sicherheitsbehörden. Er regelt dann,

wie die zweite Stufe, nämlich die SEWD-Richtlinien, nach Maßstäben zu entscheiden sind, und dann erst, auf der dritten Stufe, sagt er, wenn die Zulassungsbehörde dann eine Konformität bestätigt, dann entscheide ich als Gesetzgeber, dass es damit für diesen Teil der Genehmigung sein Bewenden hat. Das ist in der Tat eine gesetzliche Hochzonung, das ist nicht der Normalfall in unserem Rechtsstaat und es ist auch nicht der Normalfall des exekutiven Funktionsvorbehalts, der dann auf Willkürkontrolle noch überprüft werden kann. Das ist in der Tat etwas anderes, eine bewusste Zuspitzung im Interesse des Geheimhaltungsschutzes. Insofern hat dann hier das Parlament – wenn das dann so beschlossen würde – eine Abwägungsentscheidung getroffen, den Geheimnisschutz vor den Rechtsschutz Dritter zu stellen. Das ist das Ergebnis der bisherigen Rechtsprechung auf der Basis des Funktionsvorbehalts, so, wie wir ihn kennen. Das OVG Schleswig-Holstein hat in der Tat ein sehr schlechtes Beispiel abgegeben. Deshalb besteht auch der Handlungsbedarf. Da war es in der Tat so, dass die Genehmigungsbehörde eben nicht der Lage war – trotz ausführlicher Sachverständigenanhörung durch das Gericht – die Genehmigungsfähigkeit zu belegen. Deshalb hat das OVG Schleswig-Holstein in einer Art Notwehrreaktion, weil es die Unterlagen ja auch nicht sehen konnte – ich komme gleich zum In-Camera-Verfahren in der Hauptsache – gesagt: Wir wissen es nicht, die Kläger wissen es nicht, also hat die Behörde ein Ermittlungs- und Bewertungsdefizit begangen. Das war aber nicht so – es ist sehr genau geprüft worden. Es konnte nur nicht belegt werden. Das hat in der Brunsbüttel-Sache genau zu dem Perpetuum mobile geführt, das ich beschrieben habe: Genehmigung wurde kassiert, es wurde eine Duldung ausgesprochen – wo sollten die Brennelemente auch hin? Dann gibt es irgendwann eine Neugenehmigung nach acht Jahren und dann gibt es ja wieder eine Klagemöglichkeit und das Spiel geht weiter, weil ja niemand weiß, was da wirklich drinsteht. Deshalb ist die Situation, in die wir die deutschen Behörden treiben, nämlich entweder Geheimnisverrat zu begehen und alles offenzulegen oder den Prozessverlust zu riskieren, eine absolut unglückliche Situation – und dem Hauptsachegericht ergeht es auch nicht besser. Das weiß eben auch nicht, was es machen soll. Jetzt kommt der Punkt: Wenn man nicht bereit ist zu sagen, wir spitzen den Funktionsvorbehalt so zu, dass die Behörden in der Abstufung, in der Dreistufigkeit des § 44 AtG-E entscheiden können und der Gesetzgeber übernimmt die parlamentarische Verantwortung und zont es hoch, dann ist es allerdings in der Tat notwendig, dem Bundesratsvorschlag zu folgen und ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache vorzusehen. Das ist nicht die perfekte Lösung. Ich sehe aber – anders als der Kollege Ewer – letztlich darin keine Verfassungswidrigkeit, denn für die Kläger ist es doch besser: immerhin entscheidet ein unabhängiges Gericht darüber, was hier wirklich von der Behörde als geheimhaltungsbedürftig ausgewiesen wird. Das tut immerhin ein Gericht und sagt dann in der Begründung – natürlich unter Geheimhaltungsschutz und Nicht-Offenlegung der Punkte: „Wir haben uns das genau angeguckt, wir sind unabhängige Gerichte, wir haben sehr genau geprüft, ob die Lastannahmen richtig sind, ob die SEWD-Richtlinien das abdecken, ob es da Lücken gibt – wir sind aber zu dem Ergebnis gekommen, das ist in Ordnung so“. Das ist für die Kläger und für die innere Sicherheit der Bundesrepublik eine deutlich bessere Situation als das, was wir jetzt mit dem § 99 VwGO haben, wo in der Tat nur geprüft wird: Ist das denn geheimhaltungsbedürftig oder nicht? Und ansonsten werden alle dann im Nirwana weiterer Rechtsausführungen belassen. Insofern ist das eine Verbesserung, eine imperfekte Lösung für eine komplizierte und nicht wirklich befriedigend auflösbare Konstellation. Deshalb bin ich dafür, folgt man dem Bundesregierungsvorschlag nicht, dann ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache vorzusehen. Wir haben Regelungen. 115. Band Bundesverfassungsgericht – ich weise darauf hin – da ist das im Sondervotum Gaier auch angemahnt worden.

Abg. **Judith Skudelny** (FDP): Vielen Dank! Meine Frage geht an Frau Compagnini und geht in die ähnliche Richtung, wie das eben gerade Ausgeführte. Wir haben gehört, dass – was Herr Professor Ewer ausgeführt hat – der Vorschlag des Bundesrates so ein Stück weit eine Verabschiedung vom Rechtsstaat ist. Da wäre ich jetzt natürlich besorgt, wenn die Länder plötzlich Vorschläge machen, die nicht nur nicht verfassungskonform sind, sondern tatsächlich in die Richtung einer – ich sage jetzt mal: Polen wurden angesprochen – osteuropäischen Rechtsauslegung gehen. Das

würde mich doch sehr besorgen, wenn die Bundesländer solche Ideen haben und deswegen würde ich fragen: Welche Prüfung hat denn vorab stattgefunden? Und können Sie da vielleicht nochmal etwas dazu sagen, wie sicher Sie sich sind, dass dieses Verfahren tatsächlich auch den rechtsstaatlichen Ansprüchen genügt? Und in dem Zuge würde ich Sie auch bitten darzulegen – auch noch mal aus Ihrer Sicht –, welches Dilemma sich denn in dem Verfahren auch für die Länder, die ja für die Genehmigungen und für die Prüfung zuständig sind, gerade in diesem schwierigen Bereich der atomrechtlichen Genehmigung für sie auftut?

Linda Compagnini (Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes NRW): Ich fange mal mit dem Dilemma an. Wir haben ja jetzt schon viel darüber gehört. Wir haben den staatlichen Geheimschutz und man muss sich da einfach auch bewusst machen, dass dieser Geheimschutz dazu dient, lebenswichtige Interessen oder die Sicherheit des Bundes oder seiner Länder zu schützen. Deswegen müssen die Unterlagen geheim gehalten werden und vor unbefugter Kenntnis geschützt werden. Das nur mal zum Hintergrund. Denkt man da zum Beispiel an den Schutz einer kerntechnischen Anlage vor terroristischen Angriffen, liegt es ja auf der Hand, dass diese Detailinformationen vor potenziellen Tätern zu schützen sind. So hat die Behörde auf der einen Seite eine Schutzpflicht, auch was diese Unterlagen angeht, auf der anderen Seite kann sie aber diese Unterlagen nicht in den Verwaltungsprozess einbringen, denn diese Unterlagen dürften von den zuständigen Richtern eingesehen werden, nicht aber von dem klagenden Dritten. Die Behörde muss wiederum nachweisen, dass alle Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung vorliegen, darf aber – wie eben erwähnt in meinem Eingangsstatement – die Unterlagen nicht vorlegen. Das bedeutet, im Ergebnis kann es zu Beweislastentscheidungen kommen, und diese gehen eigentlich immer nur entweder zulasten des effektiven Rechtsschutzes oder zulasten des Geheimhaltungsinteresses. So viel zu dem Dilemma.

Was jetzt die Verfassungsmäßigkeit angeht beziehungsweise die verfassungsrechtlichen Bedenken der Bundesregierung, komme ich doch nochmal auch auf den § 138 TKG zurück. Also, es existiert – müssen wir einmal festhalten – so ein Paragraph bereits im deutschen Recht. Für mich ist nicht ersichtlich, wenn man jetzt die Verfassungsgemäßheit prüft, dass ein und dieselbe oder sehr ähnliche Regelung in dem einen Fachgebiet verfassungsgemäß ist und in dem anderen verfassungswidrig. Zudem hat auch das Bundesverwaltungsgericht in einer atomrechtlichen Sache ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es derzeit im Atomrecht keine Regelung wie im § 138 TKG gäbe. Es hat aber keinen rechtlichen Zweifel an einer solchen Regelung erkennen lassen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich bei einer ähnlichen Konfliktlage – der Beschluss wurde eben schon angesprochen – offen dafür gezeigt. Es ist nämlich der Auffassung, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines solchen In-Camera-Verfahrens weitgehend frei ist, und sieht darin sogar eine denkbare Lösung. Einer der beteiligten Richter – der wurde eben auch schon angesprochen – hat in einem Sondervotum sogar gesagt, dass bei solchen Konfliktlagen eine In-Camera-Verwertung sogar verfassungsrechtlich geboten sei. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit auch schon deutlich gemacht, dass das rechtliche Gehör durchaus auch eingeschränkt werden kann, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt sei. Im Atomrecht ist das der Individualrechtschutz, der durch die Geheimhaltung erreicht wird. Das ist ja das, was ich eben gesagt hatte: Die Behörde muss ja auch durch die Geheimhaltung Individualrechte schützen. Insofern liegt da ein sachlicher Grund. Es kann auch meines Erachtens die Vereinbarkeit mit einer Regelung mit dem Grundgesetz nicht daran hängen, ob es eine europarechtliche Vorgabe für die eine oder andere Regelung gab. Soviel noch einmal zu Herrn Professor Ewer. Das wäre meine Auffassung zu dem Thema „Vereinbarkeit der Regelung mit dem Grundgesetz“.

Abg. **Hubertus Zdebel** (DIE LINKE.): Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende, herzlichen Dank auch nochmal an alle Sachverständigen für die sehr interessanten Statements, die wir gehört haben! Diese Statements zeigen in meinen Augen, wie viel Klärungsbedarf eigentlich noch vorliegt und wie wenig ausgereift und umstritten die Vorschläge der Bundesregierung bisher sind. Deswegen geht meine erste Frage auch an Herrn Dr. Wollenteit. Anlass für den hier vorgelegten Entwurf ist ja das Urteil des OVG Schleswig-Holstein –

was ja auch heute schon mehrmals erwähnt worden ist – in Verbindung mit Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts. Für das Urteil sind Sie nicht ganz unmaßgeblich mit verantwortlich. Sie haben in Ihrer Stellungnahme erwähnt, dass die Rechte der Kläger ohnehin nicht sehr stark in diesen Bereichen sind. Können Sie einordnen, was das Urteil besagt, und welche Konsequenzen sich für den Gesetzgeber aus Ihrer Sicht mit Blick auf den vorliegenden Gesetzentwurf eigentlich ergeben sollten?

Dr. Ulrich Wollenteit (Rechtsanwälte Günther Partnerschaftsgesellschaft): Das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts ist ja der Elefant, der hier im Raum steht. Ich finde es sehr bedauerlich, dass man allein den Anlass, dass man einen Prozess verloren hat – was in einem Rechtsstaat eigentlich Normalität sein sollte –, dass man das zum Anlass nimmt, jetzt Gesetze ändern zu wollen oder meint, Gesetze ändern zu müssen. Um dieses Urteil ranken sich sehr viele Mythen. Ein Mythos ist zum Beispiel der Vorwurf, der Funktionsvorbehalt sei nicht beachtet worden. Das hat jetzt der Kollege Posser in der Form nicht gesagt, aber es ist eine verbreitete Kritik, die teilweise in der Vergangenheit auch sehr unsachlich ausgefallen ist. Tatsächlich hat das Oberverwaltungsgericht ein Urteil vorgelegt nach einem zweitägigen Verhandlungsmarathon, welches sehr sorgfältig und sehr gut begründet ist. Es ist nicht so zustande gekommen, wie der Kollege Posser es dargestellt hat, nämlich dass das Oberverwaltungsgericht in einem Dilemma zwischen Geheimhaltung und Rechtsschutzgewährung ein Ermittlungs- und Bewertungsdefizit festgestellt hat. Es ist, wenn man die 106 Seiten sorgfältig analysiert, sehr gründlich begründet worden, worin diese Ermittlungs- und Bewertungsdefizite auch zu sehen sind. Ich finde es jetzt verfehlt, in Ansehung dieses Urteils zu meinen, man müsste einen Funktionsvorbehalt normieren, und zwar auch speziell ja nur für den Bereich von Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter. Ich will mal ein bisschen Wasser in den Wein gießen: Der Funktionsvorbehalt mag der Rechtsprechung in den letzten Jahren tatsächlich zugrunde gelegen haben und er wird hier immer als anerkannt und bewährt bezeichnet. Tatsächlich ist seine verfassungsrechtliche Haltbarkeit durchaus weiterhin umstritten und es gibt auch viele Kritiker dieses Funktionsvorbehalts – alleine deshalb, weil er die Klagechancen für die Kläger eigentlich sehr ungünstig strukturiert. Ich weise in dem Zusammenhang auch darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht in dem Schacht-Konrad-Urteil die Frage, ob der Funktionsvorbehalt denn verfassungsrechtlich vor dem Hintergrund von Artikel 19 Absatz 4 Grundgesetz verfassungskonform ist, ausdrücklich offen gelassen hat. Meines Erachtens ist das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Schleswig-Holstein wegweisend, was gerade auch den Umgang mit dem Funktionsvorbehalt und auch mit den Maßstäben, die aus Gründen des Grundrechtsschutzes zu beachten sind, geliefert hat und ich sehe keinen Anlass, jetzt wegen dieses Urteils die geltende Rechtslage verändern zu müssen. Im Gegenteil, das Bundesverwaltungsgericht hat ja dann auch dieses Urteil sang- und klanglos bestätigt und im Übrigen in der Unterweser-Entscheidung meines Erachtens auch ein sehr brauchbares Format geliefert, wie mit dem Geheimhaltungsbedarf und den Rechtschutzansprüchen von Klägern umgegangen werden soll. Es ist ein Thema, wo man bis an die Grenzen des Möglichen aufklären muss, und am Ende sind dann die noch offenen Fragen im Wege der Beweiswürdigung zu lösen. Das bedeutet keinesfalls, dass wir dadurch in ein Dilemma von Geheimnisverrat und Rechtschutz gelangen oder in ein Perpetuum mobile. Die Genehmigung, die aufgehoben wurde in Schleswig, die ist in der Tat seit acht Jahren nicht wieder neu erteilt worden. Das hat aber überhaupt gar nichts damit zu tun, dass jetzt diese Fragen mit SEWD dort im Hintergrund oder im Vordergrund stünden, sondern nach meinem Kenntnisstand geht es dabei um einen nahegelegenen Flüssiggasterminal, der errichtet werden soll und den Risiken, die damit verbunden sind. Im Übrigen ist es aus meiner Sicht in der Tat ein Skandal, dass die Genehmigung, die ja 2015 rechtskräftig mit dem Beschluss des Verwaltungsgerichts aufgehoben worden ist, bis heute noch nicht vorliegt. Wie gesagt, die Gründe dafür sind mir nicht im Detail bekannt. Ich weiß nur, dass es gerade mit diesem Thema von SEWD offenkundig nichts zu tun hat.

Abg. **Sylvia Kotting-Uhl** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Dankeschön! Meine Frage geht an Frau Dr. Fouquet. Ich will vorausschicken und sagen, dass ich durchaus ein Problem mit diesem Funktionsvorbehalt habe, weil ich einen großen Unterschied sehe, ob Gerichte die Verantwortung für die Ermittlung und Bewertung von Risiken im Rahmen

atomrechtlicher Genehmigungen grundsätzlich der Exekutive zuweisen und selbst dann jeweils feststellen, dass sie es nicht bewerten können oder wollen und solche Urteile auch immer wieder stattfinden, aber eben nicht ausschließlich – oder ob ich als Teil der Legislative als Gesetzgeberin das normiere und sage: „Die Behörde hat immer Recht und Du Gericht musst Dich darum überhaupt nicht mehr kümmern!“. Das ist für mich ein Riesenunterschied, der mir ein großes Problem macht, diesem Funktionsvorbehalt am Ende zuzustimmen, weil ich in der Tat den Eindruck habe, dass es hier an die Gewaltenteilung geht. Wir entmachten die Justiz zugunsten der Exekutive – und das gefällt mir nicht! Gleichwohl stelle ich fest, dass nicht nur die Bundesregierung, sondern auch die Länder offensichtlich diesen Funktionsvorbehalt wollen, was ich nachvollziehen kann –, weil so etwas wie Brunsbüttel will nicht nur die Bundesregierung, sondern will auch kein Land mehr erleben. Die Frage stellt sich mir, wie viel Sinn es macht, einen jetzt schon verlorenen Kampf zu kämpfen, nämlich gegen diesen Funktionsvorbehalt. Aber definitiv: Wenn wir den Funktionsvorbehalt akzeptieren, kann er nicht alleine stehen! Er kann nicht zukünftig das alleinige Maß und die alleinige Aussage sein, die wir in solchen Streitigkeiten – die dann ja eventuell auch gar nicht mehr vorkommen, weil auf welcher Basis soll dann jemand noch klagen? – dann hätten. Bevor wir uns weiter darüber auseinandersetzen – das ist ja schon sehr stark hier mit den Sachverständigen, und das In-Camera-Verfahren bietet sich da offensichtlich an –, was denn zu dem Funktionsvorbehalt dazu kommt –, möchte ich Frau Dr. Fouquet doch bitten nochmal klarzumachen, nochmal darzulegen, was denn die Grundrechtsbeeinträchtigungen – Sie haben das vorhin so ausgesprochen, Frau Dr. Fouquet – sind, die durch den Funktionsvorbehalt stattfinden.

Dr. Dörte Fouquet (Kanzlei Becker Büttner Held): Ich kann Ihnen, Frau Vorsitzende, nur Recht geben, dass wir es hier nicht – und die anderen haben das ja auch gesagt – mit einer einfachen Situation zu tun haben. Natürlich steht hier eine massive Beschränkung der von mir ja auch genannten Grundrechtsartikel im Raum. Der Hintergrund für den Funktionsvorbehalt ist aber nicht – und da muss ich doch, bei aller Wertschätzung auch, Herr Professor Ewer, sagen –, es geht hier nicht um polnische oder ungarische Verhältnisse. Es geht hier um den Schutz gegen terroristische Angriffe – und vielleicht liegt es ja auch daran, dass ich in Brüssel war zur Zeit dieser großen Angriffe auf Belgien – und auch um die Gefahr der Entführung von Leuten im kerntechnischen Bereich. Wir haben es hier wirklich nicht mit einem Sommerspaziergang zu tun. Dieses Sicherheitsinteresse muss nach vorne geschoben werden. Es geht hier nicht um Willkür und Abmachungen mit Richtern zwischen Regierungen. Das möchte ich jetzt nicht so gerne haben. Wir haben diese groteske Situation, dass wir den Zugang zu Informationen einschränken müssen, dass wir der Verwaltung eine hohe Bürde auferlegen, was sie selber bewerten muss und was sie nicht weitergeben darf –, und den Funktionsvorbehalt jetzt aber zulassen und die Richtlinien dazu zulassen, ohne gesetzliche Verankerung – das widerstrebt mir. Der Gesetzgeber muss hier die Verantwortung übernehmen und kann sich dann auch nicht hinter Gerichten verstecken nach dem Motto: „Das haben wir immer schon ganz gut gemacht oder auch weniger gut.“ Wenn wir ihn aber nun haben und wenn er so starke Einschränkungen hat, dann muss es darum gehen, diese Einschränkungen aufzulösen. Die Frage, warum gerade durch die Auflösung die Stärkung des gesetzlichen Gerichtes im Hauptsacheverfahren nun wiederum eine erneute Grundrechtseinschränkung ist, die hat sich mir bislang durch die Argumentation der Bundesregierung nicht erschlossen. Wenn wir nicht das Hauptsacheverfahren mit dem In-Camera-Verfahren verbinden im Atomgesetz, dann haben wir die Situation, dass wir doch dann in der Tat alles so lassen sollten wie vorher, und dann aber auch nicht den Funktionsvorbehalt regeln. Das ist für mich hier eine Crux: Die Auflösung bedingt die Einsetzung des In-Camera-Verfahrens im Hauptsacheverfahren.

Vorsitzende: Danke schön! Wir gehen in die zweite Runde und Herr Abg. Karsten Möring hat wieder das Wort.

Abg. **Karsten Möring** (CDU/CSU): Vielen Dank! Wir haben in der Tat offensichtlich eine schwierige Frage zu lösen. Das zeigt sich hier schon ganz deutlich. Meine Frage geht jetzt noch einmal an Herrn Dr. Posser in Bezug auf das In-Camera-Verfahren. Ein In-Camera-Verfahren im Hauptsacheverfahren würde bedeuten, dass das Gericht Ein-

sicht in geheimhaltungsbedürftige Unterlagen erhält. Inwieweit ist das Gericht in solch einer Situation in der Lage, selbstständig anhand dieser Unterlagen eine Entscheidung zu treffen, ob die Genehmigung juristisch vertretbar oder nicht vertretbar ist? Wie haben wir uns den konkreten Ablauf dieses In-Camera-Verfahrens vorzustellen? Was ist auf Anforderung des Gerichts vorzulegen? Muss offengelegt werden, was insgesamt an Unterlagen gegenüber der Genehmigungsbehörde entscheidungserheblich gewesen ist? Oder wie sieht dieses Verfahren konkret aus?

Dr. Herbert Posser (POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS): Herr Abg. Karsten Möring, das ist eine sehr gute Frage, weil sie die Folgeaspekte beleuchtet. Was ist denn, wenn wir ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache durchführen? Dann führt das dazu, dass das Hauptsachegericht – der Senat beim OVG und beim Bundesverwaltungsgericht – tatsächlich all die Unterlagen sieht, die die Behörde für die Genehmigungsfähigkeit herangezogen hat. Das sind geheimhaltungsbedürftige Unterlagen und deshalb muss das Gericht auch materiellen Geheimschutzanforderungen genügen, so wie es jetzt auch der Fachsenat bei § 99 VwGO tun muss. Als Folge kann eine Situation eintreten, die die Sache noch weiter verkompliziert. Denn wenn wir dem Gericht die Überprüfungsmöglichkeit bieten, dann müssen wir ebenso den anzuwendenden Maßstab festlegen, zum Beispiel: Willkürkontrolle, ausreichende Datenlage, die Frage, ob die entsprechenden Informationen herangezogen worden sind etc. In einem Rechtstaat kann das Gericht natürlich sagen: „Mir reichen die Lastannahmen so nicht." Nehmen wir das Beispiel des A380. Ist er [der Flugzeugabsturz] nun drin oder ist er nicht drin? Und das Gericht sieht das und sagt: „Das ist defizitär." Oder: „Die Lastannahmen sind okay, aber die Maßnahmen passen doch gar nicht." Oder dritte Stufe: „Lastannahmen sind okay, die Maßnahmen – im konkreten Fall beim Zwischenlager X – reichen aber nicht aus." Wir müssen dann akzeptieren – so ist der Rechtstaat –, dass ein Gericht unter Beachtung des Geheimhaltungsschutzes zu dem Schluss kommt, dass das nicht in Ordnung war. Das kann auch das Ergebnis sein. Sie können aber natürlich auch sagen: „Nein, das ist von den Sicherheitsbehörden wirklich mit größter Sorgfalt erstellt und aktualisiert worden. Das entspricht doch alles dem Stand von Wissenschaft und Technik. Ich akzeptiere das, liebe Kläger. Ich habe das als unabhängiges Gericht geprüft. Das ist in Ordnung so. Das ist vielleicht bitter für Dich, aber ich stehe als Gericht auch dafür ein, dass das in Ordnung ist." Weitere Variante – und die macht es erst recht kompliziert – ist, das Gericht sagt und das ist genau der Inhalt Ihrer Frage: „Ich kann das gar nicht beurteilen. Da stehen so viele technische Dinge drin. Ich habe es im Leben nur zum Juristen geschafft. Ich weiß gar nicht, ob das alles so stimmt und ob die Maßnahmen wirklich diese Wirkung haben." Und dann stellt sich die Frage: Darf ein Gericht Sachverständige hinzuziehen – die nicht von den Parteien, sondern gerichtlich bestellt sind – und diese Sachverständigen bewerten das dann? Die Sachverständigen würden natürlich auch materiellen Geheimschutzanforderungen unterliegen und würden dem Gericht Hilfestellung leisten. Also Sie haben vollkommen recht, das ist eine sehr umfangreiche Folgefrage. Es kann auch zu dem Ergebnis des OVG Schleswig-Holstein kommen. Das ist nicht ausgeschlossen. Das OVG Schleswig-Holstein hat – da schließe ich mich Herrn Wollenteit an – den Funktionsvorbehalt anerkannt. Es hat aber gesagt: „Ich kann es ja gar nicht richtig beurteilen und deshalb nehme ich ein Ermittlungs- und Bewertungsdefizit an." Warum haben die das gesagt, Herr Wollenteit? Das war deshalb, weil sie nicht Bescheid wussten. Sie hielten auch die Sachverständigenanhörung nicht für ausreichend und haben dann selbst Wikipedia-Quellen erschlossen. Sie haben selbst recherchiert und haben dann gesagt: „Ja, da ist aber eine andere Waffe. Die ist doch viel aktueller. Wieso ist da nichts Ausreichendes zu gesagt worden?" Das Gericht stand genau vor dem Problem, selbst recherchieren zu müssen, weil sie gerade nicht gerichtlich sachverständig beraten waren und es die Unterlagen gar nicht kannte. Das heißt – lange Rede, stark gekürzter Sinn – wenn wir bereit sind, ein Hauptsache-In-Camera-Verfahren zu akzeptieren, um es nicht bei der schlichten Regelung der Bundesregierung – so wie sie jetzt ist – zu belassen, dann haben wir auch Folgefragen zu regeln. Wir müssen dann auch akzeptieren, dass ein Gericht dann sagen wird: „Ich habe mir das alles angeschaut. Das reicht mir nicht." Das ist tatsächlich im Interesse der Kläger eine Lösung, wo die Lastannahmen oder die Maßnahmen nicht ausreichen. Das müssen wir dann aber als Rechtsstaat aushalten. Ich finde es immer noch besser, das einem

Gericht anzuvertrauen, als es bei der jetzigen Situation zu belassen, in der weder Gericht noch Kläger irgendetwas sehen und es auch keine gerichtliche inhaltliche Überprüfung gibt.

Abg. **Dr. Nina Scheer** (SPD): Ich habe mich gerade gefragt, ob das Plädoyer pro Bundesratsvorschlag vor dem Hintergrund der Anforderungen – die Sie ja jetzt gerade noch einmal in den Raum gestellt haben, Herr Posser – überhaupt dann noch haltbar ist? Insofern würde mich an Herrn Professor Ewer gerichtet noch einmal die Frage interessieren: Wie gehen wir als Gemeinschaft, die eine Lösung braucht, mit den Vorhalten um, die im Raum stehen? Sowohl Frau Fouquet als auch Herr Posser haben angesprochen, dass wir hier grundsätzlich gerichtliches Gehör und Rechtsschutz gewährleisten müssen und zugleich aber das von Ihnen angesprochene Element der Einseitigkeit nicht gegeben ist. Was wäre denn Ihre Idealvorstellung?

Prof. Dr. Wolfgang Ewer (WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft): Mit einer Idealvorstellung aufzuwarten wird in dieser Diskussion, die im Wesentlichen durch das schon dargestellte Dilemma gekennzeichnet ist, schwierig. Folgende Grundüberlegung: Der Funktionsvorbehalt ist – wie bereits deutlich gemacht wurde – erstens nichts Neues. Er ist zweitens auch grundsätzlich nicht auf den atomrechtlichen Bereich beschränkt. Es gibt vielmehr auch andere Bereiche, in denen die Rechtsprechung gesagt hat, dass exekutive Stellen eine Einschätzungsprärogative haben. Eine Einschätzungs- oder auch Gestaltungsprärogative, die gerichtlich aus verschiedenen Gründen nur eingeschränkt überprüfbar ist. Bei der Gestaltung und der Planung zum Beispiel ist es klar. Bei der Einschätzung hängt es oft von der Unvertretbarkeit der Einschätzung ab. Ein Beispiel sind Schulnoten oder auch dienstliche Beurteilungen. Da haben Sie auch nur gerichtlich eingeschränkt überprüfbare Entscheidungen. Sie haben also Einschätzungsprärogativen der Verwaltung, die die Gerichte nicht überprüfen. Ich sage das, um deutlich zu machen, dass es sich hierbei nicht um etwas handelt, was völlig aus dem Rahmen fällt. Es geht vielmehr um eine Rechtsfigur, die sich bereits aus bestimmten anderen Bereichen ergibt und dort auch anerkannt und vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligt ist. Herr Wollenteit hat Recht: Zum Funktionsvorbehalt ist es in der Schacht-Konrad-Entscheidung offen gelassen worden. Aber, Herr Wollenteit, man muss schon sagen, dass in der gesamten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – beginnend mit der Schnellen-Brüter-Entscheidung – die Einschätzungsprärogative der Exekutive anerkannt worden ist – auch wenn das jetzt nicht ausdrücklich auf den Funktionsvorbehalt gemünzt worden ist. Das ist der Ausgangspunkt und die Folge ist, dass es nur eine eingeschränkte Kontrolle gibt. Es erfolgt keine Kontrolle, ob die letzte Einschätzung so richtig ist, sondern nur, ob der rechtliche Rahmen, in dem diese Einschätzung erfolgen musste, eingehalten wurde. Oder wie das Bundesverwaltungsgericht es formuliert hat: Durfte die Behörde die Entscheidung so treffen? Die Frage ist, ob bei einer weitergehenden Überprüfungskompetenz des Gerichtes für den rechtsschutzsuchenden Bürger tatsächlich mehr herauskäme. Dagegen sprechen hier in diesem Fall – aus meiner Sicht – drei Argumente. Das eine ist, dass diese Entscheidungen sehr schnell getroffen werden müssen. Sie müssen auch oft sehr schnell durch nachträgliche Nebenbestimmungen und Ähnliches aktualisiert werden. Das zweite ist, dass sie einen wertenden Charakter, also einen gestalterischen Charakter haben. Das dritte ist, dass sie auf einer sinnvollen Tatsachenbasis nur getroffen werden können, wenn man das Gesamtwissen aller Sicherheits-, Aufsichts- und Überwachungsbehörden zusammennimmt. Das kann ein Gericht – meiner Überzeugung nach – nicht ersetzen. Deswegen ist es meiner Meinung nach richtig, die eigentliche Kernentscheidung durch den Funktionsvorbehalt der Exekutive anzuvertrauen und lediglich zu prüfen, ob die Rahmenbedingungen dieser Einschätzungsprärogative eingehalten worden sind; insbesondere, ob eine ordnungsgemäße Tatsachenermittlung und Einführung durch die Exekutive stattgefunden hat oder ob grundsätzliche willkürliche Bewertungsfehler erfolgt sind. Das sind bekanntlich die beiden Kriterien der Rechtsprechung. Ich meine, dass der Bürger an Rechtsschutz ansonsten nichts gewinnen wird. Das Gericht wird nicht klüger sein, als die Exekutive. Ich habe Ihnen vorhin einen Satz aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Artenschutz aus dem Jahr 2018 zitiert. Dort wird deutlich gesagt, dass die Erkenntnisquellen der Exekutive in solchen Bereichen nicht größer sind, als

die der Gerichte. Das gilt doch gerade bei der Terrorabwehr und den Maßnahmen noch um eine Zehnerpotenz höher.

Vorsitzende: Herr Professor Ewer?

Prof. Dr. Wolfgang Ewer (WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft): Einen Satz noch. Das andere sind wissenschaftliche Dinge, die ich zumindest analytisch herleiten kann. Die Einschätzung der aktuellen Lage ist einem Gericht um Längen schlechter möglich, als den versammelten Fachbehörden des Bundes und der Länder.

Vorsitzende: Vielen Dank und ich bitte um Entschuldigung, dass ich ab und zu darauf hinweise, dass die Zeit abgelaufen ist! Ich weiß, gerade Juristen kennen das. Sie können ihre Argumentationen herleiten und wirklich gut begründen. Als Politikerin beneide ich Sie manchmal darum. Bei uns diktiert leider immer die Zeit. Ich bitte da um Verständnis und jetzt hat Herr Abg. Dr. Rainer Kraft das Wort, bitte!

Abg. **Dr. Rainer Kraft** (AfD): Danke! Ich würde gerne Frau Compagnini eine Frage stellen. Sie sind Mitglied eines Ministeriums und kommen quasi aus der Praxis. Unsere Diskussion betrifft nur das Atomgesetz und die Gefahren, die von terroristischen Anschlägen auf nukleare Anlagen ausgehen. Wenn man hier aber einmal die Büchse der Pandora öffnet, müsste man dann nicht sämtliche Gefährdungsszenarien und jedes Gefährdungspotenzial von jeder Fabrik, von jedem Standort, von jedem Chemiepark – und bei Ihnen in NRW gibt es ja recht viele – unter Verschluss halten, um diese Informationen nicht nach draußen dringen zu lassen? Informationen darüber, inwiefern der Standort gewissen Formen von Sabotage, von Terrorismus und dem Freisetzen gefährlicher Substanzen ausgesetzt wäre? Müsste man nicht mit der hier vertretenen Logik bei jedem Genehmigungsprozess, der auch nichtnukleare Anlagen betrifft, außerhalb des Atomgesetzes später dazu übergehen, all diese Gefährdungsszenarien unter Verschluss zu halten, um keinerlei Informationen über die mögliche Gefährdung der Bevölkerung durch jedwede Form von Anlagen auszuschließen?

Linda Compagnini (Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes NRW): Ich bin tatsächlich nur für das Atomrecht zuständig, aber ich denke, dass es auch in solchen Chemieanlagen Vorkehrungen gibt. Dieser staatliche Geheimschutz gilt bekanntlich nicht nur für das Atomrecht, sondern grundsätzlich, um Leben und – wie eben gesagt – den Bund und die Länder zu schützen. Insofern kann ich jetzt nicht sagen, inwieweit es das schon gibt. Aber ich gehe davon aus, dass das nicht nur im Atomrecht der Fall ist. Den Geheimschutz könnte es durchaus auch für andere Anlagen geben. Da muss ich aber gestehen, dass ich das nicht weiß. Ich glaube, wichtig ist festzustellen, dass der Geheimschutz nicht nur für das Atomrecht da ist. Den Geheimschutz gibt es auch für die Wirtschaft. Überall dort, wo er erforderlich ist, wird er durch das BMWi [Bundesministerium für Wirtschaft und Energie] als zuständige Behörde betreut und es werden Unterlagen als schutzwürdig eingestuft. Ich kann Ihnen aber leider keine konkreten Fälle dazu nennen.

Abg. **Judith Skudelny** (FDP): Vielen Dank! Meine Frage richtet sich ebenfalls an Frau Compagnini. Wir haben viele Details und Herleitungen gehört und ich würde Sie einfach noch einmal bitten – denn mir schwirrt schon ein wenig der Kopf – darzustellen, welche Vorteile das In-Camera-Verfahren gegenüber dem Funktionsvorbehalt – wie er im Moment ausgelegt wird und wie er jetzt im Gesetz statuiert werden soll – darstellt?

Linda Compagnini (Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes NRW): Ich glaube, der Vorteil – den wir hier schon ziemlich gut herausgearbeitet haben – ist im Prinzip, dass das Hauptsachegericht die Unterlagen uneingeschränkt einsehen kann und somit tatsächlich eine abschließende gerichtliche Bewertung vornehmen kann. Die Akteneinsicht durch den Kläger ist dann zwar aufgrund des Geheimschutzes weiterhin eingeschränkt – das wäre dann nun mal leider so –, aber zumindest würden diese Unterlagen Eingang in das Verfahren finden. Meines Erachtens wäre mit dieser breiteren Entscheidungsgrundlage des Gerichtes auch ein Plus an Rechten für den Kläger verbunden. Es ist aber hervorzuheben, dass das In-Camera-Verfahren eine prozessuale Regelung ist, also eine verfahrensrechtliche Regelung für das gerichtliche Verfahren. Der Funktionsvorbehalt hingegen ist eine Art Einschätzungsprärogative, also ein Beurteilungsspielraum, wie er auch bei Prüfungsentscheidungen vorliegt. Dieser gibt der Verwaltung einen

Spielraum und im Atomrecht ist das mit der Sachkenntnis der Behörden begründet. Man muss aber dazu sagen, dass der Funktionsvorbehalt keine Regelung dazu trifft, wie mit unter Geheimschutz stehenden Unterlagen umzugehen ist. Das heißt, der Funktionsvorbehalt ist mehr eine inhaltliche Regelung: Inwieweit darf das Gericht die Entscheidung der Behörde inhaltlich überprüfen? Und das andere ist eine verfahrensrechtliche Regelung: Wie geht das Gericht damit um, wenn eigentlich Unterlagen vorzulegen wären, die dem Geheimschutz unterstehen? Der Funktionsvorbehalt kann meines Erachtens in Einzelfällen dazu führen, dass einzelne Informationen eventuell für das Gericht gar nicht entscheidungserheblich sind. Er stellt aber meines Erachtens keine solide Lösung des konkreten Problems der eingeschränkten Akteneinsicht dar. Da würde ich auch gerne noch einmal auf Herrn Dr. Posser Bezug nehmen: Meines Erachtens stehen wir nicht vor dem Entweder-oder, sondern diese beiden Regelungsmöglichkeiten ergänzen sich. Wie gesagt, sind das aus meiner Sicht „zwei Paar Schuhe“. Das eine ist: Wie tief geht die inhaltliche Prüfung des Gerichts? Der andere Punkt ist: Wie geht das Gericht formal mit solchen Situationen um?

Abg. **Hubertus Zdebel** (DIE LINKE.): Danke schön, Frau Vorsitzende! Meine Frage geht an Herrn Dr. Wollenteit. Sie sagen, der Funktionsvorbehalt – so wie ihn die Bundesregierung anstelle der ursprünglich angestrebten Änderung mit dem In-Camera-Verfahren jetzt normieren will – wäre verfassungsrechtlich problematisch, weil er substanzielle Prinzipien des Rechtsstaates in Frage stellt und Schutzansprüche von Betroffenen gefährdet. Sie hatten dabei insbesondere den Umgang mit dem herbeigeführten Flugzeugabsturz als Beleg angeführt. Können Sie das noch einmal etwas genauer erläutern und was empfehlen Sie?

Dr. Ulrich Wollenteit (Rechtsanwälte Günther Partnerschaftsgesellschaft): Ich kann das gerne noch einmal versuchen. Wir haben jetzt schon öfters über den Funktionsvorbehalt gesprochen und es ist in der Tat richtig, dass die Rechtsprechung anhand dieses Funktionsvorbehalts in der Vergangenheit vorgegangen ist. Ich will noch einmal darauf hinweisen: Er ist dennoch eine rechtsstaatliche Anomalie, weil er den Rechtsschutz ganz dramatisch tatsächlich verkürzt. Es gibt hierzu eine Äußerung des früheren Verfassungsrichters Udo Di Fabio. Er hat einmal gesagt, dass der Beurteilungsspielraum immer das Risiko berge, von den Gerichten als Formel für Rechtsschutzverweigerung genutzt zu werden, weil – wie der Kollege Professor Ewer richtig ausgeführt hat – die Gerichte gar nicht überprüfen, ob eine Entscheidung richtig ist. Die Gerichte prüfen nur die Frage, ob die Verwaltung die Entscheidung für richtig halten durfte. Das ist eine weit zurückgeschraubte Rechtskontrolle und das ist für Klagen immer mit Risiken verbunden. Das Hauptproblem, das ich in der hier beabsichtigten Regelung sehe, ist, dass der Funktionsvorbehalt mit den Lastannahmen kurzgeschlossen wird. Das führt dazu, dass genau das nicht mehr möglich ist, was der Kollege Posser hier beschrieben hat. Das Gericht der Hauptsache wäre nach der jetzigen Regelung gar nicht mehr berechtigt, die Frage zu stellen: „Ist das eigentlich richtig, dass bis heute der Flugzeugabsturz nicht in den Lastannahmen aufgenommen worden ist?“ Ich habe im Januar dieses Jahres mit Herrn Posser beim Bundesverwaltungsgericht gesessen und er hat dort dem Gericht erneut vorgetragen, dass der herbeigeführte Flugzeugabsturz weiterhin nicht in den Lastannahmen vorgesehen ist. Das führt dazu, dass – wenn dieses Gesetz Realität wird – ein wirklich vorsorgebedürftiges Szenario wie der herbeigeführte Flugzeugabsturz – und das wird von allen als vorsorgebedürftig angesehen, auch von dem Länderausschuss für Atomkernenergie seit 2003 – nach § 44 Absatz 3 AtG-E nicht mehr Gegenstand einer rechtlichen Kontrolle sein könnte. Das ist meines Erachtens nicht verfassungsgemäß. Wenn Sie sich den § 44 Absatz 3 AtG-E mal in seinem Wortlaut angucken, dann schrumpft er auf den folgenden Satz zusammen: „Der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen ist gegeben, wenn“ – und dann kommt eine längere Formulierung – „gegen die nach Absatz 1 zu unterstellenden Störmaßnahmen oder sonstigen Einwirkungen sichergestellt ist.“ Das heißt, diese Lastannahmen werden zum Maßstab erhoben – einem untergesetzlichen Maßstab. Das ist in der Tat – wie der Kollege Posser sagt – ein sehr viel radikalerer Ansatz als das, was wir bisher hatten. Es verkürzt sehr viel radikaler die Rechte – und zwar konkret jetzt für diesen Bereich von Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter –, als es bisher der Fall war. Ich meine, das sollten Sie nicht tun. Das kann

Ihnen auch verfassungsrechtlich auf die Füße fallen. Ich würde Ihnen davon abraten, zum Ende der Legislaturperiode solch eine grundlegende Entscheidung zu treffen. Ich sehe das ähnlich wie Professor Ewer. Die Frage, ob man rechtliches Gehör im Prozess beschneiden kann, ist eine sehr grundlegende Frage, über die man sehr gründlich nachdenken muss. Es ist aber eine mindestens genauso grundlegende Frage, ob man den Rechtsschutz – wie das in dieser Fassung des Funktionsvorbehalts vorgesehen ist – derart radikal verkürzen will. Das wird auch zu Konflikten mit Artikel 2 Absatz 2 Grundgesetz, dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, führen. In der Rechtsprechung ist der Schutz vor Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter seit vielen Jahren in den Grundrechten der betroffenen Bürger – die Nachbarn von solchen Nuklearanlagen sind – fundiert. Ich meine, das sollte man sich sehr genau überlegen. Ich kann davon nur abraten.

Abg. **Sylvia Kotting-Uhl** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)**:** Danke schön! Ich kann die Einschätzungen von Herrn Dr. Wollenteit alle nachvollziehen. Gleichwohl glaube ich, dass auch die bisherige Gesetzeslage uns nicht wirklich die Lösung des Problems bietet. Denn die Aufhebung der Genehmigung für das Standortzwischenlager Brunsbüttel ist auf Basis der jetzigen Gesetzeslage erfolgt. Wir suchen nach Lösungen im Parlament. Meine Frage an Frau Dr. Dörte Fouquet: Die Kritik der Bundesregierung an dem In-Camera-Verfahren fußt hauptsächlich darauf, dass das einen erheblichen Eingriff in die grundgesetzlichen Garantien bedeuten würde, vor allem des rechtlichen Gehörs, aber auch des effektiven Rechtsschutzes. Wir haben die Gründe gehört, dass sich die betroffene andere Seite weder zu den als geheimhaltungsbedürftig angesehenen Prozessstoffen äußern kann, noch ihr die Gründe, die zu einer Entscheidung zu ihren Lasten geführt haben, am Ende bekannt sind. Ich frage Sie, Frau Dr. Fouquet: Was an dieser Situation – wenn wir sie als solche annehmen – ist denn für den Kläger negativer, als die Situation eines gesetzlich normierten Funktionsvorbehalts ohne In-Camera-Verfahren?

Dr. Dörte Fouquet (Kanzlei Becker Büttner Held): Das ist – wie man aus meiner kurzen Stellungnahme entnehmen kann – für mich immer noch ein offener Punkt. Ich hätte mir an dieser Stelle von der Bundesregierung mehr Argumente gewünscht. Argumente, die wir hier auch nicht alle genug austauschen konnten. Die Bundesregierung sieht in der Einführung des In-Camera-Verfahrens in das Hauptverfahren eine Beschränkung der Rechte Dritter. Die Sorge scheint zu sein, dass dem Gericht in der Hauptsache schützenswerte Informationen erläutert werden, das Gericht den Schutzzweck evaluiert und akzeptiert und anschließend die Klägerin von dem Inhalt nichts erfährt, wohl aber die beklagte Verwaltung und das Gericht selbst. Das ist jetzt – wie ich vorhin auch öfter ausgeführt habe – in der jetzigen Situation über den Weg des § 99 VwGO keine andere Situation. Im Gegenteil: Wenn man den Funktionsvorbehalt ins Atomrecht einführt – und ich bleibe dabei, dass er ohnehin in den SEWD-Sachen eingeführt ist –, erfolgt die gesetzliche Verankerung. Wir haben dann die gesetzliche Verantwortung, dass die bestehenden Richtlinien ihren Anker im Gesetz haben und nicht in der Abstimmung zwischen einer Behörde und den Betreibern. Das ist wichtig! Aber ich verstehe es nicht, wenn die Bundesregierung sagt: „Wenn wir das alles bei dem 99er-Weg lassen, dann ist die Welt in Ordnung. Dann reicht die Regelung, die wir im AtG vorsehen.“ Das Umgekehrte ist der Fall! Ich bleibe dabei, dass die Grundrechtsbeeinträchtigung größer ist, wenn man nicht die Hauptsache In-Camera einführt. Andernfalls wird dem entscheidenden Gericht – bzw. dem die Hauptsache entscheidenden Spruchkörper – der Zugang vorbehalten. Diesen Umweg zu gehen, kann meiner Meinung nach nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip übereinstimmen. Deshalb – wenn die Bundesregierung das nicht weiter vorträgt – ist das Dilemma in der Konsequenz nicht auflösbar. Wenn man sich den Vorschlag des Bundesrates ansieht, behandelt § 44a Absatz 3 AtG-E die Vorschriften des materiellen Geheimschutzes und das Prozedere. Aber wichtig ist für mich dann auch der Absatz 5, der sagt: Soweit nicht das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, kann der Beschluss – der im Rahmen dieses In-Camera-Verfahrens getroffen wurde – nach Absatz 2 Satz 1 der Ergänzung durch den Bundesrat selbstständig mit der Beschwerde zum nächsthöheren Gericht angefochten werden. Und da ist die Klarstellung wichtig, dass das wiederum der in der Hauptsache zuständige Spruchkörper ist. Für mich wird in einer grundrechtsbeeinträchtigenden Situation sowohl

für den Kläger als auch für das Gericht – vor dem Hintergrund der inneren Sicherheits- und Schutzbedürfnisse – zumindest das Rückgrat der Richter im Hauptsacheverfahren gestärkt. Für mich ist das bereits mehrfach erwähnte Argument und die Aussage von Gerichten – wie die des OVG Schleswig-Holstein: „Ich weiß es ja auch nicht besser. Das tut mir jetzt sehr leid.“ – keine Begründung, das Gericht nicht durch ein In-Camera-Verfahren im Hauptsacheverfahren zu stärken.

Vorsitzende: Vielen Dank! Wir kommen jetzt zu unserer letzten Runde, die verkürzt sein wird. Allen Fraktionen stehen jetzt für Frage und Antwort noch drei Minuten zur Verfügung. Ich bitte Herrn Abg. Karsten Möring zu beginnen.

Abg. **Karsten Möring** (CDU/CSU): Meine Frage geht an Herrn Dr. Däuper. Das Dilemma, das uns jetzt sehr deutlich aufgezeigt wurde, ist ja die Frage, inwieweit ein In-Camera-Verfahren reicht. Ich habe Herrn Dr. Posser vorhin so verstanden, dass auch dann nicht gewährleistet ist, dass ein Gericht nicht sagen kann: „Ich kann es nicht beurteilen, auch nach Einsicht in die Unterlagen, und würde deswegen einer Genehmigung nicht zustimmen.“ Deswegen nochmal an Sie die Frage: Gibt es die Möglichkeit eines In-Camera-Verfahrens, das nicht zu einer vollständigen Akteneinsicht führt, aber den Klägern gleichwohl in begrenzter Weise Einsichtsmöglichkeiten gibt – sei es nur durch die Art des Berichts, den das Gericht im Rahmen seines Urteils formuliert, oder ist das nicht möglich? Wenn ich jetzt Frau Dr. Fouquet richtig verstanden habe, dann stehen wir ja vor dem Dilemma, dass wir gewissermaßen ein gestuftes Verfahren haben. Entweder weiß und entscheidet die Behörde alleine oder aber das Gericht ist in irgendeiner Weise involviert aber nicht der Kläger. Und wenn der Kläger mit berücksichtigt wird, ist die Geheimhaltung nicht mehr möglich. Deswegen die Frage: Kann man daraus ein Verfahren zimmern, das den Kläger nicht völlig ausschließt, aber die Geheimhaltung trotzdem gewährleistet? Ich fürchte, das ist die Quadratur des Kreises, aber ich interessiere mich für Ihre Meinung.

Dr. Olaf Däuper (Kanzlei Becker Büttner Held): Das war in der Tat genau der Begriff, der mir gerade auch durch den Kopf schoss: Quadratur des Kreises. Wir haben das Dilemma jetzt ausführlich aus verschiedenen Perspektiven beschrieben. Ich fürchte tatsächlich, dass es da jetzt nicht die eine Auflösung gibt. Herr Professor Ewer ist ja auch schon nach seiner Idealvorstellung gefragt worden. Natürlich ist es nach wie vor denkbar – das kann ja auch nicht anders sein –, dass ein Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass es die Genehmigung dann im Endeffekt aufhebt. Wenn man das In-Camera-Verfahren in der Hauptsache einführt, dürfte das Gericht nunmehr die Entscheidung nur nicht mehr deswegen aufheben, weil es nicht ausreichend Kenntnis davon hat, auf welche Grundlage die Genehmigungsbehörde ihre Entscheidung in der Sache gestützt hat. Und das wäre eben aus meiner Sicht der im Grunde nach wesentliche Fortschritt. Auf diese Weise könnte man zumindest im Sinne einer maximal möglichen praktischen Konkordanz die Geheimhaltungsinteressen des Staates auf der einen Seite und das Rechtsschutzinteresse der Kläger auf der anderen Seite in Ausgleich bringen.

Vielleicht noch ein kleiner Satz zu dem § 44 Absatz 3 AtG-E, weil der auch ein bisschen damit zusammenhängt. Sowohl Herr Posser als auch Herr Wollenteit haben dem Grunde nach gesagt, dass der dort so kodifizierte normierte Funktionsvorbehalt hinter das zurückfällt, was die Gerichte im Moment machen. Das sehe ich ehrlich gesagt etwas anders. Denn den Wortlaut finde ich nicht so eindeutig. Letztendlich ist – da hat Herr Wollenteit komplett Recht – diese Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle eine Anomalie des Rechtsstaates. Gerade deswegen muss natürlich auch ein Mindestmaß an gerichtlicher Kontrolldichte gewahrt bleiben. Das ist tatsächlich verfassungsrechtlich geboten und deswegen denke ich, dass die Kontrolle von Risikoermittlung und -bewertung auf einer ausreichenden Datenbasis, die Berücksichtigung des Standes von Wissenschaft und Technik, nach wie vor eine Aufgabe des Gerichtes bleibt. Meines Erachtens ergibt sich das schon aus dem Wortlaut – aber jedenfalls aus einer verfassungskonformen Auslegung.

Vorsitzende: Drei Minuten sind sehr kurz. Wir aus dem Parlament kennen das. Das ist oft die Zeit, die wir für Reden haben. Aber ich hoffe, wir bekommen das noch hin, dass alle noch drankommen. Jetzt hat Frau Abg. Dr. Nina Scheer das Wort, bitte!

Abg. **Dr. Nina Scheer** (SPD): Meine Frage geht aufgeteilt an Frau Fouquet und Herrn Professor Ewer. Ich würde gerne von beiden kurz nochmal erörtert

bekommen: Inwieweit wäre mit einem In-Camera-Verfahren als Additivum – also so, wie vom Bundesrat vorgeschlagen –, gewährleistet, dass es immer noch einen Bereich der Einschätzungsprärogative der Verwaltung gäbe oder wäre diese damit faktisch aufgehoben?

Dr. Dörte Fouquet (Kanzlei Becker Büttner Held): Diese Frage von Frau Abg. Nina Scheer regelt ja eigentlich die Empfehlung des Bundesrates, wenn man sich den Wortlaut anguckt. Da kann man natürlich jetzt nochmal drüber nachdenken. Also die Prärogative der Verwaltung bleibt insofern bestehen. Wenn man den Absatz 1 sieht, der beschreibt das Verfahren, der beschreibt die Erteilung des erforderlichen Schutzes gegen Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter und die Einschränkung der Vorlage der behördlichen Urkunden oder Akten. Das beschreibt gewissermaßen die Situation, vor der sich das Gericht und alle Beteiligten im Verfahren in der Funktionsvorbehaltswelt befinden. Wenn die Behörde dann von ihrem Recht nach Absatz 1 Gebrauch macht, nämlich nicht alles zu zeigen, dann ist Absatz 2 einschlägig. Dann entscheidet das Gericht in der Hauptsache durch Beschluss, inwieweit die Beteiligtenrechte anzuwenden sind. Die Abwägung Geheimhaltungsinteresse versus Recht auf effektiven Rechtsschutz macht ja dann das Gericht. Wenn das Gericht dann zu dem Schluss kommt, dass wir das In-Camera-Verfahren brauchen, dann entwickelt das der Absatz 3 – so wie ich vorhin gesagt habe. Hinzu kommt dann weiter eine Überprüfung, ob diese Weichenstellungen alle richtig waren. Das lässt dann ja der Absatz 5 zu.

Prof. Dr. Wolfgang Ewer (WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB): Frau Abg. Nina Scheer, die Frage ist eindeutig zu beantworten: Die Einschätzungsprärogative und der Funktionsvorbehalt bleiben bestehen, auch bei einer gerichtlichen Kontrolle. Gerichte sollen die Verwaltung kontrollieren; sie sollen nicht prüfen, wie sie anstelle der Verwaltung entscheiden würden, wenn sie selbst zur Entscheidung berufen wären. Daraus folgt: Wenn die Behörde einen Entscheidungsspielraum eingeräumt erhalten hat, hat das Gericht lediglich zu überprüfen, ob dieser richtig ausgeübt worden ist – nicht, ob man ihn auch anders rechtmäßig hätte ausüben können, wie es vielleicht einem Richter mehr vorschweben würde. Das hat der nicht zu prüfen. Ein gutes Beispiel für dieses System sind die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte zu den Corona-Maßnahmen im Moment. Da findet genau das statt. Da ist eine Einschätzungsprärogative der Verordnungsgeber. Es wird überprüft, ob der Einschätzungsspielraum eingehalten worden ist. Es wird nicht überprüft, ob man das als Verwaltung ganz anders rechtmäßig hätte regeln können.

Abg. **Dr. Rainer Kraft** (AfD): Danke, ich würde bitte Herrn Thielen fragen. Sie haben eine größere Menge von Gremien vorgestellt, die in der Entscheidung zur Sicherheit der Prozesse oder möglichen Gefährdungen beteiligt sind. Nun ist es so, dass eine Behörde, eine Institution bzw. ein Gremium alleine sich nicht selbst kontrollieren kann. Gerade wenn man hier diesen Vorbehalt hat, dass die Angelegenheiten nicht transparent sind, sondern dass man dem de facto Glauben schenken muss: Wer wird Kontrolle darüber ausüben, dass die Gefährdungspotenziale erstens realistisch aufgenommen und zweitens, dass die Gegenmaßnahmen in realistischer Art und Weise dargestellt worden sind?

Harald Thielen (GRS): Ich bin nicht so auf die Frage eingestellt, wer jetzt wen kontrolliert. Aber: Diese Gremien, die diese eingestuften Dokumente erstellen – das ist ja nicht nur ein Gremium, sondern das sind viele verschiedene Gremien. Da sind Polizeibehörden, Sicherheitsbehörden und andere Genehmigungsbehörden dabei, wie zum Beispiel auch der Arbeitskreis Lastannahme. Anders ausgedrückt: Es sind verschiedene Kreise von verschiedenen Personen daran beteiligt, die gemeinsam ein Dokument erstellen. Wer jetzt wen kontrolliert, das weiß ich nicht bzw. kann ich nicht eindeutig beantworten. Für mich ist wichtig, dass die Erweiterung eines Kreises, der detaillierte Kenntnisse hat in den Dokumenten, die Verschlusssache sind, jetzt meiner Meinung nach nicht dazu führt, dass die Sicherheit der Bevölkerung erhöht wird, sondern gerade im Gegenteil, wenn dieser Kreis besonders groß wird, wird die Sicherheit eher geringer.

Abg. **Judith Skudelny** (FDP): Meine Frage geht wieder an Frau Compagnini. Ganz kurz, wir haben vorhin von Frau Dr. Fouquet gehört, welche Vorteile das In-Camera-Verfahren für die Kläger hätte. Mich würde nochmal interessieren, welche Vor-

teile Sie in dem In-Camera-Verfahren dezidiert sehen und welche Abwägungen aus Ihrer Sicht im Bundesrat dazu geführt haben, dass sich die Mehrheit der Länder hinter diesen Vorschlag gestellt hat?

Linda Compagnini (Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes NRW): Die Vorteile hatte ich eben schon ein bisschen geschildert. Es ist meines Erachtens für den Kläger besser, dass auch das Gericht alle Unterlagen einsehen kann, auch wenn es darauf dann im Urteil nicht ausdrücklich auf jeden Punkt Bezug nehmen kann. Die Länder haben die Zuständigkeit für die Atomaufsicht. Sie erteilen teilweise die Genehmigungen. So gut die Genehmigung ist bzw. auch wenn die Genehmigung perfekt ist: Wenn man vor Gericht nicht nachweisen kann, dass alles in Ordnung ist, dann ist das ein Problem. Insbesondere wenn Sie bedenken, dass teilweise – je nach Genehmigungstatbestand – der Genehmigungsinhaber auch einen Anspruch auf diese Genehmigung hat, dann dreht man sich wirklich im Kreis. Ich muss zu Ihrem Punkt vorhin, Frau Abg. Judith Skudelny, auch sagen: Wenn so ein Bundesratsvotum erfolgt, dann werden – jedenfalls wenn es um solche verwaltungsgerichtlichen Verfahren geht – natürlich auch die Justizressorts beteiligt. Ich gehe davon aus, dass es auch in den anderen Bundesländern so ist und wenn da jetzt schwerwiegende bzw. verfassungsrechtliche Bedenken gewesen wären, dann hätte es so einen Mehrheitsbeschluss des Bundesrats nicht gegeben. Darauf wollte ich nochmal zurückkommen.

Wenn ich noch ganz kurz ergänzen darf: Ich habe eben gehört, es besteht die Befürchtung, dass der Funktionsvorbehalt, so wie er im aktuellen Entwurf geregelt ist, hinter dem zurückbleibt, was die Rechtsprechung bislang sagte. Das sehe ich nicht so. Wenn man sich zumindest einmal die Begründung anschaut, dann nimmt die Bundesregierung ja genau auf die bestehende Rechtsprechung Bezug. Ich glaube nicht, dass es anders gemeint war. Vielleicht ist es nicht so klar formuliert im Gesetz selbst, aber aus der Begründung ergibt sich das schon.

Vorsitzende: Danke schön! Jetzt ist Herr Abg. Hubertus Zdebel dran. Ich höre gerade, dass er technische Probleme hat. Klappt es, Herr Abg. Hubertus Zdebel? Nein, dann übernimmt die Frage Herr Abg. Ralph Lenkert.

Abg. **Ralph Lenkert** (DIE LINKE.): Die Frage geht an Herrn Dr. Wollenteit und an Frau Dickel. Wenn der Entwurf der Bundesregierung mit dem Funktionsvorbehalt trotz möglicher Verfassungswidrigkeit durchkäme: Welche Effekte befürchten Sie dann mit Blick auf ein neues Zwischenlagerkonzept, die Endlagersuche und das Standortauswahlgesetz?

Vorsitzende: Eineinhalb Minuten pro Sachverständigen jetzt bitte.

Dr. Ulrich Wollenteit (Rechtsanwälte Günther Partnerschaftsgesellschaft): Ich hatte ja bereits in meiner schriftlichen Stellungnahme ausführlich dargelegt, warum ich meine, dass diese Diskussion, die wir um dieses Gesetzesvorhaben hier führen, eine äußerst negative Vorbildwirkung gerade auf die aktuell stattfindenden Prozesse hat. Es wird ja derzeit in mehreren Gremien über die Frage diskutiert, wie zukünftige Endlagerkonzepte aussehen können. In diesem Kontext spielt vor allem auch diese Frage eine ganz prominente Rolle, nämlich: Wie kann man diese Endlager vor Störmaßnahmen und Einwirkungen Dritter schützen? Die Endlagerkommission hat in ihrem Bericht zum Standortauswahlgesetz sehr deutlich darauf gesetzt, dass Transparenz, Bürgerbeteiligung und Rechtsschutz erforderlich sind für einen gelingenden Prozess bei der Endlagersuche. Der Gesetzgeber hat das in § 1 des Standortauswahlgesetzes nachvollzogen und genau diese Postulate, die die Endlagerkommission befürwortet hat, normiert. Wenn man sich jetzt in der Debatte um die Verlängerung der Zwischenlagergenehmigung, die ja erst 2043 ansteht, von vornherein anschickt, den Rechtsschutz und auch die berechtigte Kommunikation um diese Fragen dadurch zu erschweren, dass man gewissermaßen die Festlegungen, die dazu getroffen werden, allein dem Staat überantwortet, dann ist das natürlich geeignet, diesen Prozess erheblich zu beeinträchtigen, indem man ihn gewissermaßen in einem Schleier von Geheimhaltung erstickt. Das ist meines Erachtens auch Gift für ein ganz zentrales Postulat im Standortauswahlgesetz. Im § 5 Absatz 1 heißt es – ich zitiere: „Aufgabe des Prozesses ist es, eine Lösung zu finden, die in einem breiten gesellschaftlichen Konsens getragen wird und damit auch von den

Betroffenen toleriert werden kann.“ Ich meine, Sie sollten sich an diesem Anspruch auch orientieren und diese angestrebte Gesetzgebung, die geeignet ist, tatsächlich diese Debatte erheblich zu behindern, auf die nächste Legislaturperiode vertagen.

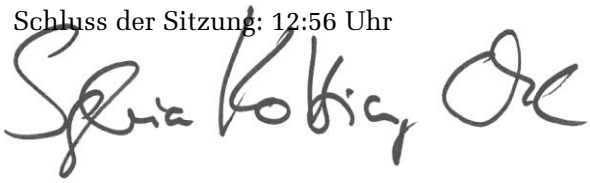
Juliane Dickel (NABU): Ich kann mich Herrn Dr. Wollenteit nur anschließen. Zur Zwischenlagerung ist es ganz klar und es wird von verschiedensten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern gesagt, dass der aktuelle politische Zeitplan zur Findung eines Endlagers nicht realistisch ist. Es wird länger dauern; die Zwischenlagerung wird uns sehr viel länger beschäftigen und damit auch gesellschaftlich immer wichtiger. Es braucht ein neues Konzept und auch die Genehmigung eines Endlagers würde unter diesen Funktionsvorbehalt fallen. Es geht bei dieser Suche um Transparenz und Beteiligung, um umfangreiche Überprüfungsmöglichkeiten. Da dürfen jetzt nicht frühzeitig Fakten geschaffen werden, denn faktisch wäre das eine Schwächung der Bürgerrechte. Symbolisch kann es die Standortsuche erheblich beschädigen, weil es ein weiteres Argument ist für diejenigen, die jetzt oder zu einem späteren Zeitpunkt das Verfahren als interessengeleitet und unglaubwürdig abtun und es könnten sukzessive immer mehr werden. Und das Verfahren ist ohnehin nicht leicht und jetzt die Weichen so zu stellen, könnte es perspektivisch enorm beschädigen. Das muss einfach Berücksichtigung finden.

Abg. **Sylvia Kotting-Uhl** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Danke schön! So, ich habe für die heutige Anhörung die letzte Frage und meine Sachverständige, die ich gerne fragen würde, ist Frau Dr. Fouquet. Ich stelle aber keine Frage, sondern ich glaube, es gibt heute bei allem, was wir diskutiert haben, noch ganz viele lose Enden. Ich überlasse es insofern Frau Dr. Fouquet zum Schluss dieser Anhörung noch zu sagen, was Sie glaubt, was noch offen geblieben ist, bitte!

Dr. Dörte Fouquet (Kanzlei Becker Büttner Held): Ich möchte mich zunächst einmal bedanken! Ich glaube, das ist eine der spannendsten Anhörungen, wo ich das Vergnügen hatte, mitmachen zu dürfen. Die Auseinandersetzung ist klar: Wir befinden uns in einer prekären Situation. Wir befinden uns im Bereich der Einschränkungen der Grundrechte – da „beißt die Maus keinen Faden ab“. Es geht nicht darum, jetzt irgendeine Meinung zu haben, die besser ist als die des Kollegen oder der Kollegin. Was mir nur wichtig ist, ist auch nochmal zu sagen, dass diese Beteiligtenrechte – wenn sie denn doch so beschränkt werden durch die Frage der Prärogation – in diesem Bereich haben wir nie eine ideale Lösung – das wurde ja auch schon angesprochen. Was mir jetzt nur durch den Kopf geht – aber auch das ist wahrscheinlich absurd –, ob es eventuell im Gesetz die Möglichkeit gäbe, eine Berichtspflicht der Fachbehörden bzw. des Fachministeriums einzuführen. Eine Berichtspflicht dahingehend, dass beobachtet und alle paar Jahre berichtet wird: Wie laufen die Verfahren, wie laufen die Genehmigungsverfahren und wo gibt es eventuell Nachbesserungsbedarf im Hinblick auf diese Atomgesetznovelle? Alles andere ist von uns allen zumindest problematisiert worden.

Vorsitzende: Herzlichen Dank! Diese letzte Anregung nehmen wir sicherlich auch noch mit. Ich möchte mich bei allen Sachverständigen ganz außerordentlich bedanken. Ich fand es eine hochspannende Anhörung. Das Dilemma, vor dem wir stehen, ist weidlich beschrieben worden. Ich glaube, wir Abgeordnete werden uns jetzt auf den Weg machen müssen und im weiteren Beratungsverfahren nach der bestmöglichen Lösung suchen müssen. Wir kennen diesen Ausdruck aus anderen Zusammenhängen im Atombereich. Ich habe immer wieder den Eindruck, dass mehr als nach dem Bestmöglichen zu suchen in Atomfragen oft vergeblich ist. Deswegen werden wir uns genau auf diesem Weg machen. Herzlichen Dank für die Expertise, für die spannenden Fragen, die ergiebigen Antworten! Haben Sie weiterhin einen guten Tag! Wir schauen, was wir mit all dem, was Sie uns mitgegeben haben, im weiteren Verfahren im Parlament machen. Vielen Dank!

Schluss der Sitzung: 12:56 Uhr



Sylvia Kotting-Uhl, MdB
Vorsitzende

Anlage 1

Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter (SEWD)

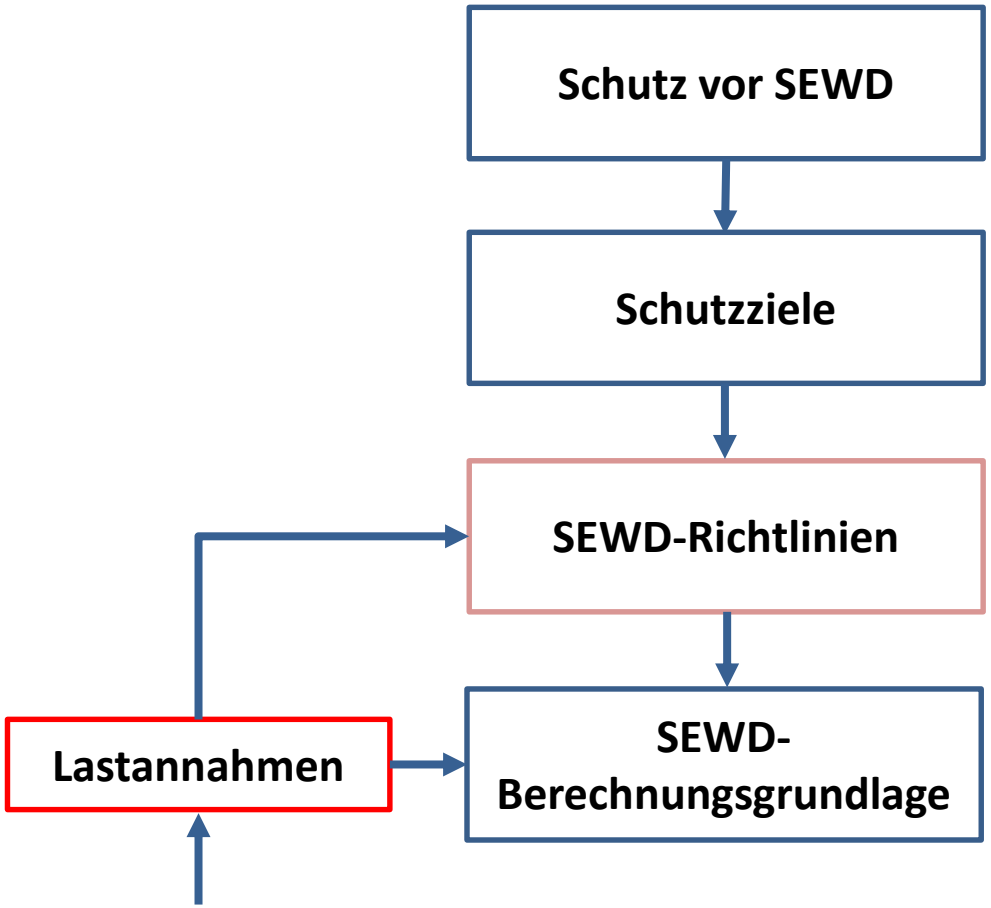
Harald Thielen

Gesellschaft für Anlagen- und Reaktorsicherheit (GRS) gGmbH

Anhörung: **Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes**

5. Mai 2021

Nachweis: Schutz vor SEWD (ATG)



Genehmigungsvoraussetzung gemäß Atomgesetz

Verhinderung

1. der **Freisetzung** von Kernbrennstoffen oder ihrer Folgeprodukte in **erheblichen** Mengen und der **missbräuchlichen Nutzung** ionisierender Strahlung **vor Ort**,
2. der einfachen oder wiederholten **Entwendung** von Kernbrennstoffen oder ihrer Folgeprodukte mit dem Ziel der Freisetzung einer erheblichen Menge und der **missbräuchlichen Nutzung** ionisierender Strahlung an einem beliebigen Ort und
3. der einfachen oder wiederholten **Entwendung** von Kernbrennstoffen in Mengen, die in der Summe zur Herstellung einer **kritischen Anordnung** ausreichen.

- Kategorisierung
- Anlagentypische Maßnahmen

Nachweisverfahren: Freisetzung einer **erheblichen** Menge

1. Rangbedingungen Modellierung
2. Dosiskriterium 100 mSv (Inhalation, 7 Tage Bodenstrahlung)

- Gefährdungsbewertung/Bedrohungsanalyse
- Szenarien, Tatmittel
- Evaluierung alle 3 Jahre
- **VS-Vertraulich**

Beteiligte Behörden und Gremien

- Atomrechtliche Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden
- FARS, KoSiKern, AK-Sicherung, AG-LEVA, Gutachter, Betreiber

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.

Anlage 2

POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS

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 Sicherungsvorschriften 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 Lastannahmen 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 Lastannahmen und Maßnahmen zum erforderlichen Schutz gegen SEWD-Ereignisse. Dabei hat es jedoch nicht sein Bewenden. Es ist vielmehr der demokratisch legitimierte Gesetzgeber selbst, der diese behördliche Beurteilung dann auf die normative Ebene hochzont und **politisch verantwortet**. 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 beträfe 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

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.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
Ausschussdrucksache
19(16)564-F
öAnh. am 05.05.21
04.05.2021

BECKER BÜTTNER HELD

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (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 Handels 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 substanziellen 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 Geheimschutzinteresses 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 Gesetzentwurf 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 Hauptsacheverfahren auszuschließen sind. Das bedeutet, dass diese Unterlagen (*vgl. die Definition in § 44a AtG-BRat-Entwurf*) dem Hauptsachegericht in jedem Fall als materielle Entscheidungsgrundlage zur Verfügung stünden. Das Gericht würde so zu einer fundierten Sachentscheidung befähigt; das Interesse des Einzelnen an effektivem Rechtsschutz und das staatliche Geheimhaltungsinteresse ließen sich effektiv miteinander vereinbaren.

Zwar ließe sich einwenden, in der Erweiterung des Zugangs zu dem Geheimschutz unterliegenden Informationen auf die Personen des Hauptsachegerichts (und nicht etwa eine Spezialkammer 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 Offenlegung größerer Mengen an Informationen auch gegenüber allen Beteiligten im Hauptsacheverfahren mit kompletter Gerichtsöffentlichkeit allenfalls untergeordnetes Gewicht zukommen.

Die schließlich von der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats ausdrücklich gegen ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache ins Feld geführten verfassungsrechtlichen Bedenken kann aus meiner Perspektive nicht nachvollzogen werden. Insbesondere ist keine verfassungswidrige Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG erkennbar. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zu einer anderen sogenannten multipolaren Konfliktlage (auf dem Gebiet des Telekommunikations-

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

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.

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

Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland
BUND
FRIENDS OF THE EARTH GERMANY

Anlage 4

Stellungnahme zum Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes

Stand: 30. April 2021

Anlässlich der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit des Deutschen Bundestages am Mittwoch, den 05. Mai 2021, nimmt der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) nachfolgend Stellung zum Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (17. AtGÄndG).

I. Hintergrund

Der Gesetzentwurf für ein Siebzehntes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes konkretisiert auf dem Gebiet der nuklearen Sicherung kerntechnischer Anlagen und Tätigkeiten die atomrechtlichen Genehmigungstatbestände zum Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter (SEWD).

II. Kontextuale Kritik

Rechtsstaatlichkeit

In atomrechtlichen Genehmigungsverfahren geht es darum eine enorme Bedrohungslage, die Risiken von Terroranschlägen gegen Atomanlagen und einen wirksamen Schutz der Menschen zu gewährleisten – unter Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien und demokratischer Grundrechte. Diesem Ziel wird der Funktionsvorbehalt, der im 17.AtGÄndG normiert werden soll, nicht gerecht.

Das Oberverwaltungsgericht Schleswig hat 2013 die Genehmigung für das Standortzwischenlagers Brunsbüttel aufgehoben, das seitdem einzig auf behördliche Anordnung weiterbetrieben wird.[1] Dementsprechend hat eine gerichtliche Instanz den Funktionsvorbehalt nicht anerkannt. Doch anstatt Gerichten Einsichtnahme zu ermöglichen, soll nun Überprüfung per se ausgeschlossen werden. Dieser Eingriff in die Gewaltenteilung und in die Rechte von Bürger*innen ist abzulehnen. Rechtsstaatlichkeit und Bürger*innenrechte müssen gewahrt bleiben. Das leistet der vorliegende Entwurf nicht.

Im Koalitionsvertrag war noch ein in-camera-Verfahren gefordert worden, was auch der Bundesrat im März 2021 in seiner Stellungnahme zum 17.AtGÄndG noch einmal nachdrücklich empfohlen hat. Damit wären zumindest noch Gerichte involviert gewesen, wobei auch dieses Verfahren demokratisch kritisch ist.

Insgesamt wird durch das 17.AtGÄndG der Eindruck erweckt, der Bund und dessen untergeordnete Behörden und Gesellschaften wollten sich zukünftigen Klageverfahren entledigen. Dabei stehen die größtmögliche Vorsorge und der Schutz der Bevölkerung im Mittelpunkt und müssen gerichtlich überprüfbar sein.

Standortauswahlverfahren

Im aktuellen Verfahren zur Benennung eines Standorts für ein tiefengeologisches Lager für hochradioaktive Abfälle wird, basierend auf dem Standortauswahlgesetz §1, Transparenz und Partizipation propagiert. Gleichzeitig dient das 17. AtGÄndG vor allem der Beschneidung eben

[1] BUND Studie „Aktuelle Probleme und Gefahren bei deutschen Zwischenlagern für hoch-radioaktive Abfälle“: https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/atomkraft/atomkraft_zwischenlager_studie_2020.pdf

dieser Rechte insbesondere in Bezug auf die deutschen Zwischenlager, die der mittelfristigen Verwahrung eben dieses Abfalls dienen und für den Schutz der Bevölkerung eine wichtige Rolle spielen. Durch diese diametrale Herangehensweise steht zu befürchten, dass die Glaubwürdigkeit des Standortauswahlverfahren und des Staates als bald einzig zuständige Instanz für den deutschen Atommüll erheblich beschädigt wird.

III. Inhaltliche Kritik

Funktionsvorbehalt

In §44 normiert der Gesetzentwurf erstmals ausdrücklich den atomrechtlichen Funktionsvorbehalt der Exekutive für den Bereich „Sonstige Einwirkungen Dritter (SEWD)". Diese Normierung stellt einen eklatanten Eingriff in die Gewaltenteilung und die Rechtssicherheit Betroffener auf größtmögliche Vorsorge dar, da so die Überprüfungsmöglichkeit durch Gerichte verhindert wird. Dies untergräbt das Urteil des Bundesverwaltungsgericht, welches den Anwohnendenschutz gestärkt hatte.[2] Der BUND lehnt diese Aushebelung der Gewaltenteilung dezidiert ab. Der Verweis auf völkerrechtliche Verpflichtungen und Zusagen, angeführt einzig in Abschnitt A., scheint hier lediglich ein Vorwand zu sein um geltendes Recht auszuhebeln.

Störfallwerte

In §44 (2) wird zudem die einzuhaltende Dosis bei SEWD festgelegt, allerdings unzureichend. Die entscheidende Folgedosis wird über längere Zeiträume hauptsächlich durch die auf dem Boden abgelagerten Radionuklide verursacht. Für die Belastung durch Inhalation ist der unmittelbare Zeitraum während und nach der Einwirkung relevant, da die Freisetzung mehrere Tage andauern kann. Die Formulierung "... eine effektive Folgedosis von 100 mSv bis zum 70. Lebensjahr als Summe von Inhalation und sieben Tagen äußerer Bestrahlung als Richtwert ..." ist hier nicht aussagekräftig.

Schutzziele der nuklearen Sicherung

In § 42 (1) ist der Terminus „erhebliche Mengen" zu unbestimmt und lässt außer Acht, dass zumindest in der Freisetzung auch kleinste Mengen relevant sein können. Der BUND widerspricht dieser Formulierung, die zu einer Schwächung der Sicherheitsanforderung bei SEWD führen könnte. Die in § 42 (2) genannte Verhinderung einer Entwendung „ausreichender" Mengen Kernbrennstoffs ist zu streichen. Die Verhinderung „jedweder" Entwendung muss sichergestellt werden. Ansonsten bleibt die Möglichkeit unberücksichtigt, dass aus mehreren Anlagen geringere Mengen entwendet werden könnten, die in der Summe zur Herstellung einer kritischen Anordnung ausreichen.

IV. Fazit

Der BUND lehnt die 17. Novelle des Atomgesetzes in dieser Form ab.

Informationen und Rückfragen bei:
Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND)
Juliane Dickel
Leitung Atompolitik
Kaiserin-Augusta-Allee 5
10553 Berlin
030-27586-562
juliane.dickel@bund.net
www.bund.net

[2] Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts (10.04.2008): https://www.bverwg.de/pm/2008/23

Anlage 5

Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen

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.

Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie
des Landes Nordrhein-Westfalen, 40190 Düsseldorf

per Mail an: umweltausschuss@bundestag.de

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

Aktenzeichen
(bei Antwort bitte angeben)
VI B 5 - 83.24.02

ORR`in Compagnini
Telefon 0211 61772-0
Fax 61772-777
Linda.Compagnini@mwide.nrw.de

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (BT-Drs. 19/27659)

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordneten,

ich danke für Ihre Einladung zur öffentlichen Anhörung am 05.05.2021 im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit zum Entwurf des Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes.

Hierzu nehme ich wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkung

Wesentliches Element der atomrechtlichen Genehmigungstatbestände ist der Nachweis, dass der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter („SEWD“) gewährleistet ist. Dass die in der Praxis und in der Rechtsprechung entwickelten und bewährten Grundlagen des SEWD durch den Gesetzesentwurf nun durch Einfügung des „Fünften Abschnitts Sicherung“ in das Atomgesetz auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden, erhöht in diesem Bereich die Rechtssicherheit. So wird das Integrierte Sicherungs- und Schutzkonzept geregelt, die Schutzziele der hiernach durchzuführenden Sicherungsmaßnahmen sowie der Umfang des erforderlichen Schutzes gegen SEWD festgelegt.

Weitergehend sieht der Gesetzentwurf die Normierung des sog. atomrechtlichen Funktionsvorbehaltes für den Bereich der nuklearen Sicherung vor. Auf diesen wesentlichen Punkt des Gesetzentwurfs, sowie auf

Dienstgebäude und Lieferanschrift:
Berger Allee 25
40213 Düsseldorf

Telefon 0211 61772-0
Telefax 0211 61772-777
poststelle@mwide.nrw.de
www.wirtschaft.nrw

Öffentliche Verkehrsmittel:
Straßenbahnlinien 706, 708,
709 bis Haltestelle Poststraß

die Stellungnahme des Bundesrates vom 5. März 2021[1] in Zusammenhang mit der Gegenäußerung der Bundesregierung[2], konzentriert sich nachfolgend die Stellungnahme.

II. Gesetzliche Regelung des Funktionsvorbehaltes gemäß § 44 AtG-E

§ 44 Abs. 1 AtG-E bestimmt, dass die zu unterstellenden SEWD nach dem Stand der Erkenntnisse in Auslegungsanforderungen (Lastannahmen) auf Grundlage der Erkenntnisse und deren Bewertung durch die zuständigen Sicherheits-, Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder festgelegt werden. § 44 Abs. 2 AtG-E stellt den Prozess der Festlegung der allgemeinen sowie anlagentyp- und tätigkeitsspezifischen Anforderungen und Maßnahmen für den vom Genehmigungsinhaber zu gewährleistenden präventiven und reaktiven erforderlichen Schutz klar.

In **§ 44 Abs. 3 AtG-E** findet sich die eigentliche Regelung des sog. **Funktionsvorbehaltes**. Danach ist im Rahmen der aufgeführten Genehmigungstatbestände der erforderliche Schutz gegen SEWD gegeben, wenn er nach der Bewertung der Genehmigungs- oder Aufsichtsbehörde durch die in der Genehmigung festgelegten Maßnahmen gegen die zu unterstellenden Störmaßnahmen sichergestellt ist. Nach der Gesetzesbegründung wird durch die gesetzliche Verankerung des atomrechtlichen Funktionsvorbehaltes die Zielsetzung erreicht, eine abschließende gerichtliche Bewertung trotz eingeschränkter Aktenvorlage möglich zu machen. Zudem würden durch eine solche Regelung verfassungsrechtliche Risiken vermieden.

Der atomrechtliche Funktionsvorbehalt ist in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt[3] und besagt, dass die Exekutive für die Risikoermittlung und –bewertung allein verantwortlich ist. Es gibt mithin einen behördlichen Beurteilungsspielraum, der bewirkt, dass die Gerichte in diesem Fall darauf beschränkt sind zu überprüfen, ob die Einschätzungen und Wertungen der Exekutive auf einer ausreichenden Datenbasis beruhen und dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt der Behördenentscheidung Rechnung tragen. Es ist somit nicht Gegenstand der nachträglichen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, die der Exekutive zu-

[1] Bundesratsdrucksache 63/21
[2] Bundestagsdrucksache 19/27659
[3] vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 1987 - BVerwG 7 C 4.85

gewiesene Wertung wissenschaftlicher Streitfragen einschließlich der daraus folgenden Risikoabschätzung durch eine eigene Bewertung zu ersetzen.[4] Der sachliche Hintergrund für den Funktionsvorbehalt im Atomrecht ist die Tatsache, dass die Exekutive mit ihren Ressourcen und Handlungsformen zur Konkretisierung der Genehmigungsvoraussetzung des erforderlichen Schutzes gegen SEWD die besten Möglichkeiten hat, den größtmöglichen Sicherheitsstandard zu gewährleisten.[5] Zu Recht führt die Bundesregierung in der Begründung zu § 44 Abs. 3 AtG-E aus, die zuständigen Fachbehörden seien für diese Aufgabe mit einer Vielzahl von Sachverständigen besonders gerüstet.

Durch die Einführung des § 44 AtG-E verstetigt der Gesetzgeber den atomrechtlichen Funktionsvorbehalt im Gesetz. Dies schafft Rechtssicherheit bezüglich der Anwendbarkeit durch die Gerichte.

Soweit die Bundesregierung aber in der Gesetzesbegründung und ihrer Gegenäußerung die Auffassung vertritt, hierdurch eine abschließende gerichtliche Bewertung trotz eingeschränkter Aktenvorlage möglich zu machen, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Der atomrechtliche Funktionsvorbehalt ist wie beschrieben in der Rechtsprechung bereits seit vielen Jahren anerkannt, neu wäre nunmehr lediglich seine Normierung im Gesetz. Inwieweit allein die Normierung nun für Abhilfe sorgen kann, wenn es der auch bislang schon anerkannte Funktionsvorbehalt nicht vermochte, ist nicht zu erkennen.

Dies beruht auf folgender, typischer Problemstellung, die in atomrechtlichen Gerichtsverfahren dazu führt, dass eine abschließende gerichtliche Bewertung trotz eingeschränkter Aktenvorlage eben häufig nicht möglich ist:

In atomrechtlichen Verwaltungsverfahren stehen insbesondere Unterlagen, die mit der Sicherung kerntechnischer Anlagen zusammenhängen, unter staatlichem Geheimschutz. Der Geheimschutz trägt dafür Sorge, dass Informationen und Vorgänge, deren Bekanntwerden den Bestand, lebenswichtige Interessen, die Sicherheit oder die Interessen des Bundes bzw. eines seiner Länder gefährden können, geheim gehalten und vor unbefugter Kenntnis geschützt werden. Geht man z.B. vom Schutz einer kerntechnischen Anlage vor terroristischen Angriffen aus, liegt es auf der Hand, dass Detailinformationen beispielsweise zu technischen Schutz-

[4] BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 – 7 C 65/82 –, NVwZ 1986, 212
[5] a.a.O.

maßnahmen vor potentiellen Tätern geheim zu halten sind. Ein Bekanntwerden dieser Informationen in öffentlichen Gerichtsverfahren würde die Wirksamkeit dieser Schutzmaßnahmen beeinträchtigen. Die Behörde trifft insoweit eine staatliche Schutzpflicht in Hinblick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz von Grundrechten Dritter im potentiellen Einwirkungsbereich der Anlage. Die Details solcher Unterlagen sind dem Anlagenbetreiber, der die Schutzmaßnahmen selbst umsetzt, bekannt. Klagt aber ein Dritter gegen eine atomrechtliche Genehmigung entsteht ein sog. multipolares Rechtsverhältnis (Behörde, Kläger, beigeladener Genehmigungsinhaber). Der Kläger hat als Prozessbeteiligter nach der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) grundsätzlich das Recht auf Einsichtnahme in die Gerichtsakten und die dem Gericht vorgelegten Akten (§ 100 VwGO). Zudem sind im Urteil die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Das Urteil darf nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten (§ 108 VwGO).

Unter Geheimschutz stehende Dokumente dürften von den zuständigen Richtern zwar eingesehen werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 Sicherheitsüberprüfungsgesetz), nicht aber von dem klagenden Dritten. Die Genehmigungsbehörde muss nachweisen, dass alle Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung vorgelegen haben, darf aber hierfür aufgrund des Geheimschutzes nicht alle zum Nachweis erforderlichen Unterlagen vorlegen. Hierbei kann es dann im Ergebnis auf Kosten des effektiven Rechtsschutzes zu Beweislastentscheidungen des Gerichts kommen. Das heißt konkret, dass in den beschriebenen Fallkonstellationen die Genehmigungsbehörden die Gerichtsverfahren über Genehmigungen zwecks Wahrung des Geheimschutzes bewusst verlieren müssen. Zu bedenken ist dabei, dass der Genehmigungsinhaber in den meisten Fällen einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hat, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Aufgrund des beschriebenen Dilemmas hat bspw. das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht die atomrechtliche Genehmigung für das Standortzwischenlager des Kernkraftwerks Brunsbüttel aufgehoben.[6] Dabei ging die Nichterweislichkeit von entscheidungserheblichen Tatsachen zu Lasten der Genehmigungsbehörde. Dem Gericht war ein wesentlicher Teil der Unterlagen der Genehmigungsbehörde unter Berufung auf Geheimhaltung nicht vorgelegt worden. Auch nach dem deutschen Atomausstieg wird es sowohl in Nordrhein-Westfalen als auch in anderen Bundesländern atomrechtliche Genehmigungsverfahren geben, denn auch die Stilllegung und der Abbau von kerntechnischen Anlagen bedürfen einer atomrechtlichen Zulassung, nicht zuletzt auch ein

[6] OVG Schleswig – 19.06.2013 – OVG 4 KS 3/08 (ZUR 2015 Heft 5, 287, beck-online)

Bundesendlager. Daher ist es von großer Bedeutung, diese verfahrensrechtliche Frage zu klären.

Nach der bestehenden allgemeinrechtlichen Regelung (§ 99 VwGO), wird auf Antrag von einem anderen Spruchkörper darüber entschieden, ob die betreffenden Unterlagen (zumindest teilweise) vorzulegen oder eben weiter geheim zu halten sind. Sind sie weiter geheim zu halten kann weder das Gericht der Hauptsache, noch der Kläger die Unterlagen einsehen. Die dann nur mögliche Beweislastentscheidung wird dem Individualrechtsschutz nicht gerecht. Die Genehmigungsbehörde kann dann zwar dem staatlichen Geheimschutz nachkommen, steht aber mit dem beigeladenen Genehmigungsinhaber wie im genannten Beispiel des Standortzwischenlagers Brunsbüttel im Risiko des Prozessverlusts.[7] Eine Rechtsfolgeregelung für diesen Fall bestimmt die Vorschrift nicht. In der juristischen Literatur gibt es daher viele Stimmen, die die Regelung des § 99 VwGO genau aus vorgenannten Gründen als defizitär erachten.[8] Der damalige Bundesverfassungsrichter Gaier hat die Vorschrift bei multipolaren Konfliktlagen in einer abweichenden Auffassung zu einer Entscheidung im Bereich des Telekommunikationsrechts sogar als verfassungsrechtlich kritisch angesehen, weil sie nicht geeignet sei, einen angemessenen Ausgleich zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimhaltungsinteresse herzustellen.[9]

Im Ergebnis kann der atomrechtliche Funktionsvorbehalt in glücklichen Einzelfällen dazu führen, dass einzelne, unter Geheimschutz stehende Unterlagen ggf. nicht entscheidungserheblich sind. Eine solide und umfassende Lösung des geschilderten Problems stellt er nicht dar, weil ein behördlicher inhaltlicher Beurteilungsspielraum nicht die Unterlagenverfügbarkeit nach Geheimschutz im Gerichtsverfahren adressiert.

III. Lösungsansatz: In-Camera-Verfahren in der Hauptsache

Die Bundesregierung hat die Einführung eines In-Camera-Verfahrens in der Hauptsache als Lösung des geschilderten Problems in ihrem Koalitionsvertrag[10] vorgesehen aber bislang nicht umgesetzt. Dies erstaunt umso mehr, als der Bundesrat sich mit einem Mehrheitsbeschluss für die

[7] OVG Schleswig – 19.06.2013 – OVG 4 KS 3/08 (ZUR 2015 Heft 5, 287, beck-online)
[8] So bspw. ausführlich Franßen, Rechtsschutz und Beweislast in multipolaren Rechtsverhältnissen in: Burgi (Hrsg.), 15. Deutsches Atomrechtssymposium, 2019, S. 162; Posser in Hennenhöfer/Mann/Pelzer/Sellner, Atomgesetz /PÜ 1. Auflage 2021, Rn. 126
[9] Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 u. a. -, juris Rn. 112, 164
[10] Koalitionsvertrag des Bundes, Zeile 6647 ff.

Einführung eines solchen Verfahrens ausgesprochen hat. Dieser Beschluss zeigt eindrücklich das Bedürfnis in der Praxis der Atomaufsichtsbehörden der Länder.

Die Einführung eines In-Camera-Verfahrens in der Hauptsache würde aus rechtlicher Sicht die Stärkung des effektiven Rechtsschutzes bedeuten. So könnte auf Antrag zumindest das mit der Klage befasste Hauptsachegericht die Unterlagen uneingeschränkt einsehen und somit tatsächlich eine abschließende gerichtliche Bewertung vornehmen. Die o.g. Beteiligtenrechte (z.B. Akteneinsicht durch den Kläger) müssten dann zwar weiterhin eingeschränkt werden, damit der staatliche Geheimschutz gewahrt bleibt. Nichtsdestotrotz würden Unterlagen in das Verfahren Eingang finden, die bisher nicht vorgelegt werden können. Daher wäre über die mit der vollständigen Aktenlage verbesserte Entscheidungsgrundlage des Gerichts ein Plus an Rechten auch des Klägers gegenüber der Regelung nach aktuellem Recht zu sehen.

Um Rechtssicherheit für atomrechtliche Genehmigungen zu schaffen, sollte im Atomgesetz daher wie vom Bundesrat vorgeschlagen ein In-Camera-Verfahren im Hauptsacheverfahren vorgesehen werden. Der Gesetzesvorschlag des Bundesrates beinhaltet dabei ein In-Camera-Verfahren, wie es aktuell bereits in § 138 Telekommunikationsgesetz (TKG) normiert ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem o. g. Urteil vom 22. März 2012 in einer atomrechtlichen Sache ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es im Atomrecht derzeit eine Regelung wie § 138 TKG nicht gibt.[11] Das Gericht hat aber nicht erkennen lassen, dass es eine solche Regelung nicht geben oder diese rechtlich problematisch sein könnte.

Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche Regelung im Atomrecht bestehen indes nicht. Vielmehr hat sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einem Beschluss, jedenfalls im Rahmen von multipolaren Konfliktlagen, offen für eine solche Lösung gezeigt.[12] Eine solche multipolare Konfliktlage stellt auch die Klage eines Dritten gegen eine atomrechtliche Genehmigung dar. Das BVerfG geht in seinem Beschluss davon aus, dass der Gesetzgeber durchaus die Möglichkeit eröffnen kann, Geheimnisschutz und effektiven Rechtsschutz anders als durch das Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO zu lösen. Ein In-Camera-Verfahren in der Hauptsache könne den Geheimnisschutz vollständig sichern und würde gleichzeitig eine gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung anhand aller Unterlagen ermöglichen. In der

[11] BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 - 7 C 1.11 -, juris Rn. 44
[12] Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 u. a. -, juris Rn. 112

bereits erwähnten abweichenden Auffassung des Bundesverfassungsrichters Gaier nimmt er für multipolare Konfliktlagen sogar an, dass eine In-Camera-Verwertung seitens des Grundgesetzes geboten sei.

Die Bedenken der Bundesregierung hinsichtlich des Eingriffs in das Grundrecht des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz - GG), aber auch des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), die aus Sicht der Bundesregierung grundsätzlich verfassungsrechtlich problematisch erscheinen[13], werden nicht geteilt. Sie wurden im Bundesratsverfahren offenbar auch nicht von den Justizressorts der Länder geteilt. Sonst wäre kein Mehrheitsbeschluss der Länder zu Stande gekommen.

Zum einen ist nicht ersichtlich, warum eine verfahrensrechtliche Regelung, die im Telekommunikationsrecht verfassungsgemäß ist, im Atomrecht verfassungswidrig sein könnte. Auch die unionsrechtlichen Vorgaben im Telekommunikationsrecht ändern daran nichts, da die Vereinbarkeit einer Regelung mit dem Grundgesetz nicht daran hängt, ob es eine europarechtliche Vorgabe für die Regelung gibt oder nicht.

Zum anderen erfordert die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, dass entscheidungserhebliche Verwaltungsvorgänge dem Gericht zur Verfügung stehen.[14] Ein effektiver Rechtsschutz auf der Basis aller relevanten Fakten ist im Atomrecht nur erreichbar, wenn die notwendige Geheimhaltung – zum Schutz von Leben und Gesundheit vor nuklearen Gefahren – auch im Verwaltungsprozess möglich ist. Die damit verbundene Einschränkung des rechtlichen Gehörs ist nicht durch Art. 103 Abs. 1 GG ausgeschlossen. Das BVerfG hat deutlich gemacht, dass das rechtliche Gehör eingeschränkt werden kann, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt sei.[15] Im Atomrecht stellt der Individualrechtsschutz, der durch die Geheimhaltung erreicht wird, einen solchen sachlichen Grund dar.

Da der Gesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung eines solchen In-Camera-Verfahrens nach Auffassung des BVerfG[16] weitgehend frei ist, wäre es schade, wenn der Gesetzgeber diese Freiheit im Rahmen der 17. Atomgesetznovelle nicht nutzt und damit effektiven Rechtsschutz bei gleichzeitiger Wahrung des Schutzes von Leben und Gesundheit durch

[13] Antwort des Parl. Staatssekretärs Florian Pronold auf die Frage der Abgeordneten Sylvia Kotting-Uhl (BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN), Plenarprotokoll 19/223, S. 189
[14] BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 105
[15] a.a.O., Rn. 78
[16] a.a.O., Rn. 96

Geheimhaltung sensibler Daten vor Dritten, die nukleare Unfälle verursachen oder Kernbrennstoffe an sich bringen wollen, zu gewährleisten.

Zusammenfassendes Ergebnis:

- Die vorgesehenen Regelungen der 17. Atomgesetznovelle heben bewährte Grundlagen der Sicherung auf Gesetzesebene und bringen somit mehr Rechtssicherheit.

- Die Normierung des atomrechtlichen Funktionsvorbehaltes verstetigt den seit vielen Jahren in der Rechtsprechung angewandten Grundsatz. Das Dilemma zwischen Geheimschutz und effektivem Rechtsschutz vermag die vorgesehene gesetzliche Verankerung des Funktionsvorbehaltes nicht zu lösen.

- Einen geeigneten Lösungsansatz stellt die Einführung eines In-Camera-Verfahrens in der Hauptsache dar. Gegen eine solche Gesetzesänderung bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Vielmehr vermag die Regelung eines In-Camera-Verfahrens bestehende verfassungsrechtliche Bedenken zu lösen.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Linda Compagnini

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

Anlage 6

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

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 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 *
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

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 Kurzexpertise fügen 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 Zwischenlagergenehmigungen 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 Geheimschutzes 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 befinden 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 das 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 Zwischenlagergenehmigung 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 weiter 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 zulasten 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 willensgesteuerte 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 Schutzzielen 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

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.

Anlage

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

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Anlage 7

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 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

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
Rechtsanawalt Dr. Ulrich Wollenteit
Rechtsanwälte Günther – Partnerschaft
Mittelweg 150
20148 Hamburg

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 Kontrolldichte 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 wiwerden.

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 ersticken. 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 1959[1] enthielt die bis heute gültige Formulierung, dass im Rahmen von Genehmigungen der erforderliche Schutz vor Störmaßmahmen 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 hat[2], 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 Art[4] 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 Worte[7] 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, Österreichsche 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 Kontrolldichte 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-Schleswig[11] 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 10.04.2008[12] 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-Entscheidung[13] 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 Brunsbüttel[15], 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 March 2012 - 7 C 1/11-, BVerwGE 142, 159 ff

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

[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 Rechtschutzverweigerung 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 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

---

[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 Zwischenlagergenehmigung 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[28];

---

[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 weiter 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 sodann 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 ersichtlich[32]. 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 Arhus-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 Auslegungsstörfälle 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 dienen[37]. 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 hat[39], 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] Oberverwaltungsgericht 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

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.

Anlage 8

BECKER BÜTTNER HELD

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
Ausschussdrucksache
19(16)564-G(NEU)
öAnh. am 05.05.21
05.05.2021

Dr. Dörte Fouquet

04.05.2021

Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit hat beschlossen, am Mittwoch, 5. Mai 2021, 11 bis 13 Uhr

Öffentliche Anhörung zu folgender Vorlage:

Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes, (Siebzehntes AtG–ÄnderungsG), Drucksache 19/27659

Gutachterliche Stellungnahme

In dem zur Stellungnahme vorgelegten Entwurf eines Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (Drs. 19/27659) wird angestrebt, bei der Sicherung kerntechnischer Anlagen und Tätigkeiten den Tatbestand „Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter (SEWD)“ zu konkretisieren. Wesentliches Element der atomrechtlichen Genehmigungstatbestände ist dabei nach der Begründung zum Entwurf der Nachweis, dass der erforderliche Schutz gegen SEWD gewährleistet ist. Dem soll insbesondere die Neufassung des § 44 AtG Novelle dienen. [1]

[1] § 44
Funktionsvorbehalt
(1) Die zu unterstellenden Störmaßnahmen oder sonstigen Einwirkungen Dritter werden nach dem Stand der Erkenntnisse durch die zuständigen Behörden festgelegt (Lastannahmen). Grundlage für den Stand der Erkenntnisse nach Satz 1 sind die Erkenntnisse und die Bewertungen der Sicherheits-, Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder.
(2) Ausgehend von den Lastannahmen werden allgemeine sowie anlagentyp- und tätigkeitsspezifische Anforderungen und Maßnahmen für den erforderlichen Schutz der kerntechnischen Anlagen und Tätigkeiten in Richtlinien für den Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter (SEWD-Richtlinien) festgelegt.
Der erforderliche Umfang der Anforderungen und Maßnahmen nach Satz 1 wird unter Berücksichtigung des Gefahrenpotenzials der kerntechnischen Anlage oder Tätigkeit bestimmt. Bei der Festlegung von Anforderungen und Maßnahmen nach Satz 1 ist eine effektive Folgedosis von 100 Millisievert bis zum 70. Lebensjahr als Summe von Inhalation und sieben Tagen äußerer Bestrahlung als Richtwert zugrunde zu legen. Die Methode zur Berechnung dieser effektiven Folgedosis ist in einer Richtlinie nach Satz 1 festzulegen.
(3) Der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter nach § 4 Absatz 2 Nummer 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, ist gegeben, wenn der Schutz der kerntechnischen Anlage oder Tätigkeit nach der Bewertung der Genehmigungs- oder Aufsichtsbehörde durch die in der Genehmigung festgelegten Maßnahmen gegen die nach Absatz 1 zu unterstellenden Störmaßnahmen oder sonstigen Einwirkungen Dritter sichergestellt ist.“

Es geht der Bundesregierung bei dieser Novelle um den Bereich der Sicherung vor willkürlichen Angriffe und Störungen von außen auf Atomkraftwerke, und insgesamt damit verbundene Tätigkeiten.

Es besteht kein Zweifel, dass es im Bereich der Atomenergie und vor dem Hintergrund des enormen Gefahrenpotentials in der gesamten nuklearen Kette, von der Urananreicherung, dem Transport von Brennstoffen über den Betrieb eines Atomkraftwerkes über die Einlagerung in Zwischenlager, den Transport von Abfallstoffen nuklearer Art sowie im Bereich des Rückbaus und der Endlager von kerntechnischen Anlagen i.w.S. nicht nur zu menschlichem Versagen und technischen Fehlern kommen kann, aber leider auch zu beabsichtigten Störmaßnahmen oder sonstigen- auch terroristischen Einwirkungen- Dritter.

Bis dato beruht das etablierte SEWD Verfahren auf abgestimmten Maßnahmen des Betreibers und des Staates.

Eingeführte Verwaltungspraxis zum Sicherungsschutz

Nach Darstellung des BMU sind die Eckpunkte:

•Der Betreiber einer kerntechnische Anlage oder Einrichtung hat eine ausreichende Sicherung seiner Anlage nach dem Stand von Technik und Erkenntnislage der Sicherheitsbehörden zu gewährleisten und nachzuweisen.

•Das Sicherungskonzept des Betreibers umfasst bauliche und sonstige technische, personelle und administrativ-organisatorische Sicherungsmaßnahmen, wird regelmäßig analysiert und begutachtet.

•Sicherungsmaßnahmen des Betreibers sichern den Schutz nur für eine begrenzte Zeit, die sogenannte Verzugszeit, bis zum Eintreffen der Polizeikräfte.

•Ergänzende Schutzmaßnahmen der Polizei sind erforderlich, um im Ereignisfall Einwirkungen Dritter wirkungsvoll beenden zu können.

Die eingeführte Verwaltungspraxis im SEWD Bereich beruht auf Grundlage untergesetzlicher bestehender SEWD Richtlinien[2]. Die Verknüpfung der Verfahrensgrundsätze über die 17. AtG-Novelle mit einer gesetzlichen Bezugsnorm über § 44 Abs. 2 ist klar zu begrüßen, schafft sie doch die notwendige direkte gesetzliche Grundlage der Überprüfungen im Rahmen der regelmäßig überarbeiteten SEWD Richtlinien und ihrer Anwendung im Einzelfall.

---

4. Der bisherige Abschnitt 5 wird Abschnitt 6 und beginnt nach § 44b.
5. Der bisherige Abschnitt 6 wird Abschnitt 7.

[2] S. etwa Berechnungsgrundlage zur Ermittlung der Strahlenexposition infolge von Störmaßnahmen oder sonstigen Einwirkungen Dritter (SEWD) auf kerntechnische Anlagen und Einrichtungen (SEWD-Berechnungsgrundlage)
Richtlinie für den Schutz gegen Störmaßnahmen und sonstige Einwirkungen Dritter beim Umgang mit und bei der Beförderung von sonstigen radioaktiven Stoffen (SEWD-Richtlinie sonstige radioaktive Stoffe) , in: BMU, Verwaltungsvorschriften - Teilliste Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/Teilliste_Bundesministerium_f_r_Umwelt__Naturschutz_und_nukleare_Sicherheit.html#bsvwvbund_02032020_SII3131512

Die SEWD als Lastenannahme

Es ist weiter grundsätzlich zu begrüßen, dass nach § 44 Abs. 1 der Novelle, die Störmaßnahmen oder sonstigen Einwirkungen Dritter nach dem Stand der Erkenntnisse durch die zuständigen Behörden festgelegt werden müssen und damit ausdrücklich zu den Lastannahmen des Exekutivvorgangs zählen. Ein gelenkter Flugzeugabsturz etwa ist nun klar Teil der Lastannahmen, die von den Aufsichtsbehörden unter Hinzuziehung der Behörden, die für Maßnahmen im weiteren Bereich der inneren Sicherheit des Landes zuständig sind, zu bewerten und einzuordnen sind.

Funktionsvorbehalt

In der deutschen Rechtsprechung zum Atomrecht in Bezug auf SEWD wurde über jahrelange Rechtsprechung ein Funktionsvorbehalt zum Schutz des Inhalts und Umfangs von Sicherungsmaßnahmen durch den jeweiligen Genehmigungsinhaber der kerntechnischen Einrichtung und den Sicherheitsaufgaben der zuständigen Dienststellen entwickelt und einer lediglich eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung geöffnet.

Der Funktionsvorbehalt der Exekutive wird nun durch eine eigenständige atomrechtliche Formulierung für SEWD- Ereignisse im AtG geregelt. Der Gesetzentwurf schließt eine Lücke zwischen den durch Richterrecht etablierten Regeln zum Funktionsvorbehalt im Nuklearrecht .Es soll in Einklang gebracht werden, das dringende Bedürfnis, geheimhaltungsbedürftige Unterlagen, die der atomrechtlichen Genehmigungsbehörde zur Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen dienen, in ein verwaltungsgerichtliches Hauptsacheverfahren einführen zu können, aber gleichzeitig den Schutz von geheimen Unterlagen, Daten und Vorgängen aus Sicherheitsinteresse des Staates vor kriminellen oder terroristischen Interessen Dritter zu ermöglichen.

Damit steht der Gesetzentwurf etwa im Einklang den Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. 3. 2012 in der sog. Unterweser-Entscheidung. Das BVerwG hatte hier ausgeführt, dass das notwendige Schutzmaß bei einem terroristischen Flugzeugangriff „konservativ anhand derjenigen Tatmittel zu bestimmen sei, deren Einsatz durch potentielle Täter prognostisch als nahezu ausgeschlossen betrachtet werden kann“.[3] Die Klagebefugnis Dritter, die fürchten, dass etwa unzureichende Schutzmaßnahmen ergriffen wurden, ist und bleibt unbestritten[4], auch durch die vorgeschlagene Novellierung.

Das Schutzinteresse sensibler Informationen

In seiner Entscheidung BVerfGE 42,89 –sog Kalkar I Entscheidung hat das BVerfG ausgeführt, dass der Staat verpflichtet sei "alle Anstrengungen zu unternehmen, um mögliche Gefahren frühzeitig zu erkennen und ihnen mit den erforderlichen verfassungsmäßigen Mitteln zu begegnen.“

Dieses Schutzinteresse sensibler Informationen wurde auch vom BVerwG in mehreren Entscheidungen unterstrichen.

Es wird im über das Verwaltungsgerichtsverfahren eingeführten Bereich des Funktionsvorbehalts gesichert. Der Vorbehalt soll nun auch im AtG mit der vorliegenden Novelle geregelt. Die

[3] BVerwG vom 22.3.2012, ZUR 2012, 423
[4] BVerwG vom 10.4.2008 (Az. 7 C 39.07)

Begründung des Gesetzentwurfs führt aus, dass die gerichtlichen Entscheidungen Fragen zu Inhalt und Grenzen des Funktionsvorbehalts in SEWD Fällen aufwarfen. Da die zuständigen Genehmigungsbehörden aus rechtsverbindlichen und in der Natur der Sache liegenden Geheimschutzverpflichtungen in diesem Bereich die getroffenen Erwägungen und Maßnahmen in den gerichtlichen Verfahren nicht vollständig offenlegen könnten, tendierten die Gerichte dazu, trotz des anerkannten Funktionsvorbehalts der Exekutive, eigene fachliche Bewertungen an die Stelle der Bewertungen der Behörden und deren hinzugezogene Sachverständigen zu setzen. Dies erschwere eine Verteidigung zutreffender Genehmigungsentscheidungen vor Gericht.

Es soll über den Vorbehalt vermieden werden, dass Informationen nicht über das Gerichtsverfahren auf diesem Weg zur Kenntnis von potentiellen Tätern gelangen.[5] Eine entsprechende Regelung fehlt bisher im AtG. Der atomrechtliche Funktionsvorbehalt betrifft den Sachverhalt, dass im Atomrecht die Ausgestaltung des Schutzes gegen SEWD Aufgabe der zuständigen Fachbehörden ist und einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegt.

Mit der Normierung des Funktionsvorbehaltes in der vorgeschlagenen Weise im AtG soll dieser gestärkt werden und soll vermieden werden, dass Gerichte trotz Anerkennung des Vorbehalts gleichwohl eigene Bewertungen an die der zuständigen Fachbehörden setzen. Die Gerichte sollen weiter auch unter den Regeln zum Vorbehalt die Verwaltungsentscheidungen bei Klagen Dritter allein daraufhin bewerten, ob Anlass zu Willkür-Vermutungen oder dem Fehlen ausreichender Tatsachen als Grundlage anzunehmen ist.

Einschränkung der Rechtsweggarantie und des rechtlichen Gehörs

Der Funktionsvorbehalt schränkt die Prinzipien der Rechtsweggarantie nach Art. 19 IV S.1 GG ein und schmälert den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG.

Art. 19 IV S. 1 GG bestimmt: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen." Mit Artikel 19 Abs. IV gewährleistet das Grundgesetz der Bürgerin/ dem Bürger einen faktisch wirksamen und in angemessener Zeit erfolgenden Rechtsschutz der zuständigen richterlichen Gewalt gegen subjektive Rechtsverletzungen durch Träger öffentlicher Gewalt. Es folgt aus der allgemeinen, den Gewaltenteilungsgrundsatz etablierenden Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 GG und der expliziten Regelung des Art. 92 GG, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt. Vorbehalte der Geheimhaltung durch die Verwaltung in Gerichtsverfahren stellen immer eine Beschränkung des Gewaltenteilungsprinzips und des Rechtssprechungsmonopols der Gerichte dar. Es ist anzumerken, dass dem Funktionsvorbehalt für die Judikative[6] nach Art. 92 GG ein Funktionsvorbehalt der Verwaltung in rechtlichen SEWD Verfahren gegenübergestellt ist. Nach Art. 103 Abs. 1 GG hat vor Gericht jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

[5] BVerwG, Beschluss vom 28. Juni 2017 - 20 F 12.16, Rn 12

[6] S. Papier, Hans-Jürgen, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Adjudikation in Bausachen, (2011), S. 12

Die Beschränkung des Zugangs des privaten Klägers/der privaten Klägerin zu allen Informationen die Grundlage von SEWD Entscheidung der Behörden waren, stellt eine Beeinträchtigung der Rechtsweggarantie und des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

Abgesehen von der bereits über die gefestigte Rechtsprechung eingeführten Funktionsvorbehalte, regelt die vorschlagen Novelle direkt nicht die Frage der Klagebefugnisse von Bürgerinnen und Bürgern. Bei Rechtsbehelfen von Bürgerinnen und Bürgern gegen eine beschränkende Zulassungsentscheidung nach dem vorgeschlagenen § 44 AtG , für deren Erteilung der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter zu gewährleisten ist, bleibt nach dem jetzigen Gesetzesvorschlag für den Dritten nunmehr nach wie vor der Weg über die Regelung des § 99 der Verwaltungsgerichtsordnung und das dortige sogenannte in-camera Verfahren zur Beweislast.

Nach dem BVerwG Urteil vom 22.3.2012 darf ein Rechtsmittel nicht durch überzogene Anforderungen an die Substantiierung von Einwendungen des Klägers ineffektiv gemacht werden und faktisch leerlaufen. Gleichzeitig könnten sich die Tatsachengerichte nicht unter Verweis auf den exekutiven Funktionsvorbehalt auf eine Plausibilitätsprüfung beschränken, sie dürfen die Entscheidungserheblichkeit als geheimhaltungsbedürftig zurückgehaltener Unterlagen nicht pauschal ausschließen und so ein Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO verneinen.[7]

<u>In -camera Verfahren</u>

Es ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber mit seinem Gesetzentwurf bislang nicht den Vorschlag des Bundesrates für die Zulassung eines in-camera-Verfahrens im Hauptsacheverfahren neben dem Funktionsvorbehalt atomrechtlich in der Novelle aufgreift.

Das BVerfG hat zum Grundrechtsschutz unter Art. 19 Abs. 4 GG eine wichtige Unterscheidung entwickelt, die hier auch zu beachten sein sollte: „Wird der von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete effektive Rechtsschutz aber erst - wie in den Fällen der Geheimhaltungsbedürftigkeit von Tatsachen - durch eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs möglich, dann liegt in dem damit verbundenen Vorteil, dass jedenfalls das Gericht die vollständigen Akten kennt und aufgrund dieser Kenntnis zu dem Schluss kommen kann, dass die Geheimhaltungsinteressen nicht vorliegen oder nicht überwiegen, ein hinreichender sachlicher Grund im Sinn der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der dem Rechtsschutz des Einzelnen dient, kann diesem nicht entgegengehalten werden, wenn der begrenzte Verzicht darauf seinen Rechtsschutz ausnahmsweise verbessert. Nur unter dieser Voraussetzung, nicht dagegen zur Verminderung der Rechtsschutzposition des Betroffenen ist ein "in -camera"-Verfahren mit dem Grundgesetz vereinbar“.[8]

Die derzeitige Bundesregierung hatte eine solche Einführung in das Hauptsacheverfahren in den Koalitionsvertrag als Auftrag geschrieben. Es wird verwiesen auf die Rn 6641 ff. des Koalitionsvertrages:

[7] S. Ziehm, Cornelia, Urteilsanmerkung, Exekutiver Funktionsvorbehalt und gerichtliche Überprüfung atomrechtlicher Genehmigungen(ZUR 2012, 423)

[8], BVerfG BVR 385/90 vom 27.10.1999 , RN 93

„Atompolitik

...

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 Geheimschutzes eingeführt werden können.“

Die Bedenken der Bundesregierung

Es ist anzuerkennen, dass die Bundesregierung sich hier sehr wohl im Rahmen der 17. AtG Novelle zu dem in- camera Verfahren und seiner Einführung in das AtG verfassungsrechtliche Gedanken gemacht hat, die selbstverständlich ernst zu nehmen sind. Er sieht mit einer solchen Einführung wiederum ein Beschränkung der Rechte Dritter durch Eingriff in deren Grundrechte, vor allem des Art. 19 Abs. 4 GG und des Art. 103 Abs. 1 GG. Hintergrund hierfür scheint die Sorge zu sein, dass im in -camera Verfahrensabschnitt in der Hauptsache dem Gericht die schützenswerten Informationen von der Behörde erläutert werden, das Gericht den Schutzzweck akzeptiert und dann die Klägerin /der Kläger von dem Inhalt nichts erfährt, wohl aber die beklagte Verwaltung und das Gericht.

Diese Argumentation scheint aus diesseitiger Sicht aber nicht ausreichend stark zu sein, um das in – Camera-verfahren in der Hauptsache abzulehnen und nicht vielmehr es gerade umgekehrt zur Festigung der Grundrechtsposition unter den schwierigen SEWD Bedingungen wie im Koalitionsvertrag gefordert einzusetzen.

Auch scheint die Regierung sich einem Zirkelschluss auszusetzen, wenn sie wie folgt weiter ausführt: „Nach Auffassung der Bundesregierung kann das mit einem In-Camera-Verfahren im Hauptsacheverfahren verfolgte Ziel, die Rechtssicherheit im Bereich des Atomrechts zu erhöhen und eine abschließende gerichtliche Bewertung trotz eingeschränkter Aktenvorlage möglich zu machen, auf anderem Wege – durch Normierung des in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannten atomrechtlichen Funktionsvorbehalts der Exekutive – erreicht werden. Dadurch werden verfassungsrechtliche Bedenken vermieden.“[9]

Wenn man diese Argumentation weiterführt, wäre zu erwägen, die 17. AtG Novelle und insbesondere § 44 wieder zu streichen und weiter den Weg ohne gesetzlich geregelten Funktionsvorbehalt und allein über die höchstrichterliche Rechtsprechung zu verfolgen. Dies ist sicherlich nicht gewollt und nicht erstrebenswert.

Folgen für die Grundrechtsbeeinträchtigung

Wir haben ohne diese ergänzende Regelung eines in-camera-Verfahrens im Hauptsacheverfahren den folgenden Sachverhalt:

[9] S. schriftliche Antwort nach der Fragestunde des Deutschen Bundestages zu der mündlichen Frage von MdB Sylvia Kotting-Uhl Frage 28 (Arbeitsnummer 079):

Das AtG wird künftig den Funktionsvorbehalt normieren, was aus den o.g. Gründen sinnvoll ist, aber eben eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstellt. Dritte Kläger/Innen haben dann diesen Funktionsvorbehalt im Hauptverfahren zu akzeptieren und können allenfalls über § 99 VwGO im Beweislastverfahren versuchen, mehr Klarheit etwa zu Willkürverdachten zu erhalten. Dies betrifft dann aber unmittelbar eben nicht das Hauptverfahren. Man kann hier aus der Analyse der bisherigen Verfahren in diesem Bereich nicht unbedingt von effizienten und in kurzer Zeit erfolgender Rechtssicherheit sprechen. Der gerichtlich akzeptierte Funktionsvorbehalt der Rechtsprechung allein mit dem Beweislastmittelweg des § 99 VwGO stellt eine ähnliche grundrechtsbeeinträchtigende Hürde dar.

Andererseits würde durch Einführung des in- camera Verfahrens im Hauptsacheverfahren eine Konzentration und bestmögliche effiziente Behandlung der Sicherheitsrelevanten Informationen durch das Gericht erreicht. Dies scheint aus Sicht des Eingriffs in die Grundrechte und der Prozesseffizienz in SEWD Verfahren ein weitaus milderer Schritt und eine Verbesserung gegenüber der Situation ohne in-camera Verfahren im Hauptverfahren, sondern lediglich über § 99 VwGO zu sein.

Der Bundesrat hat überzeugend insbesondere auf die Schwächen auch des § 99 Abs. 2 VwGO hingewiesen: „Denn dessen Absatz 2 sieht als mögliche Entscheidungen nur vor, entweder wegen eines erforderlichen Geheimnisschutzes die betreffenden Informationen dem gerichtlichen Hauptsacheverfahren vorzuenthalten oder aber - wenn die Voraussetzungen für einen Geheimnisschutz nach der Entscheidung des Sonderspruchkörpers nicht vorliegen - eine Verwertung durch das Hauptsachegericht zuzulassen, was allerdings auch dem Prozessgegner Zugriff auf die entsprechenden Informationen gewährt. Dabei geht die Nichterweislichkeit von entscheidungserheblichen Tatsachen, in die aufgrund eines berechtigten und gerichtlich festgestellten Geheimhaltungsbedürfnisses keine Einsichtnahme des Hauptsachegerichts möglich ist, regelmäßig zu Lasten der Genehmigungsbehörde. In der Konsequenz befindet sich die Behörde in einem auf der Grundlage des bisher geltenden Rechts nicht auflösbaren Dilemma: Sie hat die Erfüllung von Genehmigungsvoraussetzungen vor Gericht nachzuweisen, ist hieran jedoch in wesentlichen Teilen aus Geheim-schutzgründen gehindert. Dabei stehen die Gründe des Geheimschutzes nicht zur Disposition der Behörde.“[10]

Vor diesem Hintergrund wird angeregt, den Vorschlag des Bundesrates zur Einfügung eines § 44a zuzustimmen.

Dr. Dörte Fouquet

[10] Bundesrat Drucksache 63/1/21 22.02.21