



Stilllegung und Entsorgung Kernenergie

Rechtsgutachten zur finanziellen Vorsorge für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung in der Kernenergiewirtschaft

vorgelegt von

**Dr. Benedikt Wolfers, M.A.
Dr. Herbert Posser
Dr. Tobias Larisch**

unter Mitwirkung von

**Dr. Thomas Volland, LL.M.
Katja Niehnus
Dr. Philip Denninger, LL.M.**

11. November 2015

Inhaltsverzeichnis

A.	EXECUTIVE SUMMARY	8
I.	Gesamtergebnis	8
II.	Sachverhalt: bbh-Darstellung unvollständig und unzutreffend.....	8
	1. Keine Alleinverantwortung der Betreiber für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung, sondern Verantwortungsteilung zwischen Betreibern und Staat.....	8
	2. Geltende Gesetzeslage zur finanziellen Vorsorge für Stilllegung und Entsorgung ist nicht defizitär.....	10
	3. Die von den EVU gebildeten Rückstellungen sind ausreichend	11
III.	Gesetzgebungsvorschläge: bbh-Vorschläge für eine einseitige und zwangsweise Neugestaltung des Vorsorge- und Haftungssystems sind verfassungs- und europarechtswidrig	13
	1. Gesetzliche Verpflichtung zur Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen Fonds nach Vorbild des § 66 VAG	13
	2. Gesetzliche Verpflichtung zur Auslagerung von Vermögensgegenständen in einen externen Fonds	14
	3. Gesetzliche Verpflichtung zur Fondsbildung (intern oder extern) kombiniert mit einem solidarischen Garantiesystem	15
	4. Gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Stilllegungs- und Entsorgungskosten	16
	5. Kumulation von Maßnahmen	16
	6. Konsensuale Lösung	16
B.	SACHVERHALT.....	17
I.	Verantwortungsteilung: staatliche Entsorgungsverantwortung sowie betreiberbezogene Handlungs-, Finanzierungs- und Vorsorgepflichten.....	18
	1. Vom politischen Druck zum Kernenergieeinstieg 1960 bis zum Kernenergieausstieg 2011: Staatliche Übernahme und Überwälzung von Verantwortung	18
	2. Staatliche Verantwortung im Entsorgungsbereich.....	20
	a) Verantwortung des Staates für Endlagerung gesetzlich verankert.....	20
	b) Staat ist Verantwortung für Endlagerung bislang nicht gerecht geworden21	
	c) Nunmehr Überwälzung der Entsorgungsverantwortung auf Betreiber...21	
	3. Stilllegung und Entsorgung: Handlungs-, Finanzierungs- und Vorsorgepflichten der Betreiber und Genehmigungsinhaber nach HGB und AtG	22
	a) Handlungspflichten	22
	b) Zahlungspflichten.....	24
	aa) Kostenpflicht bei Benutzung eines Endlagers, § 21a AtG	24

bb)	Beiträge zur Finanzierung von Planung, Sicherung und Errichtung von Endlagern, § 21b AtG	24
cc)	Umlage gemäß StandAG	24
c)	Pflicht zur finanziellen Vorsorge für zukünftige Zahlungspflichten	25
aa)	Fachrechtliche Vorgaben zur finanziellen Vorsorge (§ 7 c Abs. 2 Nr. 2 AtG).....	25
bb)	Bilanzrechtliches Vorsichtsprinzip und Rückstellungssystem	27
(1)	HGB	27
(2)	IFRS	28
d)	Keine weitergehenden Vorgaben des Europarechts.....	30
4.	Standortauswahlgesetz 2013: Konzeptwechsel für die Endlagerung	30
a)	Planfeststellung	31
b)	Vorausleistung	31
c)	Gorleben eignungs-höf-fig	31
d)	Neue Standortsuche.....	32
II.	Finanzielle Vorsorge in der Praxis: Bildung und Bereithalten dauerhaft angemessener finanzieller Mittel zur Erfüllung der Stilllegungs- und Entsorgungspflichten	33
1.	Umfang der finanziellen Vorsorge: Erfahrungswerte ermöglichen verlässliche Kostenprognose für Stilllegung	33
2.	Bildung und Bereithalten dauerhaft angemessener finanzieller Vorsorgemittel durch Betreiber und Genehmigungsinhaber.....	33
a)	Bilanzvorgaben	33
b)	Cash-Management-Systeme	34
c)	Liquidität	35
d)	Konservative Anlagenstrategie	35
III.	Aktuelle politische Diskussion über finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich: Das bbh-Gutachten vom 10. Dezember 2014	35
IV.	Gesetzgebungsinitiative der Bundesregierung zur Begründung einer neuen Stilllegungs- und Entsorgungshaftung der Muttergesellschaften: Gesetzentwurf vom 9. Oktober 2015	40
1.	Neue Haftung	40
2.	Abweichungen vom bisherigen Rechtssystem	41
3.	Strukturelle Veränderungen unmaßgeblich	41
4.	Unbegrenzte sachliche Haftung	42
5.	Keine zeitliche Begrenzung	42
6.	Schlichte Nichterfüllung genügt	42
V.	Ausreichende Rückstellungshöhe durch das Wirtschaftsprüfergutachten von Warth&Klein bestätigt und von Bundesregierung anerkannt	43
VI.	Fragestellung.....	45

C. „RISIKEN RECHTLICHER UND FAKTISCHER ART“? – ZUM STATUS QUO DER VORSORGE FÜR STILLLEGUNG UND ENTSORGUNG	45
I. Worst-case-Betrachtung als Argumentationsgrundlage für gesetzgeberisches Tätigwerden ungeeignet	45
II. Verursacherprinzip ist keine Grundlage für Alleinverantwortung der Kraftwerksbetreiber.....	47
1. Nur begrenzte Reichweite des Verursacherprinzips im Völkerrecht; keine verbindlichen Vorgaben für Verteilung der Stilllegungs- und Entsorgungslasten	47
2. Verursacherprinzip im EU-Recht nur nach Maßgabe näherer Ausgestaltung	49
a) Verursacherprinzip ist keine unmittelbare Vorgabe	49
b) EU-Sekundärrecht fordert keine alleinige Kostentragung der Betreiber oder Genehmigungsinhaber	51
3. Verursacherprinzip im Atomrecht: Verantwortung des Staates für Endlagerung	52
a) Grundlagen und Reichweite	52
b) Ausgestaltung.....	53
aa) Verursacherprinzip ist kein konkreter Rechtssatz.....	53
bb) Verursachereigenschaft im Einzelfall zu klären	53
cc) Vorliegend trifft Verursachereigenschaft nicht nur Betreiber, sondern auch Staat	54
4. Zwischenergebnis	55
III. Kostenprognose: Die von den Betreibern zu tragenden Kosten der Stilllegung und Entsorgung können ermittelt werden.....	55
1. Stilllegungs- und Rückbaukosten können beziffert werden.....	55
2. Verantwortungsteilung: Entsorgungskosten sind nicht allein von EVU zu tragen	56
a) Umfang der radioaktiven Abfälle wurde durch die Bundesregierung ermittelt und veröffentlicht	56
b) Neue Unsicherheit über Endlagerkosten ist staatlich verursacht	56
c) Alleinige Kostentragungspflicht der Betreiber nach StandAG ist rechtswidrig	57
aa) Umlagepflicht des StandAG verstößt gegen Finanzverfassungsrecht	57
bb) Hilfsweise: Materielle Voraussetzungen für Beitragspflicht nicht erfüllt	57
cc) Insbesondere Rechtswidrigkeit der Vorausleistungen	58
dd) Zwischenergebnis.....	58
3. Keine Ermächtigungsgrundlage für Kostenerhebung nach Verschluss der Endlager.....	59

IV. Betreiber haben nach geltendem Recht erforderliche und ausreichende Finanzierungsvorsorge getroffen	59
1. Strikte Kontrolle einer angemessenen Rückstellungsbildung	60
2. Einhaltung anerkannter Standards der Konzernfinanzierung ist keine „Verschiebung“ von zurückgestellten Finanzmitteln	61
a) Keine bilanzielle Beeinträchtigung der Aktiva der Betreibergesellschaften.....	61
b) Ökonomisch anerkanntes und gesetzgeberisch erwünschtes System der Konzernfinanzierung	62
c) Unternehmerische Pflichten zwingen zu sorgfältiger und dauerhafter Risikovorsorge	63
aa) Mechanismen der Liquiditätssicherung.....	63
bb) Geschäftsleiterpflichten fordern konservative Anlagepolitik.....	64
V. Fazit	65
D. „GESETZLICHER REFORMBEDARF“? – ZU DEN VORSCHLÄGEN FÜR EINE EINSEITIGE UND ZWANGSWEISE NEUGESTALTUNG DES VORSORGE- UND HAFTUNGSSYSTEMS	65
I. Gesetzliche Verpflichtung zur Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen Fonds nach Vorbild des § 66 VAG	68
1. Beschreibung des Modellvorschlages	68
2. Fehlende Übertragbarkeit eines versicherungswirtschaftlichen Modells.....	69
3. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?	71
a) Eingriff in den Schutzbereich	71
b) Rechtfertigung.....	73
aa) Legitimer Zweck	74
bb) Geeignetheit	74
cc) Erforderlichkeit	75
dd) Verhältnismäßigkeit i.e.S.	78
4. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG?	80
a) Schutzbereich.....	80
b) Eingriffe.....	81
c) Rechtfertigung.....	82
5. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG?	82
a) Eingriff in den Schutzbereich	82
b) Rechtfertigung.....	84
6. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG?	84
a) (Un-)Gleichbehandlung.....	84
b) Rechtfertigung.....	85
aa) Ungleichbehandlung der Kernenergiebetreiber mit sonstigen Gewerbetreibenden	87
bb) Gleichbehandlung mit Versicherungsbranche	89
cc) Vergleich mit volkswirtschaftlich bedeutsameren Rückstellungen.....	90
dd) Widersprüchlichkeiten in der Argumentation von bbh.....	90

7.	Vereinbarkeit mit Rückwirkungsverbot?	91
a)	Differenzierung zwischen echter Rückwirkung/Rückbewirkung von Rechtsfolgen und unechter Rückwirkung/tatbestandlicher Rückanknüpfung	91
b)	Fondslösung als ungerechtfertigte echte Rückwirkung.....	92
aa)	Gründe für echte Rückwirkung.....	92
bb)	Keine Rechtfertigung	93
c)	Hilfsweise: Auch „bloße“ unechte Rückwirkung ist unzulässig	94
d)	Ergebnis	96
8.	Vereinbarkeit mit Europarecht?.....	96
9.	Fazit.....	97
II.	Gesetzliche Verpflichtung zur Auslagerung von Vermögensgegenständen in einen externen Fonds	97
1.	Beschreibung des Modellvorschlages	97
2.	Vereinbarkeit mit dem Finanzverfassungsrecht?.....	98
a)	Zwangsweise Zahlungen an externen Fonds sind Sonderabgaben	99
b)	Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit von Sonderabgaben	100
c)	Zahlungspflichten an externen Fonds entsprechen diesen Vorgaben nicht.....	101
aa)	Keine Gruppennützigkeit.....	101
bb)	Kein hinreichender Sachzweck.....	102
3.	Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?	104
a)	Eingriff in den Schutzbereich	104
b)	Rechtfertigung.....	106
aa)	Legitimer Zweck/Geeignetheit	106
bb)	Erforderlichkeit	107
cc)	Verhältnismäßigkeit i.e.S.	108
4.	Vereinbarkeit mit den weiteren Rechtspositionen der EVU	109
5.	Fazit.....	109
III.	Gesetzliche Verpflichtung zur Fondsbildung (intern oder extern) kombiniert mit einem solidarischen Garantiesystem	110
1.	Beschreibung des Modellvorschlages	110
2.	Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?	111
a)	Eingriff in den Schutzbereich	111
b)	Rechtfertigung.....	111
aa)	Legitimer Zweck	111
bb)	Geeignetheit	111
(1)	Keine Vergleichbarkeit mit Solidarvereinbarung	112
(2)	Keine Vergleichbarkeit mit Versicherungslösungen	114
cc)	Erforderlichkeit	114
dd)	Verhältnismäßigkeit i.e.S.	114
3.	Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG?	116
a)	Eingriff in den Schutzbereich	116
b)	Rechtfertigung.....	117



4.	Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG?	117
a)	Eingriff in den Schutzbereich	117
b)	Rechtfertigung	118
5.	Vereinbarkeit mit weiteren Rechtspositionen der EVU	118
6.	Fazit	118
IV.	Gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Stilllegungs- und Entsorgungskosten	118
1.	Beschreibung des Modellvorschlages	118
2.	Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?	119
a)	Eingriff in den Schutzbereich	120
b)	Rechtfertigung	121
aa)	Zweck des Gesetzes	121
bb)	Keine Erforderlichkeit einer inhaltlich und zeitlich unbegrenzten Nachhaftung der Konzernmütter	122
cc)	Unverhältnismäßigkeit i.e.S.	124
3.	Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG?	127
a)	Schutzbereich	128
b)	Eingriff	129
c)	Rechtfertigung	130
4.	Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG?	130
5.	Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG?	131
6.	Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG?	132
a)	Ungleichbehandlung	132
b)	Rechtfertigung	132
7.	Vereinbarkeit mit Rückwirkungsverbot?	133
a)	Tatbestandliche Rückanknüpfung/unechte Rückwirkung	133
b)	Rückbewirkung von Rechtsfolgen/echte Rückwirkung	134
8.	Vereinbarkeit mit Europarecht?	135
a)	Niederlassungsfreiheit	135
aa)	Beeinträchtigung des Anwendungsbereichs	135
bb)	Rechtfertigung	136
b)	Kapitalverkehrsfreiheit	137
9.	Fazit	137
V.	Kumulation mehrerer Maßnahmen	137
1.	Grundrechtsdogmatischer Hintergrund	138
2.	Anwendung auf die Modellvorschläge und deren Kombination	140
E.	KONSSENSUALE LÖSUNGEN ALS VERFASSUNGSKONFORME OPTION ZUR SICHERUNG VON STILLLEGUNG UND ENTSORGUNG	140
	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	143



A. EXECUTIVE SUMMARY

I. GESAMTERGEBNIS

In dem im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums erstellten Gutachten der Kanzlei Becker Büttner Held (bbh) vom 10. Dezember 2014 wird behauptet, es bestünden für die finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich gegenwärtig Risiken rechtlicher und faktischer Art, die den Gesetzgeber dazu berechtigten, einseitig und zwangsweise das geltende Vorsorge- und Haftungssystem für Stilllegung und Entsorgung zum Teil erheblich zu erweitern. Vorgeschlagen werden eine zwangsweise Bildung von internen oder externen Fonds, eine Solidarhaftung sowie eine neue Haftung der Konzernmütter.

Schon die Analyse des Status Quo ist falsch. Die Darstellung des Sachverhaltes durch bbh ist unvollständig, unzutreffend und mittlerweile – nach Vorlage des von der Bundesregierung beauftragten Wirtschaftsprüfergutachtens von *Warth & Klein* vom 9. Oktober 2015 – veraltet und überholt. Bereits deshalb können die Gesetzgebungsvorschläge, die bbh aus der unzutreffenden Analyse des Status Quo entwickelt, nicht überzeugen. Die als „Reformoptionen“ vorgestellten Vorschläge sind außerdem verfassungs- und europarechtswidrig. Sie würden in sachlich nicht gerechtfertigter und unverhältnismäßiger Weise in grundrechtliche Gewährleistungsgarantien und europäische Grundfreiheiten der Betroffenen sowie in die Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung eingreifen. Die von bbh vorgeschlagenen Zwangsoptionen sind von Rechts wegen zum Scheitern verurteilt. Konsensuale Lösungen sind indes denkbar.

Im Einzelnen:

II. SACHVERHALT: BBH-DARSTELLUNG UNVOLLSTÄNDIG UND UNZUTREFFEND

Die Darstellung des Sachverhaltes im bbh-Gutachten ist unvollständig, unzutreffend und überholt. Die Gutachter malen in Teil 1 ihres Gutachtens das düstere Bild einer angeblich unzureichenden Rechtslage und nicht ausreichender Vorsorgeleistungen. Dies erfolgt, um auf der Grundlage dieser Analyse in Teil 2 des Gutachtens eine einseitige und zwangsweise Neugestaltung und Erweiterung des Vorsorge- und Haftungssystems zu rechtfertigen. Schon die Analyse des Status Quo ist aber unzutreffend – und zwar in zahlreichen, für das Rechtfertigungsgerüst von bbh zentralen Punkten:

1. Keine Alleinverantwortung der Betreiber für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung, sondern Verantwortungsteilung zwischen Betreibern und Staat

Bbh macht es sich leicht: In einem erstaunlich groben und kurzen Abschnitt (S. 12 bbh-Gutachten) wird die These aufgestellt, dass aufgrund des „Verursacherprinzips im Atomrecht“ nach gegenwärtiger Rechtslage für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung und sämtliche hiermit im Zusammenhang stehenden Kosten allein die Kernkraftwerksbetreiber verantwortlich seien. Das trifft nicht zu. Sowohl die historische

Entwicklung als auch die geltende Rechtslage zeigen, dass die Verantwortung für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung in der Kernenergiewirtschaft zwischen Betreibern und Staat aufgeteilt ist.

- a) Der Aufbau einer Kernenergieindustrie in Deutschland und die Investitionen in die nukleare Technologie erfolgten **historisch** nicht aufgrund eines Wunsches der Wirtschaft, sondern aufgrund **erheblichen politischen Drucks**. Die Energieversorgungsunternehmen (EVU) – damals zum überwiegenden Teil in staatlicher Hand – wurden massiv und trotz großer Bedenken zum Einstieg in die Kernenergiewirtschaft gedrängt. Die EVU waren zu einem solchen Einstieg nur bereit, weil der Staat Unterstützung leistete, wie sie insbesondere in der Förderpflicht des § 1 Nr. 1 AtG a.F. zum Ausdruck kam, und **in erheblichem Umfang selbst Verantwortung** übernahm. Zwar hat sich die politische Einstellung zur Kernenergie in der Zwischenzeit mehrfach gewandelt. An den rechtlichen Grundsätzen für Stilllegung und Entsorgung, insbesondere den wechselseitigen Verantwortungssträngen, hat der Gesetzgeber aber festgehalten, unabhängig von der Ausstiegss Diskussion. Dieser historische Hintergrund ist wichtig, sowohl für die geltende Rechtslage als auch für die verfassungsrechtliche Wertung. Er darf nicht überspielt werden.
- b) Zentrales Strukturelement des Atomgesetzes ist danach eine **Verantwortungsteilung** zwischen **Staat** und **Privatwirtschaft**: Während Stilllegung und Rückbau der kerntechnischen Anlagen den Betreibern obliegt, ist die Entsorgung radioaktiver Abfälle alleinige Aufgabe des Staates (§ 9a Abs. 3 AtG). Er hat entsprechende Anlagen bereitzustellen und zu betreiben – eine Verantwortung, der er bislang nicht gerecht geworden ist. Die Betreiber kerntechnischer Anlagen haben Finanzierungsbeiträge für die Entsorgung insoweit zu leisten, als diese sicherheitstechnisch notwendig sind und einem angemessenen Vorteil entsprechen; sie haben demgegenüber nicht jedweden politischen Konzeptwechsel zu bezahlen. Diese Aufgaben- und Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privatwirtschaft – gleichsam eine Art *Kondominium* – verkennt das bbh-Gutachten grundlegend. Alle Reformvorschläge laufen darauf hinaus, den vollständigen Rückzug des Staates aus seiner Verantwortung vorzubereiten und sämtliche, auch sicherheitstechnisch nicht notwendigen Kosten im Entsorgungsbereich auf die Kernenergiewirtschaft überzuwälzen.
- c) Hinzu kommt: Es ist der Staat, der die **Rahmenbedingungen für Stilllegung und Entsorgung** setzt; seine Aufgabe ist es, dabei für Rechts- und Planungssicherheit innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung zu sorgen. Das ist ihm bislang nicht gelungen: Durch seine **mehrfachen konzeptionellen Richtungsänderungen** und massiven Einschränkungen der unternehmerischen Betätigungsfreiheiten im Kernenergiebereich – genannt seien nur: Ausstieg 2002, Gorleben-Moratorium, Verbot der Wiederaufarbeitung im Ausland, Sorgspflicht für die Rückführung von Wiederaufarbeitungsabfällen, Gebot der direkten Endlagerung, Pflicht zur Einrichtung von standortnahen Zwischenlagern, verschärfter Ausstieg 2011, Kernbrennstoffsteuer und das vollständige Umsteuern in der Endlagerfrage durch das Standortauswahlgesetz mit seiner Kostenexplosion – hat der Staat maßgeblich selbst zur konstatierten Unsicherheit, gerade im Entsorgungsbereich, beigetragen. Die Endlagerung und ihre Kosten

sind dabei nicht aufgrund sachmaterieller Schwierigkeiten, sondern wegen eben jener staatlichen Interventionen und Kehrtwenden mit großen Unsicherheiten belastet.

Den Staat trifft mithin eine **Ingerenzverantwortung**, der er sich nicht durch eine zwangsweise Überwälzung der entscheidend von ihm selbst geschaffenen und zu verantwortenden finanziellen Risiken entledigen darf. Wenn „Eltern für ihre Kinder haften“, darf auch „*Vater Staat*“ nicht aus seiner Verantwortung entlassen werden. Ganz im Gegensatz zur veröffentlichten Meinung, wonach im Kernenergiebereich „Gewinne privatisiert, Verluste sozialisiert“ würden, sollen die Vorschläge des bbb-Gutachtens legitimieren, **die finanziellen Folgen staatlich verursachter Risiken zu privatisieren**.

- d) Das von bbb **verzernte Bild muss vom Kopf auf die Füße gestellt** werden: Nicht der Staat muss gegenüber den EVU einem einseitig zu deren Lasten missverstandenen Verursacherprinzip zum Durchbruch verhelfen. Vielmehr müssen umgekehrt die EVU den Staat an seine historische und rechtliche Mitverantwortung erinnern und sich gegen die schrittweise Überwälzung staatlicher Aufgaben und Risiken wehren.

Mit Umsetzung der bbb-Vorschläge würde der Staat zudem genau diejenigen Risiken heraufbeschwören, deren Lösung zu sein das bbb-Gutachten vorgibt. Bei Lichte betrachtet handelt es sich um eine moderne „*Haltet-den-Dieb*“-Variante: Unter Negieren seiner eigenen Verantwortung schafft und behauptet der Staat größtmögliche Unsicherheit, um dadurch den **Zugriff auf unternehmerische Vermögenswerte in Milliardenhöhe** legitimieren zu können. Diese einseitige und unverhältnismäßige Verantwortungsüberwälzung würde indessen von Verfassungs wegen scheitern.

- e) Ohnehin lassen sich unmittelbar aus dem abstrakten Verursacherprinzip keinerlei Verhaltenspflichten ableiten. Vielmehr bedarf es stets der **Konkretisierung im einfachen Recht**, bei der entscheidungsleitend die Grundrechte der Betroffenen zu beachten sind. Hierbei verkennen die Handlungs- und Gesetzgebungsvorschläge von bbb den gerade auch rechtlich relevanten **zentralen Verursachungsbeitrag des Staates**. Es sind dessen allein politisch motivierten, aber nicht sicherheitstechnisch zu rechtfertigenden Kehrtwendungen, welche die Kosten der Endlagerung treiben und Unsicherheit säen. Wenn einer verursachergerechten Zuordnung von Verantwortung und Kostentragung das Wort geredet wird, muss die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privatwirtschaft berücksichtigt werden. Dies verkennen die bbb-Gutachter bereits im Ausgangspunkt, indem sie pauschal und abseits der Rechtslage eine Alleinverantwortung der Betreiber für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung behaupten.

2. **Geltende Gesetzeslage zur finanziellen Vorsorge für Stilllegung und Entsorgung ist nicht defizitär**

Bbh behauptet, das geltende Recht enthalte keine ausreichenden Regelungen zur Finanzierungsvorsorge für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung. Die derzeitige Gesetzeslage für die Bildung und das Bereithalten der dafür erforderlichen finanziellen Mittel sei defizitär.

Dies trifft nicht zu. Das von bbh gezeichnete Zerrbild ist falsch. Sowohl das Atom- wie das Bilanzrecht sehen für die Stilllegung von Kernkraftwerken und die Entsorgung von radioaktiven Abfällen umfangreiche Pflichten der Genehmigungsinhaber und Betreiber von Kernkraftwerken vor, ihrer Verantwortung gerecht zu werden. Dazu gehört gerade auch die Pflicht, finanzielle Vorsorge für zukünftige Zahlungspflichten zu treffen:

- a) So ist ein Genehmigungsinhaber bereits atomrechtlich ausdrücklich verpflichtet, **dauerhaft angemessene finanzielle Mittel zur Erfüllung seiner Stilllegungspflichten „vorzusehen und bereitzuhalten“**. Dies ist eine sehr konkrete, fachrechtliche und überprüfbare finanzielle Vorsorgepflicht (§ 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG), die sich auf die gesamten Stilllegungskosten erstreckt (und im bbh-Gutachten übergangen wird). Außerdem gibt es klare, gleichlautende handels- und steuerrechtliche Vorgaben.
- b) Auch die **praktische Anwendung** dieser Vorsorgebestimmungen **unterliegt keinen nennenswerten Prognoseunsicherheiten**. Vielmehr ermöglichen die bereits vorliegenden Erfahrungswerte mit Stilllegung und Rückbau von Kernkraftwerken genaue Kostenprognosen; beides wird bereits seit vielen Jahren betrieben.

Und auch für die Endlagerung ist darauf hinzuweisen: Die Bundesregierung hat den Umfang der noch anfallenden radioaktiven Abfälle selbst ermittelt und veröffentlicht. Insoweit gibt es ebenfalls keine Unsicherheiten. Die verbleibenden Unwägbarkeiten in diesem Bereich sind politisch induziert und folgen nicht aus sachmateriellen Schwierigkeiten.

3. Die von den EVU gebildeten Rückstellungen sind ausreichend

Auch die Zweifel der bbh-Gutachter, die von den EVU tatsächlich getroffene finanzielle Vorsorge reiche nicht aus, sind unberechtigt. Sie waren schon zum Zeitpunkt der Erstellung des bbh-Gutachtens im Dezember 2014 unberechtigt, da die Betreibergesellschaften unter Beachtung der spezifisch dazu geltenden Rechtslage ausreichende Rückstellungen für Stilllegungs-, Rückbau- und Entsorgungskosten gebildet hatten. Mittlerweile ist das bbh-Gutachten überholt und veraltet. Denn die Bundesregierung selbst hat nunmehr, auf der Grundlage des Gutachtens der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Warth & Klein vom 9. Oktober 2015, ausdrücklich bestätigt, dass die Betreibergesellschaften bei der Rückstellungsbildung die Kosten vollständig abgebildet und sich an die einschlägigen Regeln gehalten haben:

- a) Alle Betreibergesellschaften haben **Rückstellungen für Stilllegungs-, Rückbau- und Entsorgungskosten** gebildet. Diese Rückstellungen unterliegen einer **strikten Kontrolle**, und die finanziellen Mittel zur Erfüllung der Rückstellungsverpflichtungen stehen zu dem Zeitpunkt, in dem sie benötigt werden, in ausreichender Höhe zur Verfügung; die Rückstellungen werden jährlich neu bewertet, diese Bewertung wird von den Wirtschaftsprüfern im Rahmen der Jahresabschlüsse überprüft und testiert.

- b) Die Rückstellungsbildung **führt nicht zu einer bilanziellen Beeinträchtigung der Aktiva** der Betreibergesellschaften oder dem von bbh behaupteten „Verschieben“ von Mitteln in die Konzernobergesellschaft, wodurch deren Verfügbarkeit angeblich gefährdet würde. Diese Behauptung geht an der bilanzrechtlichen und wirtschaftlichen Realität völlig vorbei: Durch Rückstellungsbildung entsteht Liquidität. Diese Liquidität ist in Industrieunternehmen zwingend für die Innenfinanzierung von Investitionen erforderlich und deshalb ausdrücklich vom Bundesgesetzgeber anerkannt und gewollt. Die Liquidität soll nämlich in Cash-Pooling-Systemen so verwendet werden, dass sie zum einen die erforderliche Finanzierung von Investitionen innerhalb des Konzerns ermöglicht, zum anderen die Mittel zu dem Zeitpunkt verfügbar sind, in dem sie für Stilllegung, Rückbau oder Entsorgung gebraucht werden. Dabei gelten strenge Anlagerichtlinien. Das von bbh behauptete Risiko eines intransparenten und die Verfügbarkeit gefährdenden „Verschiebens“ der Mittel bestand von Anfang nicht und existiert auch heute nicht.
- c) Der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebene „**Stresstest**“ hat beides bestätigt: sowohl die ausreichende Rückstellungsbildung als auch die Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Bundeswirtschaftsminister Gabriel hierzu: *„Der Stresstest zeigt: Die betroffenen Unternehmen haben bei der Rückstellungsbildung die Kosten vollständig abgebildet. Sie haben sich dabei an die einschlägigen Regeln gehalten“* (Presseerklärung BMWi v. 10.10.2015).
- d) Über die Rückstellungen hinaus haben die Betreiber kerntechnischer Anlagen bereits für die Suche und Auswahl eines Endlagers **Vorausleistungen i.H.v. 3,0 Mrd. Euro** bezahlt. Hiermit wurden Suche und Auswahl zweier Endlagerstätten finanziert, nämlich von Schacht Konrad und Gorleben. Obwohl somit zwei Lagermöglichkeiten in Rede stehen, hat der Gesetzgeber ein neues Standortauswahlverfahren eingeführt, das zu signifikanten Kostenexplosionen führt, die nicht mit Sicherheitsaspekten begründet und deshalb auch nicht auf die Unternehmen abgewälzt werden können.
- e) Ungeachtet dieser bereits geleisteten Zahlungen, gebildeten Rückstellungen und stets eingehaltenen Pflichten im Zusammenhang mit Stilllegung und Entsorgung behauptet bbh dennoch auf der Grundlage eines **worst-case-Szenarios** Risiken der finanziellen Vorsorge und rechtfertigt damit (in Teil 2 des Gutachtens) die einseitige und zwangsweise Erweiterung des Vorsorge- und Haftungssystems für Stilllegung und Entsorgung.

Es ist aber schon nicht richtig, das Handeln des Gesetzgebers an worst-case-Szenarien auszurichten. Dies ist viel zu undifferenziert und verstößt gegen die Ermittlungs- und Prognosepflichten des Gesetzgebers. Dieser ist verfassungsrechtlich an das rechtsstaatliche Übermaßverbot gebunden. Es verbietet, beliebige und extreme Lebenssachverhalte zu unterstellen, um daran massive Grundrechtseingriffe zu knüpfen.

Im Übrigen ist das bbh-Gutachten auch in diesem Punkt **veraltet und überholt**. Denn der Stresstest vom 9. Oktober 2015 bestätigte zum einen, dass kein neuer

Handlungsbedarf besteht, zum anderen, dass die Bundesregierung ihr Handeln nicht an unwahrscheinlichen worst-case-Szenarien ausrichten darf. Dies ergibt sich sehr klar aus der Stellungnahme von Bundeswirtschaftsminister Gabriel: *„Aus dem Gutachten ergibt sich darüber hinaus kein neuer Handlungsbedarf ... Die von den Unternehmen gebildeten Rückstellungen von 38,3 Mrd. Euro liegen innerhalb der von den Gutachtern gerechneten Szenarien. Die Szenarien mit den hohen Rückstellungswerten halten wir für unwahrscheinlich, da sie langfristig höhere wirtschaftliche Verluste unterstellen.“* (Pressemitteilung BMWi vom 10.10.2015). Mit anderen Worten: *Was unwahrscheinlich ist, ist auch nicht handlungsleitend.*

III. **GESETZGEBUNGSVORSCHLÄGE: BBH-VORSCHLÄGE FÜR EINE EINSEITIGE UND ZWANGSWEISE NEUGESTALTUNG DES VORSORGE- UND HAFTUNGSSYSTEMS SIND VERFASSUNGS- UND EUROPARECHTSWIDRIG**

In Teil 2 des bbh-Gutachtens werden vier Gesetzgebungsvorschläge unterbreitet, durch die das geltende Vorsorge- und Haftungssystem für Rückbau, Stilllegung und Entsorgung einseitig und zwangsweise erweitert wird. Diese Vorschläge (tituliert als „Reformoptionen“) leiden an drei zentralen Schwächen:

- Die Gesetzgebungsvorschläge beruhen auf einer Analyse des Status Quo, die unzutreffend, unvollständig und überholt ist. Die Vorschläge werden abgeleitet aus „Risiken faktischer und rechtlicher Art“, die tatsächlich nicht bestehen. Ihnen fehlt damit die Grundlage und Rechtfertigung. Das wiegt insbesondere deshalb schwer, da es sich jeweils um einseitige und zwangsweise, ganz erhebliche Eingriffe in die Rechte der Kraftwerksbetreiber handelt.
- Die Darstellung von bbh greift wesentlich zu kurz. Sie beschränkt sich allein auf einseitige Zwangsmaßnahmen des Gesetzgebers. Jegliche konsensuale Lösungen und Modelle zur Gesamtlösung der Aufgaben Stilllegung und Entsorgung bleiben außer Betracht. Dieses komplette Ausblenden der gesamten Bandbreite möglicher Gestaltungsoptionen führt dazu, dass das bbh-Gutachten von vornherein keinen übergreifenden Maßnahmenvergleich vornimmt und damit auch kein umfassendes Bild des Gesamtthemas bietet. Die Einengung auf einseitige Zwangsmaßnahmen greift zu kurz, politisch wie rechtlich.
- Keiner der Vorschläge genügt den zu beachtenden verfassungs- und europarechtlichen Anforderungen.

Im Einzelnen:

1. **Gesetzliche Verpflichtung zur Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen Fonds nach Vorbild des § 66 VAG**

- a) Die zwangsweise Übertragung von Rückstellungsgegenwerten in „interne Fonds“, welche die jeweiligen Betreibergesellschaften zwar selbst verwalten, die aber außerhalb ihres sonstigen Betriebsvermögens stehen, verstieße zunächst gegen die **Eigentumsfreiheit**. Denn die Privatnützigkeit der betroffenen Vermögensgegenstände würde ohne Rechtfertigung aufgehoben. So wäre eine Fondslösung zur Erreichung

des geltend gemachten Ziels – „*Sicherstellung der Finanzierung des Atomausstiegs*“ – bereits illegitim. Denn die EVU haben den Atomausstieg nicht zu finanzieren. Sie müssen auch nicht das Staatsversagen in der Endlagerfrage finanziell ausgleichen und die dem Bund zugewiesene Verantwortung übernehmen.

Ebenso wenig wäre diese Reformoption erforderlich. Denn das Rückstellungssystem hat sich bewährt und ist, anders als bbh darstellt, ausreichend. Das wird durch den sog. „Stresstest“ aktuell nochmals bestätigt.

Darüber hinaus wäre der Eigentumseingriff unangemessen, nicht zuletzt weil den Betreibergesellschaften innerhalb kurzer Zeit umfangreiche Mittel entzogen würden, die nicht mehr für das operative Geschäft zur Verfügung ständen und unter Wert liquidiert werden müssten. Hierbei verkennt bbh strukturell die gravierenden Unterschiede zwischen einer mit Eigenmitteln arbeitenden Innenfinanzierung von Industrieunternehmen und einer Fremdmittel verwaltenden Versicherung.

- b) Das interne Fondsmodell verstieße auch gegen die **Berufsfreiheit**, die Freiheit zu eigenbestimmter **unternehmerischer Disposition** und die **Vertragsfreiheit**. Zudem handelte es sich um eine nicht gerechtfertigte **Ungleichbehandlung** mit anderen Branchen, die ein ähnliches Risikopotential aufweisen (z.B. Großchemie). Die zwangsweise Bildung und Befüllung eines internen Fonds führt ferner zu einer **unzulässigen Rückwirkung**. Die Rückstellungsbildung ist in den betreffenden Veranlagungszeiträumen bereits abgeschlossen und erfolgt seit Jahrzehnten beanstandungsfrei. Rechtlich belastbare Gründe dafür, das daraus resultierende schutzwürdige Vertrauen nunmehr zu erschüttern, indem weitergehende, wirtschaftlich einschneidende Sicherungsmaßnahmen verlangt werden, bestehen nicht.
- c) Schließlich verstößt das Modell interner Fonds auch gegen die europäische Kapitalverkehrsfreiheit, weil sie rechtsgrundlos Investitionen *aus* dem EU-Raum in Unternehmen der deutschen Kernenergieindustrie ebenso behindert wie die Investitionsfreiheit der Betreibergesellschaften bei der Anlage ihrer (liquiden) Mittel *im* Ausland. Beide Investitionsrichtungen sind von jener Grundfreiheit erfasst und wären bei einem solchen Fondsmodell nachteilig betroffen.

2. Gesetzliche Verpflichtung zur Auslagerung von Vermögensgegenständen in einen externen Fonds

- a) Bei der vorgeschlagenen Auslagerung der relevanten Vermögensgegenstände in einen Fonds, der außerhalb des Rechnungswesens der Betreiber oder ihrer Mutterkonzerne steht, lägen im Ausgangspunkt dieselben Rechtsverletzungen wie bei dem internen Fonds vor.
- b) Allerdings würden die Eingriffe in die Grundrechte und Grundfreiheiten eine **noch gesteigerte Intensität** aufweisen. Denn die Unternehmen müssten die Verwaltung und Verwendung der Mittel völlig aus der Hand geben; die freie Verfügungsbefugnis wäre endgültig aufgehoben. Überdies bestünde keine Sicherheit für die einzahlenden Unternehmen darüber, dass sie Mittel aus dem externen Fonds im Bedarfsfall auch in

Anspruch nehmen können. So wäre denkbar, dass ein „*Windhundrennen*“ erfolgt, bei dem ein Unternehmen mehr Mittel aus dem externen Fonds in Anspruch nimmt als es eingezahlt hat. In einem solchen Fall könnten andere Unternehmen noch nicht einmal in Höhe ihrer eigenen Einzahlungen von dem Fonds profitieren.

- c) Das von bbh vorgeschlagene (Zwangs-)Modell eines externen Fonds verstieße auch gegen **Finanzverfassungsrecht**. Die Zahlungen an den Fonds wären als **Sonderabgaben** zu qualifizieren. Als solche müssten sie den strengen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügen. Dazu gehört das Gebot, dass Sonderabgaben einem Sachzweck dienen müssen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Dies wäre bei den Zahlungspflichten an den externen Fonds nicht der Fall, weil mit ihnen weder eine besondere Verhaltenslenkung noch die Verfolgung über die Mittelbereitstellung hinausgehender Zwecke verbunden ist.

3. Gesetzliche Verpflichtung zur Fondsbildung (intern oder extern) kombiniert mit einem solidarischen Garantiesystem

- a) In Ergänzung zu den – verfassungsrechtlich bereits unzulässigen – Fondslösungen schlägt bbh ein zusätzliches Garantiesystem vor. Dieses könne bei internen Fonds etwa die Gestalt eines solidarischen Haftungsverbunds der Betreiber auf privatrechtlicher Basis annehmen. Im Falle externer Fonds komme eine gesetzliche Regelung in Betracht, nach der bei Unauskömmlichkeit der Fonds-Mittel die anderen Betreibergesellschaften die fehlende Liquidität nachschießen müssen, wenn der für seinen Anteil primär verantwortliche Betreiber ausfällt.
- b) Gegen dieses Modell sprechen zunächst dieselben Bedenken wie gegen die Fondslösungen. Darüber hinaus würde das Garantiesystem zu weiteren Grundrechtsverletzungen und Verstößen gegen das Finanzverfassungsrecht führen. So läge wegen der zu erwartenden **erdrosselnden Wirkung** ein zusätzlicher, enteignender Eingriff in die **Eigentumsfreiheit** vor; schon dessen Geeignetheit wäre äußerst zweifelhaft, denn die Solidarhaftung könnte zu einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und des Ratings der betroffenen Unternehmen führen und somit gerade erst die Gefahr eines Zahlungsausfalls begründen. Da weniger einschneidende Lösungen bei einer eventuellen Fondsbefüllung zur Verfügung stehen, fehlt es zudem an der Erforderlichkeit. Schließlich würde die mit dem Garantiesystem strukturell verbundene Haftung für das (Fehl-)Verhalten anderer Unternehmen auch zu einer unangemessenen und damit rechtswidrigen Belastung führen.
- c) Darüber hinaus wären **weitere Grund- und Freiheitsrechte** verletzt. Neben Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 ist auch Art. 9 Abs. 1 GG zu nennen, der vor dem Zwang zur Vereinigung schützt (*negative Vereinigungsfreiheit*). Das Solidarmodell würde gerade einen solchen Zwang begründen, ohne dass es dafür eine Rechtfertigung gäbe.

4. Gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Stilllegungs- und Entsorgungskosten

- a) Die Begründung einer neuen, unbegrenzten Haftung der Muttergesellschaften für Stilllegungs- und Entsorgungskosten der Betreibergesellschaften oder Genehmigungsinhaber würde in **Freiheits- und Gleichheitsrechte der Konzerngesellschaften** eingreifen sowie **Rückwirkung** entfalten. Neben einer Verletzung von Art. 14, 12, 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG stünde auch ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG in Rede. Denn der **Zwang** zur – gleichsam ewigen – **Konzernhaftung** führt faktisch zu einer **Unveräußerlichkeit der Betreibergesellschaft**.
- b) Eine Rechtfertigung dieser Eingriffe schiede aus. Angesichts des praxiserprobten und bewährten deutschen Rückstellungssystems, das seit 40 Jahren beanstandungs- und ausfallfrei funktioniert, des Vorhandenseins von Alternativen und der Möglichkeit einer deutlichen Beschränkung der Haftung ohne Zielverfehlung ist die angedachte neue Haftung für Muttergesellschaften schon nicht erforderlich. Darüber hinaus wäre sie unangemessen, weil sie ein **mittelbar-faktisches Veräußerungs- und BEAV-Kündigungsverbot** begründen und anerkannte gesellschafts- und privatrechtliche Haftungssysteme schleifen würde. Die neue Haftung der Muttergesellschaften wäre zudem mit dem Regelungsmodell der Zustandsstörerhaftung nicht vereinbar; der rechtsstaatlich notwendige **Zurechnungszusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung** würde **aufgelöst**. Sie würde ferner die europäische Niederlassungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit verletzen.

5. Kumulation von Maßnahmen

Nach dem Vorstehenden ist evident, dass erst recht eine Kombination aus mehreren der vorgeschlagenen Reformoptionen verfassungswidrig wäre. Das Erfordernis einer **additiven Betrachtung** von Einzelmaßnahmen ist in der verfassungsgerichtlichen Judikatur anerkannt. Die von bbb angedachte **Belastungskumulation** – nicht zuletzt zusätzlich zu den bereits jetzt bestehenden Beschränkungen in der Kernenergiewirtschaft – würde deshalb offenkundig gegen das **verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen**.

6. Konsensuale Lösung

Von Verfassungs wegen allein zulässig ist ein mit den betroffenen Unternehmen abgestimmtes Vorgehen, das sich in den Grenzen der aktienrechtlichen Verantwortung von Vorstand und Aufsichtsrat bewegt. Denn nur die Unternehmen können zulässigerweise auf die Ausübung ihrer – bei einseitig-gesetzgeberischem Vorgehen zwingend zu beachtenden – Grundrechte verzichten. Ein solcher Grundrechtsausübungsverzicht ist aber notwendig; ohne ihn scheiterte jeder einzelne Reformvorschlag – und erst recht ihre Kombination – an der Verfassung. Zugleich sind bei den konsensualen Lösungen die Interessen der Aktionäre zu beachten.

B. SACHVERHALT

Das Bundeswirtschaftsministerium für Wirtschaft und Energie hat bei der Kanzlei Becker Büttner Held (bbh) das Gutachten „*Finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich – Etwaige Risiken des Status Quo und mögliche Reformoptionen*“ (bbh-Gutachten, datierend vom 10.12.2014) in Auftrag gegeben. In dem Gutachten wird die Ansicht vertreten, es bestünden gegenwärtig Risiken faktischer und rechtlicher Art, dass die von den Betreibergesellschaften getroffene finanzielle Vorsorge für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung im Kernenergiebereich nicht ausreiche. Deshalb könne der Gesetzgeber einseitig und zwangsweise eine Erweiterung des Vorsorge- und Haftungssystems durch eine Verpflichtung zur Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen oder externen Fonds, durch eine neue Solidarhaftung sowie durch eine Haftung der Muttergesellschaften für Stilllegungs- und Entsorgungskosten vorsehen. Den letztgenannten Vorschlag hat die Bundesregierung aufgegriffen und mit einem Gesetzentwurf vom 9. Oktober 2015 eine neue atomrechtliche Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich vorgeschlagen.

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist eine kritische Prüfung der Analyse und Vorschläge des bbh-Gutachtens sowie des Gesetzentwurfs zur Haftungserweiterung. Bevor wir hierauf in den Abschnitten C. und D. eingehen, ist es erforderlich, sich den Sachverhalt zu vergegenwärtigen (B.).

Hierfür betrachten wir zunächst die Ausgangslage der gegenwärtigen Diskussion, nämlich, knapp, die Entwicklung der Kernenergie von dem erzwungenen Einstieg 1960 bis zum Kernenergieausstieg 2011, die Verantwortung des Staates für die Bereitstellung und den Betrieb von Endlagern sowie die gesetzlichen Handlungs-, Finanzierungs- und Vorsorgepflichten der Betreiber und Genehmigungsinhaber für Stilllegung und Entsorgung von Kernkraftwerken (B.I.).

Anschließend gehen wir auf die Frage ein, ob und wie die gesetzlich erforderliche finanzielle Vorsorge zur Erfüllung der Stilllegungs- und Entsorgungspflichten umgesetzt wurde (B.II.).

Sodann fassen wir die Kernaussagen des bbh-Gutachtens sowie des Gesetzentwurfs vom 9. Oktober 2015 und die wesentlichen Ergebnisse des von der Bundesregierung beauftragten Wirtschaftsprüfergutachtens als Grundlage der weiteren Erörterung zusammen (B.III.-V.).

I. VERANTWORTUNGSTEILUNG: STAATLICHE ENTSORGUNGSVERANTWORTUNG SOWIE BETREIBERBEZOGENE HANDLUNGS-, FINANZIERUNGS- UND VORSORGE-PFLICHTEN

1. Vom politischen Druck zum Kernenergieeinstieg 1960 bis zum Kernenergieausstieg 2011: Staatliche Übernahme und Überwälzung von Verantwortung

Nach Inkrafttreten des Atomgesetzes (AtG) am 1. Januar 1960¹ wurde auf die – sich seinerzeit überwiegend in staatlicher Hand befindlichen – EVU ein erheblicher politischer Druck ausgeübt, in die nukleare Technologie zu investieren und eine Kernenergieindustrie in Deutschland aufzubauen.² Angesichts der Zurückhaltung der EVU übernahm der **Staat** auf vielfache Weise die **Rolle des Schrittmachers und Wegbereiters der Kernenergie**.³ Den Bedenken der EVU wurde neben der Etablierung des Förderzwecks in § 1 Nr. 1 AtG a.F. und wirtschaftlichen Anreizen vor allem dadurch Rechnung getragen, dass der **Bund** die **Endlagerverantwortung** übernahm (siehe dazu im Detail unter 2.). Die in der Folge für die Kraftwerke nach § 7 Abs. 1 und 2 AtG erteilten Genehmigungen waren deshalb aus Investitionsschutzgründen weder zeitlich befristet noch auf die Produktion einer bestimmten Elektrizitätsmenge beschränkt (vgl. das **Befristungsverbot** in § 17 Abs. 1 S. 4 AtG).⁴ Der Ausbau der Kernenergie wurde nach der Ölkrise 1973 politisch nochmals stark forciert.

Eine Begrenzung der Berechtigung zum Leistungsbetrieb wurde erstmals 2002 im Kontext des ersten Kernenergieausstiegs eingeführt, als den einzelnen Anlagen eine (noch) produzierbare Elektrizitätsmenge zugewiesen wurde, sog. **Reststrommengen**.⁵ Diese Strommengen waren auf andere Kernkraftwerke übertragbar (s. § 7 Abs. 1b AtG). Die damalige Novelle wurde von einer Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den EVU begleitet (Vereinbarung).⁶ Der mit ihr gefundene Ausgleich zwischen Befristung der Nutzung einerseits sowie Rechts- und Planungssicherheit für die EVU andererseits sollte die Verfassungskonformität der Novelle – insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit – sicherstellen.⁷

In Umsetzung des Energiekonzepts der Bundesregierung, wonach der Kernenergie eine **Brückenfunktion** auf dem Weg zu einer regenerativen Energieversorgung zu-

¹ BGBl. 1959, Teil I, S. 814 – einstimmig verabschiedet, vgl. *Fischerhof*, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, Einführung Rz. 30.

² Vgl. *Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 1 („*energisch eingeforderte Initiative*“) und S. 3; *Ossenbühl*, AöR 124 (1999), 1 (40 ff.); *Hoppenbrock*, Finanzierung der nuklearen Entsorgung und der Stilllegung von Kernkraftwerken, 2008, S. 37 ff.

³ Vgl. *Huber*, DVBl. 2001, 239 ff.; *Rodi*, NJW 2000, 7 ff.; *Posser*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl., § 52 Rz. 2 ff.

⁴ BT-Drs. 3/759, S. 30; *Posser*, in: Posser/Schmans/Müller-Dehn, Atomgesetz, 2003, § 7 Abs. 1a - d Rz. 124.

⁵ Vgl. das „Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität“, BGBl. 2002, Teil I, S. 1351.

⁶ Die Vereinbarung ist abgedruckt in: *Posser/Schmans/Müller-Dehn*, Atomgesetz, 2003, Anhang Nr. 2, S. 285 ff.

⁷ Vgl. die Begründung des damaligen Gesetzesentwurfs: BT-Drs. 14/6890, S. 15 f. – „Gesamtpaket“.

gemessen wurde,⁸ verlängerte die 11. AtG-Novelle im Jahr 2010 die **Laufzeiten** der deutschen Kernkraftwerke je nach Zuordnung um durchschnittlich 8 bzw. 14 Jahre. Hierzu wurden die den einzelnen Anlagen zugewiesenen Reststrommengen erhöht. Diese Novelle war eng mit der Förderung einer nachhaltigen Energie- und Klimapolitik verbunden; der sie ergänzende, zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Kernenergieindustrie geschlossene **Förderfondsvertrag** verpflichtete die Betreibergesellschaften dazu, einen Großteil ihrer Gewinne aus der Laufzeitverlängerung an einen „Energie- und Klimafonds“ abzuführen, um Modernisierungsinvestitionen außerhalb der Kernenergie zu fördern. Darüber hinaus wurde eine **Kernbrennstoffsteuer** in Milliardenhöhe eingeführt, die dem Bund pro Jahr ein Aufkommen von rund 2,3 Mrd. Euro sichern sollte. Der Kernenergie kam hiernach insgesamt eine Schlüsselfunktion als Brückentechnologie in das Zeitalter regenerativer Energien zu.

In Folge des Reaktorunglücks in Fukushima (Japan) im März 2011 entschied die Bundesregierung jedoch, die Laufzeitverlängerung wieder zurückzunehmen und auch die Altrechte aus der Vereinbarung und der AtG-Novelle 2002 zu beschneiden. Die im August 2011 in Kraft getretene **13. AtG-Novelle** hat nicht nur die zuvor zugewiesenen zusätzlichen Mengen vollständig aufgehoben⁹. Sie lässt vielmehr auch die Berechtigung zum Leistungsbetrieb zu anlagenspezifischen Enddaten zwischen 2011 und 2022 erlöschen (§ 7 Abs. 1a S. 1 und 2 AtG), selbst wenn zu dem jeweiligen Enddatum noch Stromproduktionsrechte vorhanden sind. Aufgrund der **festen Enddaten** des Leistungsbetriebs der Kraftwerke wird es tatsächlich nicht möglich sein, die verbleibenden Reststrommengen vollständig zu nutzen. Diese „verfallen“ am jeweiligen anlagenspezifischen Enddatum. Die Übertragbarkeit ist lediglich eine theoretische, in der Praxis jedoch nicht relevante und mit der Eigenerzeugung nicht vergleichbare Option.¹⁰ An der Erhebung der **Kernbrennstoffsteuer** hielt der Staat gleichwohl **fest**.

Die Frage nach den **Kosten** für die **Stilllegung** der Kernkraftwerke und die Zwischen- und **Endlagerung** des radioaktiven Abfalls hat durch den Ausstieg aus der kommerziellen Nutzung der Kernenergie zusätzlich an Bedeutung gewonnen. Hierfür haben die Betreiber der Kernkraftwerke seit vielen Jahren Rückstellungen gebildet. Art und Weise ihrer Bildung, ihre Auskömmlichkeit und die Frage, ob entsprechende Mittel zum jeweiligen Zeitpunkt tatsächlich zur Verfügung stehen, sind schon anlässlich der Vereinbarung 2000/2001 diskutiert worden.¹¹ Die politische Debatte zur

⁸ Vgl. Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28. September 2011, abrufbar unter: http://www.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/_Anlagen/2012/02/energiekonzept-final.pdf?__blob=publicationFile&v=5 pdf (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

⁹ S. hierzu die aktuelle Fassung der Anlage 3 zum AtG, welche die zuvor in einer 4. Spalte enthaltenen zusätzlichen Elektrizitätsmengen der 11. AtG-Novelle nicht mehr enthält.

¹⁰ Vgl. *Durner*, in: Di Fabio/Durner/Wagner, Kernenergieausstieg 2011, 2013, 123 (126).

¹¹ S. etwa *Wüstemann*, Die betriebswirtschaftliche Bedeutung von Rückstellungen für die nukleare Entsorgung, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 12. Deutsches Atomrechtssymposium, 2004, 277 ff.; *Steinhauer*, Sicherungsmechanismen für das bei den EVU für Stilllegung und Entsorgung gebundene

Stilllegung und Entsorgung hat indes erst durch die 13. AtG-Novelle an Fahrt gewonnen.¹²

Die Geschichte der Kernenergie ist danach maßgeblich durch **zwei gegenläufige Entwicklungslinien** hinsichtlich der Rolle des Staates gekennzeichnet: auf der einen Seite erfolgte bei dem Einstieg in die Kernenergie eine massive und vielschichtige **staatliche Intervention** unter **eigener Verantwortungsübernahme** und Zurückdrängung der Bedenken aus der Wirtschaft. Auf der anderen Seite ist bei der Abwicklung der Kernenergie eine ebenso erhebliche und vielgestaltige **Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheiten** der Unternehmen unter zunehmender Zurücknahme der ursprünglich selbst übernommenen staatlichen Verantwortung und **Überwälzung von Risiken auf die Kernenergiebetreiber** zu beobachten.

2. Staatliche Verantwortung im Entsorgungsbereich

Dieser Antagonismus lässt sich im Besonderen anhand der staatlichen Rolle bei der Entsorgungsfrage belegen. Hier zeigt sich paradigmatisch das gegenläufige und widersprüchliche Verhalten des Staates:

a) Verantwortung des Staates für Endlagerung gesetzlich verankert

Die anfängliche Skepsis der EVU beim Einstieg in die friedliche Nutzung der Kernenergie überwand der Staat vor allem dadurch, dass er selbst für die Endlagerung verantwortlich zeichnete. In der Novelle von 1976¹³ ist die **Verantwortungsteilung** in der Entsorgungsfrage kodifiziert worden: Während Stilllegung und Rückbau als Aufgaben der Privatwirtschaft bestimmt wurden (vgl. § 7 Abs. 3 AtG), übernahm der Staat die Verantwortung für die Endlager der radioaktiven Abfälle. Gemäß **§ 9a Abs. 3 Satz 1 AtG** hat der **Bund** Anlagen zur Sicherstellung und zur **Endlagerung** einzurichten, d.h. zu errichten und zu betreiben; die Bereitstellung eines oder mehre-

Vermögen, in: Pelzer, Die Internationalisierung des Atomrechts, 2004, 265 ff.; Kessler, IStR 2006, 98 ff.; Hoppenbrock, Finanzierung der nuklearen Entsorgung und der Stilllegung von Kernkraftwerken, 2009, S. 85 ff.; Bordin, Die langfristige Sicherheit der Finanzierung von Stilllegung und Entsorgung im Nuklearbereich zur Wahrung der Interessen der öffentlichen Hand, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium; 2008, 271 ff.; Cloosters, Rückstellungsverpflichtungen für Kernkraftwerke – aus der Sicht einer atomrechtlichen Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium; 2008, 293 ff.; Müller-Dehn, Finanzielle Entsorgungsvorsorge aus Sicht der Betreiber, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium; 2008, 321 ff.

¹² S. etwa die Entschließung des Bundesrates zur Insolvenzsicherung der Rückstellungen vom 10. Oktober 2014, BR-Drs. 280/14 (Beschluss); die „Eckpunkte für eine erfolgreiche Umsetzung der Energiewende“ als politische Vereinbarung der Parteivorsitzenden von CDU, CSU und SPD vom 1. Juli 2015, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-energiewende,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (letzter Abruf: 9. Oktober 2015); BT-Drs. 18/4273 (Antwort auf Kleine Anfrage anlässlich der Umstrukturierung des Vattenfall-Konzerns); BT-Drs. 17/7777 (Antwort auf Kleine Anfrage zu Kostentragung und Rückstellungen); Irrek/Vorfeld, Kurzstudie „Liquidität und Werthaltigkeit der Anlage der freien Mittel aus der Bildung von Rückstellungen für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der Atomkraftwerke“ für die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 15. Juli 2015 sowie die Expertenanhörung im Wirtschaftsausschuss des Bundestages am 4. März 2015.

¹³ BGBl. I 1976, S. 3053.

rer Endlager fällt danach in seinen *alleinigen* Verantwortungsbereich – und daran hat sich bis heute nichts geändert. Dementsprechend ist eine **komplementäre Verantwortungsverteilung** zwischen Staat und Privatwirtschaft begründet worden und nunmehr seit rund 40 Jahren als dauerhafte gesetzliche Struktur etabliert.¹⁴

b) Staat ist Verantwortung für Endlagerung bislang nicht gerecht geworden

Dieser über Jahrzehnte herausgebildeten Aufgabenverteilung ist der **Bund nicht gerecht geworden**. Obwohl ihn im Bereich der Endlagerung eine Alleinverantwortlichkeit trifft, gibt es bis heute kein betriebsbereites Endlager. Auch wenn das Endlager Konrad für schwach- und mittelfradioaktive Abfälle inzwischen planfestgestellt wurde, ist es nach wie vor nicht betriebsbereit. Seine Inbetriebnahme ist mehrmals um Jahre verschoben worden. Ein präziser Termin steht weiterhin nicht fest. Trotz „Eignungshöflichkeit“ des Standorts Gorleben, also trotz dessen Geeignetheit für die Endlagerung, wird dort keine Enderkundung durchgeführt – und dies allein aus politischen, nicht aus sicherheitstechnischen Erwägungen: zunächst aufgrund des 10-jährigen Moratoriums im Zuge des Kernenergieausstiegs 2001, dann im Kontext des neuen Standortauswahlgesetzes (vgl. die Anordnung des Erkundungsstopps gem. § 29 StandAG).¹⁵ Der mit dem StandAG normierte **vollständige Konzeptwechsel** in der Endlagersuche sieht den Abschluss des Standortauswahlverfahrens für 2031 vor (§ 1 Abs. 3 StandAG). Schon jetzt ist absehbar, dass dieser Zeitpunkt aller Voraussicht nach nicht gehalten werden kann und die eigentliche Bereitstellung des schließlich ausgewählten Standorts nochmals deutlich länger dauert.¹⁶ Der Bund ist seiner alleinigen Verantwortung zur Bereitstellung eines Endlagers deshalb nicht nachgekommen – und es ist nicht absehbar, ob und wann er dies leisten wird.

Diese Verantwortungsverweigerung hat auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Verantwortlichkeiten nach Maßgabe des **Verursacherprinzips** (dazu ausführlich unter C.II.3.). Denn während die EVU über die Jahre bereits rund **3,0 Milliarden Euro Vorausleistungen** für Konrad und Gorleben erbracht haben, hat der Bund bei der Erfüllung seines Verantwortungsanteils versagt – und das aus rein politischen Gründen. Ganz im Gegensatz zu dem von bbh gezeichneten Zerrbild muss eine **verursachergerechte Zuordnung** von Verantwortlichkeiten in der Endlagerfrage nicht bei den EVU, sondern dem **Staat** ansetzen.

c) Nunmehr Überwälzung der Entsorgungsverantwortung auf Betreiber

Vor diesem Hintergrund erklärt sich der schrittweise Versuch einer **Aufkündigung und Überwälzung der Entsorgungsverantwortung** durch den **Staat**: So wurden durch das Verbot der Wiederaufarbeitung radioaktiver Abfälle gem. § 9a Abs. 1

¹⁴ Vgl. zu dieser Verantwortungsverteilung: *Hohmuth*, Die atomrechtspolitische Entwicklung in Deutschland seit 1980, 2014, S. 25 ff.; *Menzer*, Privatisierung der atomaren Endlager, 1997, S. 3 ff.; *Huber*, DVBl. 2001, 239 ff. („Kondominium“); *Hoppenbrock*, (Fn. 2), S. 39; *Di Fabio*, Verfassungsrechtliche Grenzen für einen Systemwechsel im deutschen System der Kernenergierückstellungen, Rechtsgutachten, März 2015, S. 4 ff.; *Posser*, FS-Dolde, S. 251 (254).

¹⁵ Dazu ausführlich *Posser*, FS-Dolde, S. 280 f.

¹⁶ So wird im unter D.IV. erörterten Nachhaftungsgesetz von einem Zeitraum bis 2050 ausgegangen.

Satz 2 AtG Möglichkeiten der Abfallvermeidung und Wiedernutzbarkeit von radioaktiven Reststoffen stark eingeschränkt. Das 10-jährige Gorleben-Moratorium im Zuge des Ausstiegs 2001 und der jetzige – rein politisch motivierte – Erkundungsstopp bezüglich eines möglichen Endlagers Gorleben sind ebenso Teil der Verantwortungsüberwälzung wie die Pflicht zur Errichtung von standortnahen Zwischenlagern auf Kosten der Betreiber gem. § 6 Abs. 3, § 9a Abs. 2 Satz 3 AtG, die durch die zusätzlich normierte Sorgepflicht für die Rückführung von Wiederaufarbeitungsabfällen nach § 9a Abs. 2a AtG weiter verschärft wurde. Auch die vollständige Neuordnung der Entsorgungsarchitektur durch das StandAG mit seinem kompletten Neuanfang – so als hätte es Gorleben und Konrad nie gegeben – verdeutlicht den schleichenden Prozess, wonach sich der Staat mehr und mehr aus seiner eigenen Verantwortung für die Endlager zurückzieht. Umgekehrt dazu steigt die von den **Betreibern** zu tragende **Finanzierungslast**. Diese ist mit der Beitragspflicht in § 21b Abs. 1 AtG nicht nur gleich geblieben, sondern durch den Ausschluss der Rückforderung überzahlter Vorausleistungen gem. § 21b Abs. 4 AtG und das neue Umlageverfahren des StandAG (§§ 21 ff.) nochmals erheblich erweitert worden.

3. **Stilllegung und Entsorgung: Handlungs-, Finanzierungs- und Vorsorgepflichten der Betreiber und Genehmigungsinhaber nach HGB und AtG**

Für Stilllegung und Entsorgung sehen das AtG und das Bilanzrecht detaillierte Pflichten vor, die sich an die Genehmigungsinhaber und die Betreiber von Kernkraftwerken richten. Inhaltlich legen die Gesetze drei verschiedene Pflichten fest:

- Handlungspflichten (a),
- Zahlungspflichten (b) und
- Pflichten zur finanziellen Vorsorge für zukünftige Zahlungspflichten (c).

Diese Pflichten bestehen nicht alternativ, sondern **kumulativ** und greifen ineinander, um ein möglichst dichtes Regelungsnetz zur Absicherung von Stilllegung und Entsorgung zu schaffen. Das Gesetz schafft damit ein **ausdifferenziertes und ausreichendes Pflichtensystem**, das die notwendig zu erbringenden Aufgaben und Leistungen der Kernenergiewirtschaft vollständig abdeckt.

a) **Handlungspflichten**

Im Zusammenhang mit der Stilllegung und Entsorgung normiert das AtG wesentliche Handlungspflichten – also Pflichten, auf deren Grundlage die Normadressaten selbst tätig werden und die Kosten hierfür tragen müssen.

aa) **Stilllegung, § 7 Abs. 3 AtG**

Das AtG enthält in § 7 Abs. 3 S. 1 die Regelung, dass die Stilllegung einer ortsfesten Anlage zur Spaltung von Kernbrennstoffen, der sichere Einschluss der endgültig stillgelegten Anlage und der Abbau der Anlage oder von Anlagenteilen der Genehmigung bedarf. Stilllegung meint die endgültige Einstellung des Betriebs (nicht nur

des Leistungsbetriebs)¹⁷ und kann als Oberbegriff auch für die sich anschließenden Maßnahmen verstanden werden.

Zwischen den **Alternativen** des sicheren Einschlusses und des Abbaus der Anlage besteht eine Wahlmöglichkeit.¹⁸ Der sichere Einschluss macht sich zunutze, dass die in der Anlage vorhandene Radioaktivität mit der Zeit abklingt, so dass die im Anschluss an die Einschlusszeit erfolgende Abbauarbeit durch die geringere Strahlenbelastung technisch einfacher ist. Wird der direkte Rückbau (Demontage) gewählt, kann wiederum das Gelände schneller anderweitig genutzt werden.

Die Stilllegung wird – in Parallele zur Regelung in § 7 Abs. 1 S. 1 AtG – von demjenigen beantragt, der die Anlage errichtet hat, betreibt oder sonst innehat. Sie wird von den Genehmigungsinhabern selbst durchgeführt und ist folglich von ihnen zu bezahlen. Die für die Stilllegung gebildeten Rückstellungen sichern deshalb keine unmittelbaren zukünftigen Zahlungsforderungen Dritter; sie dienen vielmehr dazu, dass ausreichende Mittel zur Verfügung stehen, um die in eigener Verantwortung durchgeführten Stilllegungsmaßnahmen zu finanzieren.

bb) Handlungspflichten im Vorfeld der Endlagerung

Nach § 9a Abs. 2 S. 3 AtG ist eine dezentrale **Zwischenlagerung** der bestrahlten Kernbrennstoffe¹⁹ an den Kraftwerkstandorten bis zur Annahmehbereitschaft eines Endlagers vorgegeben. Verantwortlich hierfür sind die *Betreiber* der Anlagen. Diese müssen die Errichtung und den Betrieb eines solchen Zwischenlagers in eigener Verantwortung sicherstellen und bezahlen. Je länger der Bund seiner Endlagerverantwortung nicht nachkommt, desto teurer wird es für die Zwischenlagerbetreiber.

Die Betreibergesellschaften als *Besitzer* der radioaktiven Abfälle sind verpflichtet, diese nach § 9a Abs. 2 S. 1 AtG an ein Endlager abzuliefern. Die **Ablieferung** setzt eine den Annahmebedingungen des Endlagers entsprechende Konditionierung der Abfälle und den Transport der Abfälle zum Endlager voraus. Gibt es weder ein Endlager noch entsprechende Annahmebedingungen, können auch keine vorbereitende Konditionierung oder Ablieferung erfolgen.

Gleichwohl haben die *Betreiber* gemäß § 9a Abs. 1a S. 1 AtG **nachzuweisen**, dass sie zur Erfüllung der Pflichten aus § 9a Abs. 1 AtG, d.h. der schadlosen Verwertung oder geordneten Beseitigung (direkte Endlagerung) radioaktiver Reststoffe, im Hinblick auf angefallene und noch anfallende Kernbrennstoffe ausreichend Vorsorge getroffen haben. Die EVU sind danach vollkommen abhängig davon, dass der Bund seinem Teil der Entsorgungsverantwortung nachkommt.

¹⁷ Posser, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., § 52 Rz. 56.

¹⁸ Leidinger, Energieanlagenrecht, 2007, S. 240; Fillbrandt/Paul, in: Danner/Theobald, Energierecht, 84. EL, § 7 AtG Rz. 8 m.w.N.; vgl. auch BT-Drs. 17/7777, S. 2.

¹⁹ Nach Abs. 2a müssen die aus der Aufarbeitung bestrahlter Kernbrennstoffe im Ausland stammenden verfestigten Spaltproduktlösungen zurückgenommen und ebenfalls in den standortnahen Zwischenlagern gelagert werden; zu dieser Pflicht vgl. Posser, atw 2014, 438 ff.

b) Zahlungspflichten

Das AtG sieht folgende Zahlungspflichten im Zusammenhang mit der Entsorgung vor:²⁰

aa) Kostenpflicht bei Benutzung eines Endlagers, § 21a AtG

Nach § 21a Abs. 1 S. 1 AtG werden für die Benutzung von Endlagern des Bundes von den *Ablieferungspflichtigen* Kosten, d.h. Gebühren und Auslagen, erhoben. Ablieferungspflichtig ist gemäß § 9a Abs. 2 S. 1 AtG derjenige, der radioaktive Abfälle besitzt. Der Besitz liegt bei den *Betreibergesellschaften*, die somit Schuldner der Kosten für die Benutzung zukünftiger Endlager sind.

bb) Beiträge zur Finanzierung von Planung, Sicherung und Errichtung von Endlagern, § 21b AtG

Der notwendige Aufwand für die Planung, Entwicklung und Errichtung von Endlagern wird nach § 21b Abs. 1 S. 1 AtG durch Beiträge derjenigen gedeckt, denen sich ein Vorteil durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieser Anlagen zur geordneten Beseitigung radioaktiver Abfälle bietet. Gibt es also keinen Vorteil (mehr), entfällt auch die Beitragspflicht. Das gleiche gilt, wenn der geltend gemachte Aufwand nicht notwendig war.

Von den Inhabern atomrechtlicher Anlagengenehmigungen²¹ können nach § 21b Abs. 2 AtG i.V.m. der Endlagervorausleistungsverordnung (EndlagerVIV) Vorausleistungen auf diese Beiträge verlangt werden. Die Endlagerplanung und Errichtung wurde auf diesem Wege zu ganz wesentlichen Teilen **bereits bezahlt**: Die Betreiber der Kernkraftwerke erbringen seit über 30 Jahren **Vorausleistungen** in erheblichem Umfang, für Konrad und Gorleben insgesamt bereits rund **3,0 Milliarden Euro**.

cc) Umlage gemäß StandAG

Neben die Vorschriften des AtG ist im Juli 2013 das Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle (StandAG) getreten. Dieses stellt eine Abkehr von dem bisherigen Konzept für Auswahl und Genehmigung eines Endlagers dar. Es beinhaltet auch eine *neue Zahlungspflicht* für die Inhaber atomrechtlicher Genehmigungen. Die Kostenverantwortung für das Standortauswahlverfahren wird in den §§ 21-28 StandAG vollständig denjenigen Ablieferungspflichtigen zugewiesen, die Inhaber einer Genehmigung nach §§ 6, 7 oder 9 AtG sind (§ 22 Abs. 1 S. 1 StandAG), insbesondere also den EVU. Andere Ablieferungspflichtige, wie etwa Einrichtungen, die nur über eine strahlenschutzrechtliche Umgangsgenehmigung verfügen, werden an den Kosten nicht beteiligt. Das Gesetz spricht insoweit von einer „Umlage“ (§ 21 Abs. 1 StandAG); neben u.a. Forschungs-, Erkundungs- und Offenhaltungskosten sollen insbesondere die gesamten Kosten der

²⁰ Zu einer durch das StandAG neu geschaffenen Zahlungspflicht s. unten B.I.3.

²¹ Nach § 17 Abs. 6 AtG ist der Genehmigungsinhaber im Genehmigungsbescheid ausdrücklich als „Inhaber einer Kernanlage“ zu bezeichnen.

Öffentlichkeitsbeteiligung umlagefähig sein (§ 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 1-8 StandAG). Nach § 26 StandAG sind auch Vorauszahlungen auf die Umlagebeträge zu zahlen. **Gegen diese umfassende Kostenüberwälzung** bestehen jedoch **durchgreifende Bedenken**. Insbesondere diejenigen Kostenblöcke, die sich auf die erhoffte *Herstellung politischer Akzeptanz* beziehen, aber in keiner Weise sicherheitstechnischen Anforderungen geschuldet sind, sind nicht von den EVU, sondern von der Allgemeinheit zu tragen.²² Gleichwohl haben die EVU, da es sich um geltendes Gesetzesrecht handelt, auch diese Kosten bisher bilanziell abgebildet und entsprechend finanzielle Vorsorge getroffen.

c) Pflicht zur finanziellen Vorsorge für zukünftige Zahlungspflichten

Die Handlungs- und Zahlungspflichten des AtG betreffen zu einem großen Teil Maßnahmen, die noch in der Zukunft liegen. Die gesamten Kosten für die Benutzung eines Endlagers nach § 21b AtG fallen beispielsweise erst nach dessen Errichtung und Inbetriebnahme an. Das Atomrecht und das allgemeine Bilanzrecht sehen deshalb umfassende Pflichten zur finanziellen Vorsorge vor, um zu gewährleisten, dass auch den zukünftigen Pflichten nachgekommen wird.

aa) Fachrechtliche Vorgaben zur finanziellen Vorsorge (§ 7 c Abs. 2 Nr. 2 AtG)

Gemäß § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG ist der *Genehmigungsinhaber* – regelmäßig identisch mit den Betreibergesellschaften – verpflichtet, „*dauerhaft angemessene finanzielle [...] Mittel zur Erfüllung seiner Pflichten in Bezug auf die nukleare Sicherheit der jeweiligen kerntechnischen Anlage vorzusehen und bereitzuhalten*“. Die Vorschrift wurde in Umsetzung von Art. 6 lit. f) der Richtlinie 2009/71/Euratom²³ im Rahmen der 12. AtG-Novelle erlassen und bezieht sich nach der Gesetzesbegründung auf den Betrieb bis einschließlich der Stilllegung der Anlage.²⁴ In der Betriebsphase sind neben dieser Stilllegungsvorsorge insbesondere die Schadensvorsorge nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 und 5 AtG und die Einhaltung der erforderlichen Deckungsvorsorge nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 AtG relevant.

Der Begriff der „angemessenen finanziellen Mittel“ ist so zu verstehen, dass die getroffenen Vorkehrungen sicherstellen müssen, dass zum jeweils gegebenen Zeitpunkt angemessene finanzielle Mittel für die erforderlichen Maßnahmen im Interesse der nuklearen Sicherheit bereitstehen müssen. Das bedeutet, dass die Genehmigungsinhaber Liquidität **nicht jederzeit vorhalten**, sondern nur **zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt** innerhalb des betrieblichen Geschehens **bereitstellen** müssen.²⁵ Hinzu kommt, dass der Nachweis nur im Lichte der jeweils geltenden Genehmigung zu führen ist; es ist also einzelfallbezogen festzustellen, welche Mittel für welche

²² Zur Verfassungswidrigkeit der Regelungen in §§ 21 ff. StandAG: *Moench*, atw 2013, 164 ff.; *ders.*, DVBl. 2015, 213 ff.; *Posser*, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (278 ff.); a.A.: *Däupner/Bosch/Ringwald*, ZUR 2013, 329 ff.

²³ Richtlinie 2009/71/Euratom des Rates vom 25. Juni 2009 über einen Gemeinschaftsrahmen für die nukleare Sicherheit kerntechnischer Anlagen, ABl. Nr. L 172/18.

²⁴ BT-Drs. 17/3052, S. 12.

²⁵ BT-Drs. 17/3052, S. 12 f.

kerntechnische Anlage bezogen auf den jeweiligen Sachbereich angemessen sind.²⁶ Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass die zuständigen Behörden im Regelfall von der ausreichenden finanziellen Ausstattung der Genehmigungsinhaber ausgehen können. Hinter dieser Wertung steht die Erkenntnis, dass eine entsprechende Vorsorge bereits vor Erlass des § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG üblich und aufgrund handelsrechtlicher Vorschriften auch geboten war (unten B.I.2.c)bb)).²⁷

Es besteht damit bereits **nach derzeitiger Rechtslage** eine **fachrechtliche Vorgabe** zu Lasten der Genehmigungsinhaber, für die Restbetriebsphase und den Stilllegungszeitraum, einschließlich Rückbau, eine **finanzielle Vorsorge** zu treffen. Diese erfolgt mit Mitteln des allgemeinen Bilanzrechts und der Konzernfinanzierung (hierzu unten B.I.2.c)bb), so dass die Rückstellungsbildung insoweit unmittelbar im AtG verankert ist. Hierunter fallen rund **18 Mrd. Euro** der von den EVU insgesamt gebildeten Rückstellungen von 38 Mrd. Euro.

Zukünftig wird § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG in weitreichendem Umfang auch für die Entsorgung gelten: Die Richtlinie 2011/70/Euratom²⁸ steht (verspätet) zur Umsetzung an. Gemäß deren Art. 9 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass angemessene Finanzmittel zur Durchführung der nationalen Entsorgungsprogramme zu dem Zeitpunkt zur Verfügung stehen, zu dem sie benötigt werden. Die „*Verantwortung der Erzeuger*“ ist hierbei nicht absolut, sondern nur „*angemessen zu berücksichtigen*“. Art. 7 Abs. 1 legt fest, dass die Verantwortung für die Sicherheit der Anlagen und/oder für die Tätigkeiten zur Entsorgung „*in erster Linie*“ dem Genehmigungsinhaber obliegen. Nach Abs. 5 ist ferner sicherzustellen, dass *die Genehmigungsinhaber* verpflichtet sind, angemessene finanzielle Mittel zur Erfüllung dieser (und anderer) Pflichten vorzusehen und dauerhaft bereitzuhalten.

Inzwischen liegt der Entwurf für eine **14. AtG-Novelle** vor.²⁹ Dieser setzt die Bestimmungen der Richtlinie zu angemessenen finanziellen Mitteln in einem künftigen **§ 9h AtG** dahingehend um, dass § 7c AtG für „*1. den Inhaber eines Planfeststellungsbeschlusses oder einer Genehmigung nach § 9b sowie 2. den Inhaber einer Genehmigung zum Umgang mit radioaktiven Stoffen zum Zweck der Lagerung, Bearbeitung oder Verarbeitung als radioaktive Abfälle, mit dem Ziel, diese radioaktiven Abfälle geordnet zu beseitigen*“ entsprechend gilt. Ausdrücklich nicht erfasst sind Inhaber einer Genehmigung einer kerntechnischen Anlage im Sinne des § 2 Abs. 3a Nr. 1

²⁶ Eine Besonderheit besteht für die Höhe der Deckungsvorsorge, die mit 2,5 Milliarden Euro gesetzlich vorgegeben ist (§ 13 Abs. 3 AtG).

²⁷ Der Gesetzesentwurf ging deshalb auch davon aus, dass es durch den Erlass des § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG nicht zu Mehrkosten für die Inhaber von Genehmigungen kommen werde, da die Verpflichtungen bereits vorher erfüllt wurden; BT-Drs. 17/3052, S. 10.

²⁸ Richtlinie 2011/70/Euratom des Rates vom 19. Juli 2011 über einen Gemeinschaftsrahmen für die verantwortungsvolle und sichere Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle, ABl. Nr. L 199/48.

²⁹ Stand: 8. April 2015, im Kabinett verabschiedet am 27. Mai 2015. Der Entwurf ist abrufbar unter: http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Nukleare_Sicherheit/atg_14_novelle_entwurf_bf.pdf (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

AtG³⁰, weil diese nach der Entwurfsbegründung die Anforderungen bereits jetzt auf Basis des § 7c AtG zu erfüllen haben.³¹

bb) Bilanzrechtliches Vorsichtsprinzip und Rückstellungssystem

Auch bilanzrechtlich sind die Energieversorger nach geltendem Recht verpflichtet, ausreichende Rückstellungen für ihre im Zusammenhang mit Stilllegung und Entsorgung stehenden Verpflichtungen zu bilden. Dies ergibt sich sowohl aus den handelsrechtlichen Vorschriften der §§ 242 ff. HGB als auch nach den internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS:

(1) HGB

Nach deutschem Bilanzrecht sind für ungewisse Verbindlichkeiten Rückstellungen zu bilden (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB). Voraussetzung dafür ist, dass das Bestehen oder Entstehen einer ihrem Grund und bzw. oder der Höhe nach noch nicht feststehenden Verbindlichkeit objektiv wahrscheinlich ist, also mehr Gründe für als gegen eine künftige Inanspruchnahme sprechen.³² Vor diesem Hintergrund führen die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Stilllegung und Entsorgung von Kernkraftwerken dazu, dass die Energieversorger in der Handelsbilanz Rückstellungen bilden müssen.³³ Dies ist auch das Verständnis des Gesetzgebers, der für die Zwecke der Steuerbilanz genauere Regelungen zu den Modalitäten der Rückstellungsbildung für die Stilllegung von Kernkraftwerken trifft (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. d EStG).³⁴ Die Rückstellung wird dabei sukzessive über die Nutzungsdauer des Kraftwerks angesammelt.³⁵

Der Höhe nach sind die Rückstellungen zu dem nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrag anzusetzen (vgl. § 253 Abs. 1 S. 2 HGB). Insbesondere ist der Nominalbetrag der Verpflichtung im Hinblick auf künftig zu er-

³⁰ Hierunter fallen insbesondere die Kernkraftwerke (lit.a)), die nach § 6 AtG genehmigten Aufbewahrungen (einschließlich standortnaher Zwischenlager nach § 6 Abs. 3; s. § 2 Abs. 3a lit. b)) und Zwischenlagerungen für radioaktive Abfälle auf dem Gelände einer der Anlagen nach lit. a und b) (lit. c)).

³¹ Entwurf (Fn. 29), S. 27; hiervon geht auch der im August 2015 als Anlage zum Nationalen Entsorgungsprogramm veröffentlichte „Erste Bericht zur Durchführung der Richtlinie 2011/70/Euratom“ aus, s. dort S. 38. Abrufbar unter: http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Nukleare_Sicherheit/euratom_durchfuhrungsbericht_bf.pdf (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

³² BFH, DStR 2002, 444; BFH, NJW 2000, 3085, 3086; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 249 Rz. 2 f.

³³ *Meyering/Gröne*, DB 2014, 1385 ff.; *Reich/Helios*, IStR 2005, 44, 46; *Wittkamp*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Rückbaus von Kernkraftwerken, 2012, S. 73; *Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Aufl., § 249 HGB Rz. 100 „Atomanlagen“; *Kessler*, IStR 2006, 98 f.; vgl. ferner *Fillbrandt/Paul*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 83. EL 2015, § 7 AtG Rz. 7.

³⁴ Vgl. insoweit *Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Aufl., § 249 HGB Rz. 100 „Atomanlagen“; *Wittkamp*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Rückbaus von Kernkraftwerken, 2012, S. 73.

³⁵ IDW Stellungnahme RS HFA 34, Rz. 11; *Schubert*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 9. Aufl., § 253 HGB Rz. 164; a.A. *Tiedchen*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 2013, § 253 HGB Rz. 32, 38.

wartende Kosten- und Preissteigerungen zu inflationieren bzw. eskalieren, um zum Erfüllungsbetrag zu gelangen. Dabei muss die Bewertung vorsichtig erfolgen und alle vorhersehbaren Risiken und Verluste berücksichtigen (sog. Vorsichtsprinzip, § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB).³⁶ Hierdurch soll sichergestellt werden, dass für die Verpflichtungen tatsächlich in ausreichendem Maße Rückstellungen gebildet werden.³⁷

Haben die Rückstellungen am Abschlussstichtag eine Restlaufzeit von mehr als einem Jahr, sind sie mit dem ihrer Restlaufzeit entsprechenden durchschnittlichen Marktzinssatz der vergangenen sieben Geschäftsjahre abzuzinsen (§ 253 Abs. 2 HGB). Hierfür ist der nach Maßgabe der **Rückstellungsabzinsungsverordnung** von der Deutschen Bundesbank monatlich bekanntgegebene, restlaufzeitentsprechende **durchschnittliche Marktzinssatz der vergangenen sieben Jahre** heranzuziehen.³⁸ Hierbei bestehen wichtige Unterschiede zur Steuerbilanz: In § 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. e EStG ist eine Diskontierung mit einem festen Diskontierungszinssatz von 5,5% und dies nur für Geldleistungsverpflichtungen, generell aber keine Inflationierung bzw. Eskalierung vorgesehen (ein niedrigerer Wert in der Steuerbilanz führt insoweit auch zu einer höheren Steuerlast). Es muss mithin letztlich **jährlich ermittelt** werden, ob die voraussichtlichen Kosten für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der deutschen Kernkraftwerke durch die gebildeten Rückstellungen gedeckt sind; ferner sind etwaige **Wertverluste** des Deckungsvermögens auf der Aktivseite der Bilanz **durch** entsprechende **Abschreibungen zu berücksichtigen** (vgl. § 253 Abs. 3 HGB). Die Ordnungsmäßigkeit der Bilanzierung unterliegt dabei im Zuge der Prüfung und Testierung der Jahresabschlüsse durch Wirtschaftsprüfer rechtlich einer externen Kontrolle (vgl. §§ 316 ff. HGB).

(2) IFRS

Die bilanzielle Behandlung von Entsorgungs-, Rekultivierungs- und ähnlichen Verpflichtungen, wie sie insbesondere für die Betreiber von Kernkraftwerken im Zusammenhang mit der Stilllegung und Entsorgung der Anlagen entstehen, wird nach den internationalen Rechnungslegungsstandards im Wesentlichen durch IAS 37 (Rückstellungen, Eventualpositionen) und IAS 16 (Sachanlagen) geregelt. Flankierend existiert ein Auslegungsstandard des *International Financial Reporting Interpretation Committee* in Form von IFRIC 1.³⁹

IAS 37.10 definiert eine Rückstellung insoweit als Schuld, die hinsichtlich ihrer Fälligkeit oder ihrer Höhe ungewiss ist. Sie ist von einem Unternehmen dann anzusetzen, wenn aus einem Ereignis der Vergangenheit eine gegenwärtige Verpflichtung entstanden ist, deren Erfüllung wahrscheinlich einen Abfluss wirtschaftlich nutzvoller Ressourcen notwendig macht und deren Höhe verlässlich geschätzt werden kann

³⁶ Winnefeld, in: Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 5. Aufl., Kap. D Rz. 867; Ballwieser, in: Münchener Kommentar HGB, 3. Aufl., § 252 Rz. 38 ff.

³⁷ Lahme, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 3/2015, „Rückstellungen“, Rz. 21.

³⁸ Vgl. IDW Stellungnahme RS HFA 34, Rz. 41.

³⁹ Ausführlich hierzu Kumpel, DStR 2004, 1227.

(vgl. IAS 37.14).⁴⁰ Die Bewertung der Rückstellungen hat dabei als bestmögliche Schätzung der Ausgabe zu erfolgen, welche zur Erfüllung der Verpflichtung zum Abschlussstichtag erforderlich ist (IAS 37.36). Für den Fall unsicherer Umstände ordnet IAS 37.42 an, Risiken und Unsicherheiten zu berücksichtigen, um zur bestmöglichen Schätzung zu kommen. Dabei dürfen insbesondere Aufwendungen bzw. Schulden nicht unterbewertet werden. Gleichzeitig geben die Rechnungslegungsvorschriften aber auch vor, dass Unsicherheiten nicht die Bildung übermäßiger oder eine vorsätzliche Überbewertung von Schulden rechtfertigen dürfen.

Bei wesentlichen Zinseffekten, wie sie wegen der regelmäßig bedeutenden Höhe vor allem auf Entsorgungsverpflichtungen zutreffen,⁴¹ schreiben IAS 37.45 ff. für die Rückstellung eine Abzinsung vor. Damit wird der Erwägung Rechnung getragen, dass der Gegenwartswert einer Rückstellung in dem Betrag liegt, mit dem die Schuld heute erfüllt werden könnte oder – anders gewendet – zum Bilanzierungstichtag von einem Dritten übernommen werden würde.⁴² Der Abzinsungszinssatz spiegelt dabei die aktuellen Markterwartungen im Hinblick auf den Zinseffekt sowie die für die Schuld spezifischen Risiken wider (vgl. IAS 37.47).

Von Bedeutung für die Bildung von Rückstellungen für Abbau-, Entsorgungs-, Wiederherstellungs- und ähnlichen Verpflichtungen, wie sie auch die Betreiber von Kernkraftwerken betreffen,⁴³ ist IAS 16.16(c). Hiernach **umfassen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten** einer Sachanlage, mit denen diese in der Bilanz anzusetzen ist, insbesondere auch die **geschätzten Kosten für den späteren Abbruch** und die Beseitigung des Vermögenswerts sowie die Wiederherstellung des Standorts, die einem Unternehmen im Zeitpunkt des Erwerbs oder als Konsequenz der Nutzung, die nicht dem Zweck einer Herstellung von Vorräten dient, entstehen.⁴⁴ Die Stilllegungs- und Entsorgungsverpflichtungen manifestieren sich insoweit regelmäßig bereits zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Sachanlage. Sofern die Voraussetzungen der Rückstellungsbildung unter IAS 37 erfüllt sind, erfolgt auf dem Konto der mit der Verpflichtung verbundenen Sachanlage die Gegenbuchung der Rückstellung. Dies bewirkt zunächst eine erfolgsneutrale Bilanzverlängerung, weil die zu bilanzierende Rückstellung durch eine Erhöhung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten neutralisiert wird.⁴⁵ Eine erfolgswirksame Vereinnahmung nach IFRS erfolgt dann im Weiteren primär über die erhöhte Abschreibung des Vermögenswertes (anders als nach HGB über die periodische Rückstellungszuführung).⁴⁶

⁴⁰ Vgl. *Sigloch/Weber*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., Anh. §§ 41-42a Rz. 991.

⁴¹ *Kümpel*, DStR 2004, 1227 (1228).

⁴² *Sigloch/Weber*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., Anh. §§ 41-42a Rz. 997.

⁴³ Ausführlich hierzu *Kümpel*, DStR 2004, 1227; *Schrumpf-Döriges*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, 4. Aufl., § 13 Rz. 115 ff. m.w.N.

⁴⁴ *Kümpel*, DStR 2004, 1227.

⁴⁵ *Kümpel*, DStR 2004, 1227 f.; *Schrumpf-Döriges*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, 4. Aufl., § 13 Rz. 116.

⁴⁶ Insoweit besteht ein konzeptioneller Unterschied zwischen HGB und IFRS. Während nach HGB die Rückstellung sukzessive im Laufe der Zeit aufgebaut wird, sehen die IFRS grundsätzlich einen voll-

Auch unter den internationalen Rechnungslegungsstandards ist eine wiederkehrende Prüfung der Rückstellungen selbst und ihrer Bewertung zu jedem Abschlussstichtag angeordnet, damit die bestmögliche Schätzung auf Basis aktueller Erkenntnisse stets sichergestellt ist (vgl. IAS 37.59). Alle Änderungen, welche sich für Rückstellungsgruppen auf Basis dieser laufenden Überprüfungen ergeben, sind im Rückstellungsspiegel enthalten, der nach IAS 37.84 für jede Gruppe von Rückstellungen anzugeben ist. Die genaue bilanzielle Handhabung bei Anpassungen der Rückstellungen für Entsorgungs-, Wiederherstellungs- und ähnliche Verpflichtungen wird in den Auslegungsvorschriften IFRIC 1 konkretisiert.⁴⁷

d) Keine weitergehenden Vorgaben des Europarechts

Das Europarecht enthält keine verbindlichen Vorgaben zu Art und Weise der Finanzierungsvorsorge für Stilllegung und Entsorgung. Insbesondere enthält es weder eine Pflicht zu Fondsmodellen, noch ist eine verbindliche Konzernhaftung o.ä. vorgeschrieben. Weder die Richtlinie 2009/71/Euratom noch die Richtlinie 2011/70/Euratom kennen dahingehende Regelungen. Im Gegenteil scheiterte ein Vorschlag, „Stilllegungsfonds“ in der Richtlinie über die Sicherheit kerntechnischer Anlagen verbindlich vorzugeben.⁴⁸ Dies stellt mithin eine ausdrückliche Entscheidung des europäischen Gesetzgebers gegen diesbezügliche Zwänge dar; es gibt danach keine europäische Pflicht, entsprechende Fondslösungen vorzusehen. Die Entsorgungsrichtlinie erwähnt das Verursacherprinzip im Hinblick auf die Entsorgungskosten (Art. 4 Abs. 3 lit. e) RL 2011/70/Euratom), geht jedoch nicht davon aus, dass die entsprechenden Gesamtkosten unbeschten von den Erzeugern der Abfälle zu tragen sind. Deren Verantwortung sei vielmehr „angemessen zu berücksichtigen“ (Art. 9 RL 2011/70/Euratom).

4. Standortauswahlgesetz 2013: Konzeptwechsel für die Endlagerung

Das im Juli 2013 verabschiedete StandAG hat die bisherige Entsorgungsarchitektur grundlegend verändert und alle bis zu diesem Zeitpunkt unternommenen Bemühungen, ein oder mehrere Endlager zu finden, weitgehend obsolet gemacht. Insbesondere im Hinblick auf die Festlegung eines Endlagers für hochradioaktive Abfälle hat es den **gesamten Prozess wieder auf Null gestellt**.

ständigen Ansatz der Rückstellung im Zugangszeitpunkt des Vermögenswerts als Bestandteil der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten vor (vgl. *Grottel/Andrejewski*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 9. Aufl., § 253 HGB Rz. 745). Wirtschaftlich hingegen wirkt das Konzept nach IFRS wegen des höheren Abschreibungspotenzials des Vermögenswerts im Ergebnis wie eine Ansammlungsrückstellung (*Schrimpf-Dörge*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, 4. Aufl., § 13 Rz. 116).

⁴⁷ Zu den bilanziellen Folgerungen nach IFRIC 1 in Abhängigkeit von der für die Sachanlagen nach IAS 16.29 gewählten Bewertungsmethode (Bewertung zu fortgeführten Anschaffungs-/Herstellungskosten bzw. Neubewertungsmethode) vgl. *Kümpel*, DStR 2004, 1227, 1228 ff.

⁴⁸ Vorschlag in Art. 9 Nr. 2 des Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie zur Festlegung grundlegender Verpflichtungen und allgemeiner Grundsätze im Bereich der Sicherheit kerntechnischer Anlagen; KOM(2003) 32 endg.; hierzu *Wittkamp*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Rückbaus von Kernkraftwerken, 2012, S. 76.

a) Planfeststellung

Auf Grundlage der bis dato geltenden Rechtslage erfolgte die Auswahl und Erkundung eines Standorts für ein potentiell Endlager außerhalb spezial-gesetzlicher Regelungen. Der Vorhabenträger – das BfS als Bundesoberbehörde – stellte nach Abschluss der Erkundungen für einen Standort einen Antrag auf Planfeststellung nach § 9b Abs. 1 S. 1 AtG. Die in dem Planfeststellungsverfahren zugrunde zu legenden Genehmigungsvoraussetzungen sind in § 9b Abs. 4 AtG normiert. Insbesondere ist ein Nachweis der Langzeitsicherung zu erbringen. Eine Alternativenprüfung, d.h. die Einbeziehung anderer Standorte, ist jedoch nicht vorgesehen. Es handelt sich nach herrschender Meinung nicht um eine Abwägungsentscheidung; zwar besteht ein begrenztes Versagungsersparnis, der Planfeststellungsbehörde wird jedoch kein planerischer Gestaltungsspielraum eingeräumt.⁴⁹

b) Vorausleistung

Auf Basis dieser Rechtslage ist ein Endlager für schwach- und mittelmäßig radioaktive Abfälle nach einem jahrzehntelangen Verfahren bestandskräftig planfestgestellt worden (Schacht Konrad).⁵⁰ Seit 1979 wird am Standort Gorleben geprüft, ob dort eine Lagermöglichkeit für hochradioaktive Abfälle besteht. Dessen sog. „Eignungshöflichkeit“, also die grundsätzliche Möglichkeit, dass der Standort nach Maßgabe der einschlägigen Genehmigungsvoraussetzungen – insbesondere den Sicherheitsanforderungen – als Endlager in Betracht kommen kann, ist durch zahlreiche Untersuchungen bestätigt worden. Die EVU haben insbesondere die Erkundungen von Schacht Konrad und Gorleben durch Vorausleistungen auf Basis des § 21b Abs. 2 AtG i.V.m. der EndlagerVIV maßgeblich mitfinanziert. Für Schacht Konrad wurden seitens der EVU bis heute insgesamt rund 1,3 Mrd. Euro **Vorausleistungen** bezahlt, für Gorleben ca. 1,7 Mrd. Euro, insgesamt also rund **3,0 Mrd. Euro**.

c) Gorleben eignungshöflich

Nach einem Ende der Erkundungen in Gorleben hätte das Planfeststellungsverfahren abgeschlossen werden können. Im Zuge der AtG-Novelle 2002 wurde jedoch ein bis zu 10-jähriges Moratorium der weiteren Erkundung des Salzstocks Gorleben vorgesehen. Die zum damaligen Zeitpunkt bereits bestehende Eignungshöflichkeit des Standorts wurde ausdrücklich bestätigt.⁵¹ Eine neue Standortanalyse Gorleben wurde

⁴⁹ Vgl. BVerwG, UPR 2007, 272; Nds. OVG, DVBl. 2006, 1044 ff.; BVerfG, NVwZ 2010, 114 (119); *De Witt*, Struktur und Probleme des atomrechtlichen Planfeststellungsverfahrens, in: Ossenbühl, Deutscher Atomrechtstag 2004, 125 (127); *Posser*, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (253); vgl. auch *Keienburg*, NVwZ 2014, 1133 (1137); *Fillbrandt/Paul*, in: Danner/Theobald, Energierecht, § 9b AtG Rz. 16; a.A.: *Gaßner/Neusiß*, ZUR 2009, 347 (349 ff.); *John/Jankowski*, in: Koch, Umweltrecht, 3. Aufl., § 10 Rz. 97; *Ramsauer*, NVwZ 2008, 944 (946 f.).

⁵⁰ S. hierzu die Urteile des OVG Nds. (DVBl. 2006, 1044 ff.) BVerwG (UPR 2007, 272) und BVerfG (DVBl. 2008, 593 ff. und NVwZ 2010, 114 ff.) zum Planfeststellungsbeschluss Konrad.

⁵¹ S. Anlage 4 zu der Vereinbarung zwischen EVU und Bundesregierung, abgedruckt bei *Posser/Schmans/Müller-Dehn*, Atomgesetz, 2003, Anhang Nr. 2, S. 297 f.

im Sommer 2010 begonnen; auch deren Ergebnisse bestätigten ohne Einschränkungen dessen Eignungshöflichkeit.⁵²

d) Neue Standortsuche

Trotzdem entschied sich die seinerzeitige Bundesregierung für eine weitere Standort-suche,⁵³ was nach zahlreichen Diskussionen in den Erlass des StandAG mündete.⁵⁴ Dieses hat zum Ziel, den Standort für ein Endlager für die im Inland angefallenen hoch radioaktiven Abfälle zu finden (§ 1 Abs. 1 S. 1 StandAG).⁵⁵ Es sieht hierzu ein mehrschrittiges Standortauswahlverfahren vor, das insbesondere dem Gesetzgeber umfangreiche Aufgaben und Entscheidungsbefugnisse zuweist. So erarbeitet zunächst eine Kommission eine Empfehlung für die Entscheidungsgrundlagen der späteren Standortauswahlentscheidung (§ 4 Abs. 2 StandAG), die sodann vom Bundestag durch Gesetz beschlossen werden (§ 4 Abs. 5 StandAG). Das eigentliche Standortauswahlverfahren beginnt erst nach Abschluss der Arbeiten der Kommission (vgl. § 1 Abs. 2 StandAG) und gliedert sich – vereinfacht – in drei Schritte, die jeweils durch einen Gesetzesbeschluss abgeschlossen werden: die Auswahl der übertägig zu erkundenden Areale (§ 14 Abs. 2 S. 5 StandAG), sodann der untertägig zu untersuchenden Bereiche (§ 17 Abs. 2 S. 5 StandAG) und die abschließende Standortentscheidung (§ 20 Abs. 2 S. 1 StandAG).⁵⁶

Vorgesehen ist neben einem eigens eingerichteten „gesellschaftlichen Begleitgremium“ eine umfangreiche Öffentlichkeitsbeteiligung während jedes Schrittes des gesamten Auswahlverfahrens (§§ 8-10 StandAG). An die abschließende Standortauswahl schließt sich nach § 9b Abs. 1a AtG ein Plangenehmigungsverfahren an, für das die gesetzliche Standortentscheidung verbindlich ist (§ 20 Abs. 3 StandAG).

Gegen die **Verfassungsmäßigkeit** des StandAG und seine **Finanzierungsregelungen** bestehen **grundlegende Bedenken**.⁵⁷ Dessen ungeachtet zeigt es aber, dass der Bund seiner Entsorgungsverantwortung einmal mehr nicht gerecht wird, sondern die notwendigen Entscheidungen letztlich auf den „*Sankt Nimmerleinstag*“ verschiebt.

⁵² Posser, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (255 m.w.N.).
⁵³ S. insbesondere den Abschlussbericht der AKEnd aus dem Jahr 2002, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/281906/c1fb3860506631de51b9flf689b7664c/empfehlung-_akend-pdf-data.pdf (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

⁵⁴ Überblick bei *Hennenhöfer*, Standortauswahlverfahren und Endlagergenehmigung nach dem Standortauswahlgesetz, in: FS Dolde, 2014, 209.

⁵⁵ Hiermit ist nicht die Suche eines ultimativ besten Standorts, sondern des bestmöglichen Standorts in einer Vergleichsbetrachtung mehrerer gemeint; *Keienburg*, NVwZ 2014, 1133 (1134).

⁵⁶ Im Einzelnen s. *Posser*, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, S. 251 (256 ff.).

⁵⁷ Vgl. *Posser*, FS-Dolde, S. 251ff; *Moench*, DVBl. 2015, 213ff.

II. FINANZIELLE VORSORGE IN DER PRAXIS: BILDUNG UND BEREITHALTEN DAUERHAFT ANGEMESSENER FINANZIELLER MITTEL ZUR ERFÜLLUNG DER STILLLEGUNGS- UND ENTSORGUNGSPFLICHTEN

Die EVU haben für ihre Pflichten im Zusammenhang mit der Stilllegung und Entsorgung (oben B.I.3.) Rückstellungen in erheblicher Höhe gebildet. Diese beliefen sich zum Ende des Geschäftsjahres 2014 auf insgesamt rund 38,4 Mrd. Euro.⁵⁸ Im Folgenden wird dargelegt, auf welchen Erfahrungswerten und Annahmen diese Rückstellungssumme beruht und wie sich die Rückstellungspraxis der Konzerne entwickelt hat.

1. Umfang der finanziellen Vorsorge: Erfahrungswerte ermöglichen verlässliche Kostenprognose für Stilllegung

Im Hinblick auf die Stilllegung von Kernkraftwerken existieren umfangreiche Erfahrungswerte aus inzwischen zwei Jahrzehnten, auf deren Basis die Kosten weitgehend genau zu kalkulieren sind. So befinden sich bereits zahlreiche Kernkraftwerke in der Stilllegung oder sind bereits aus dem Atomgesetz entlassen.⁵⁹ Die Stilllegung einer kerntechnischen Anlage ist deshalb nichts „Unbekanntes“ oder gar „Einmaliges“.

Die Erfahrungen mit bisherigen Stilllegungen zeigen nicht nur, dass alle erforderlichen Technologien vorhanden sind und bereits mehrfach effektiv angewendet wurden. Es steht auch fest, dass qualifizierte Dienstleister für die Stilllegungsmaßnahmen zur Verfügung stehen. Auf dieser Basis können die voraussichtlichen Stilllegungskosten anderer Anlagen verlässlich kalkuliert werden; je mehr Erfahrungen es mit Stilllegungsprojekten gibt, desto präziser ist die Kostenprognose.

Daher kommt auch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Warth & Klein (W&K) zu dem Ergebnis, dass die EVU die Entsorgungskosten korrekt ermittelt haben. Unter Bezugnahme auf das W&K-Gutachten hat der Bundeswirtschaftsminister festgestellt:

„Der Stresstest zeigt: Die betroffenen Unternehmen haben bei der Rückstellungsbildung die Kosten vollständig abgebildet.“⁶⁰

2. Bildung und Bereithalten dauerhaft angemessener finanzieller Vorsorgemittel durch Betreiber und Genehmigungsinhaber

a) Bilanzvorgaben

Bei der Rückstellungsbildung wurde die bilanzrechtlich vorgeschriebene Abzinsung mit Diskontierungszinssätzen zwischen 4,0% und 4,8% vorgenommen.⁶¹ Zum Vergleich lag der von der Bundesbank nach Maßgabe des § 253 Abs. 2 S. 4 HGB für ei-

⁵⁸ Vgl. RWE Geschäftsbericht 2014, S. 161; E.ON Geschäftsbericht 2014, S. 170 f.; EnBW Konzern-Jahresabschluss 2014, S. 55; Vattenfall Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht 2014, S. 116.

⁵⁹ Vgl. dazu den ausführlichen Statusbericht des BfS zur Kernenergienutzung in der Bundesrepublik Deutschland 2014, S. 21 ff.

⁶⁰ BMWi, Pressemitteilung vom 10. Oktober 2015 – „Gabriel: „Unternehmen sind in der Lage, die Kosten des Kernenergieausstiegs zu tragen““ – näher zum Ganzen unten B. V.

⁶¹ Vgl. RWE Geschäftsbericht 2014, S. 162; E.ON Geschäftsbericht 2014, S. 169; EnBW Konzern-Jahresabschluss 2014, S. 55; Vattenfall Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht 2014, S. 92.

ne Bilanzierung nach HGB festgelegte Zinssatz für Rückstellungen mit einer Restlaufzeit von 30 Jahren im Januar 2015 bei 4,44%.⁶²

Nach allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen werden die gebildeten Rückstellungen auf der Passivseite der Bilanz gebucht und die Zuführungen zu den Rückstellungen als Aufwand in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen. Hierdurch wirken sie sich gewinnmindernd aus und verringern den Umfang möglicher Ausschüttungen der Unternehmen. Da zugleich die Erfüllung der langfristigen Verpflichtungen, für welche die Rückstellungen gebildet wurden, erst in der fernen Zukunft liegt, kann es in den Unternehmen zu einer Ansammlung ungenutzter Mittel bzw. Liquidität kommen. Das ist nicht ungewöhnlich, sondern eine übliche Folge bei der Bildung von Rückstellungen für weit in der Zukunft liegende Verpflichtungen. Diese Folge tritt gleichermaßen bei der Bildung von Rückstellungen für Pensionsverbindlichkeiten und bei Rückstellungen in anderen Industriezweigen ein. Es handelt sich also um eine Standardsituation insbesondere bei Industrieunternehmen (nicht nur im Energiesektor, sondern auch in weiteren Bereichen, wie Chemie, Produktion oder Bergbau), in denen für künftige Verpflichtungen – seien es Pensionsverpflichtungen, Abbau- oder Nachsorgemaßnahmen – Rückstellungen zu bilden sind.

b) **Cash-Management-Systeme**

Um in diesen Fällen ein wirtschaftlich nachteiliges Brachliegen ungenutzter Liquidität zu verhindern, greifen Unternehmen typischerweise auf **Cash-Management-Systeme** zurück, die auch international ein **anerkannter und fest verankerter Bestandteil der Konzernfinanzierung** sind.⁶³ Solche Systeme bestehen insbesondere in der Form des sog. Cash-Pooling, durch das Liquidität an zentraler Stelle im Konzern gebündelt und verwaltet wird. Mit dieser Bündelung werden verschiedene Ziele verfolgt: Zum einen wird konzernübergreifend die Zahlungsfähigkeit verbessert, weil eine optimale Allokation der internen Mittel erfolgen kann. Gleichzeitig werden aber auch die Kassenhaltungs-, Zahlungsstrom- und Finanzierungskosten gesenkt. Schließlich vermag die Sammlung von Liquidität neben einer Verringerung sonstiger Risiken (insbesondere im Hinblick auf das einzusetzende Finanzinstrument oder Kreditinstitut) auch in eine Verbesserung der Anlageerlöse zu münden.⁶⁴ Vor dem Hintergrund dieser Vorzüge hat der **Gesetzgeber** das **Cash-Pooling** als wirtschaftlich sinnvoll erkannt und seine Nutzung **aktiv unterstützt**.⁶⁵ Die großen Energieversorger haben dementsprechend solche (oder vergleichbare) Systeme ebenfalls seit vielen Jahren eingerichtet.

⁶² Vgl. Homepage der Bundesbank www.bundesbank.de unter Statistiken – Geld und Kapitalmärkte – Abzinsungszinssätze (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

⁶³ *Altmeppen*, NZG 2010, 361; *Milbert/Leuschner*, NZG 2009, 281; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, 2003, S. 1.

⁶⁴ *Larisch*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., Teil C Rz. 552; ferner *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, 2003, S. 1.

⁶⁵ Vgl. die Regierungsbegründung zum MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 41.

c) Liquidität

Rechtlich erfolgt die interne Bereitstellung von Liquidität im Rahmen des Cash-Pooling über die Gewährung von Darlehen im Sinne des § 488 BGB (sog. *upstream loans*) an die zentrale Sammelstelle (sog. Cash-Pool-Führerin).⁶⁶ Damit geht einher, dass die am Cash-Pooling teilnehmende Gesellschaft im Gegenzug auch einen **Darlehensrückzahlungsanspruch** erwirbt. Vor dem Hintergrund der Kapitalaufbringung muss dieser in einem Cash-Pooling System nicht nur uneingeschränkt vollwertig, sondern auch liquide in dem Sinne sein, dass er jederzeit fällig ist bzw. durch Kündigung fällig gestellt werden kann.⁶⁷ Für die Geschäftsführer bzw. Vorstände der teilnehmenden Gesellschaft besteht dabei eine laufende Beobachtungspflicht: Sobald sich Anhaltspunkte für eine mögliche Illiquidität ergeben, können und müssen sie die überlassenen Mittel sofort zurückfordern oder weitere Sicherheiten verlangen.⁶⁸ Überdies besteht die Notwendigkeit, auf Seiten der Cash-Pool-Führerin Frühwarn-, Informations- und Reaktionssysteme zu etablieren, die die Teilnehmergesellschaft schützen.⁶⁹ Nicht zuletzt bleibt der Nominalwert des Anspruchs unbeeinflusst davon, wie die Liquidität im Weiteren verwendet oder angelegt wird.

d) Konservative Anlagenstrategie

Neben den o.g. typischen Informations- und Reaktionspflichten, die in einem Cash-Pooling-System etabliert werden müssen, sind für das Funktionieren der Konzernfinanzierung auch Möglichkeiten der kurzfristigen Bereitstellung von Mitteln im Falle etwaiger Engpässe von Bedeutung. Die Energieversorger halten insofern unterschiedliche Quellen wie insbesondere ungenutzte Kreditlinien, Commercial Paper- und Debt-Issuance-Programme vor.⁷⁰ Für die zentrale Anlage eigener Gelder in externe Kapitalanlagen gelten typischerweise **konservative Anlagerichtlinien**, welche Risiken im Zusammenhang mit der Investition von Geldern am Kapitalmarkt reduzieren und damit ebenfalls zur Sicherung der Verfügbarkeit hinreichender Mittel beitragen.

III. AKTUELLE POLITISCHE DISKUSSION ÜBER FINANZIELLE VORSORGE IM KERN-ENERGIEBEREICH: DAS BBH-GUTACHTEN VOM 10. DEZEMBER 2014

Im Dezember 2014 legte die Kanzlei Becker Bütter Held (bbh) ein Gutachten im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums vor.⁷¹

⁶⁶ *Altmeyden*, NZG 2010, 361, 362; *Larisch*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., Teil C Rz. 555.

⁶⁷ *Roth*, in: ders./Altmeyden, GmbHG, 8. Aufl., § 19 Rz. 107; *Larisch*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., Teil C Rz. 568.

⁶⁸ BGH, NJW 2001, 3622; BGH, NJW 2009, 850; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 43 Rz. 59; *Altmeyden*, NZG 2010, 361 (364 f.).

⁶⁹ *Larisch*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2014, Teil C Rz. 670.

⁷⁰ Vgl. RWE Geschäftsbericht 2014, S. 173; E.ON Geschäftsbericht 2014, S. 42; EnBW Geschäftsbericht 2014, S. 17; Vattenfall Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht 2014, S. 70.

⁷¹ Abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/rechtsgutachten-rueckstellung-kernenergie,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

Das Gutachten gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil (unter dem Titel „Identifizierung von Risiken im Status Quo“) stellt bbh die These auf, dass nach gegenwärtiger Rechtslage für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung sowie sämtliche hiermit im Zusammenhang stehende Kosten nach dem umweltvölkerrechtlichen Verursacherprinzip die Betreibergesellschaften verantwortlich seien und, aufgrund einer gegenwärtig unzureichenden Rechtslage, Risiken faktischer und rechtlicher Art bestünden, unter anderem deshalb, weil die Betreibergesellschaften nach geltender Rechtslage die für Rückbau, Stilllegung und Endlagerung zurückgestellten Mittel in andere Konzerngesellschaften „verschieben“ und so das erforderliche Haftungsvermögen und dessen Verfügbarkeit gefährden könnten. Auf dieser Grundlage kommt bbh in Teil 2 (unter dem Titel „Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen denkbarer Reformoptionen“) zu der Schlussfolgerung, dass zur Beseitigung der behaupteten Risiken der Gesetzgeber berechtigt wäre, das Vorsorge- und Haftungssystem einseitig und zwangsweise neu zu gestalten (durch Verpflichtung zur Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen Fonds nach Vorbild des § 66 VAG, in einem externen Fonds, durch Schaffen einer neuen Solidarhaftung sowie durch Begründung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften).

Im Einzelnen stellt das Gutachten in Teil 1 folgende Thesen auf:

- Die den Rückstellungen zugrundeliegenden Kostenprognosen seien „*äußerst unsicher*“. Die einschlägigen Sachverhalte seien komplex; sowohl die Höhe der Kosten als auch der Zeitraum, in dem diese anfallen, unterlägen Prognosen. Jede Abweichung der tatsächlichen Entwicklung von den ursprünglichen Annahmen könne angesichts der hohen Gesamtsummen dazu führen, dass Millionen- oder gar Milliardenbeträge fehlen (bbh, S. 61, 13 ff.).
- Es bestünden kaum rechtliche Vorgaben, wie die Betreiber ihre Finanzierungsvorsorge zu treffen haben. Die Rückstellungen stünden den Betreibergesellschaften zur freien Verwendung. Deshalb bestehe ein Risiko, dass mit den Rückstellungen „*nicht sorgfältig*“ umgegangen werde und diese im Zeitpunkt des Kostenanfalls nicht mehr zur Verfügung stehen. Insbesondere könnten die Rückstellungen in andere Konzerngesellschaften „*faktisch verschoben*“ oder in „*hochriskanten Anlageformen*“ angelegt werden (bbh, S. 8, 31 f., 34, 57 f., 61).
- Die den Rückstellungen entsprechenden Vermögenswerte unterlägen „*keinerlei Zweckbindung*“, die deren Erhalt im Falle einer Betreiberinsolvenz garantieren würde (bbh, S. 61, 37 f.).
- Ein Insolvenzrisiko der Betreibergesellschaften bestehe, wenn die angesammelten Rückstellungen nicht auskömmlich seien und falls die an die Muttergesellschaften ausgereichten Finanzmittel nicht ordnungsgemäß an die Betreibergesellschaften zurückfließen, etwa im Falle der Insolvenz der Muttergesellschaft (bbh, S. 8, 34 ff.).
- Es gäbe „*keine Garantie für die langfristige (Mit-)Haftung der Konzerne*“. Bei Kündigung von Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen

(BEAV) und/oder Patronatserklärungen sowie bei Umstrukturierungen der Konzerne (Spaltungen) sei nach Ablauf einer gewissen Nachhaftungsphase eine Begrenzung der Haftungsmasse auf das geringere Vermögen der Betreibergesellschaften nicht ausgeschlossen (bbh, S. 61, 8, 52 ff., 58 ff.).

- Es bestünden deshalb auf Basis der gegenwärtigen Rechtslage „*Risiken faktischer und rechtlicher Art*“, dass die betroffene Vorsorge nicht ausreiche. Deshalb könne in einer „*worst case-Betrachtung*“ nicht ausgeschlossen werden, dass auf die öffentliche Hand erhebliche (Ausfall-)Kosten für die komplette Beendigung der friedlichen Nutzung der Kernenergie zukommen könnten (bbh, S. 8 f.).

Der zweite Teil des Gutachtens (bbh, S. 62 ff.) untersucht, wie die im ersten Teil behaupteten „Risiken faktischer und rechtlicher Art“ durch einseitige gesetzgeberische Zwangsmaßnahme beseitigt werden könnten. Hierzu diskutiert das bbh-Gutachten vier sogenannte „Reformoptionen“ (S. 67 ff.):

- Als erste Möglichkeit einer Reform des Systems der finanziellen Vorsorge diskutiert das Gutachten eine gesetzliche Neuregelung, welche die **vorrangige Befriedigung der Forderungen des Staates** in einem möglichen Insolvenzverfahren der Betreibergesellschaften anordnet. Als Nachteil wird gesehen, dass diese Maßnahme erst im Insolvenzzeitpunkt ansetzt. Ferner würden mit einer solchen Regelungen Grundrechte (nur) der Gläubiger der insolventen Betreibergesellschaft berührt (bbh, S. 67). Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Regelung verfassungsrechtlich bedenklich wäre (bbh, S. 68). Es bestehe ein Risiko, dass die Grundrechte der Drittgläubiger aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verletzt würden. Insbesondere wenn die Novellierung auch solche Ansprüche erfasse, die bereits vor ihrem Inkrafttreten begründet waren, liege eine unzulässige echte Rückwirkung vor (bbh, S. 75). Das bbh-Gutachten verwirft diese Reformoption schließlich, da – selbst wenn ihre Verhältnismäßigkeit hergestellt werden könnte – diese nicht gleich geeignet sei (bbh, S. 76).
- Als zweite denkbare Reformoption diskutiert bbh eine gesetzliche Anordnung einer **Haftung der Konzernmütter nach Beendigung eines BEAV**. Insoweit bestünden keine wesentlichen verfassungsrechtlichen Bedenken (bbh, S. 76). Die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) sei nicht betroffen, da das Vermögen als solches – und nur darum gehe es hier – von dieser nicht geschützt sei (bbh, S. 76). Zwar lägen Eingriffe in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) mit ihrem Gehalt der negativen Privatautonomie vor. Diese seien jedoch gerechtfertigt (bbh, S. 77 f.). Insbesondere könne man auch die Konzernmütter als „Verursacher“ i.S.d. umweltrechtlichen Verursacherprinzips ansehen. Diese könnten über die bestehenden BEAV das Verhalten der Betreibergesellschaften umfassend steuern. Auch ein schutzwürdiges Vertrauen bestehe nicht: Das Verursacherprinzip sei den Konzernmüttern bekannt gewesen, so dass die mit der Neuregelung einhergehende unechte Rückwirkung zulässig sei (bbh, S. 78).

- Die dritte untersuchte Maßnahme ist die **Bildung interner Fonds** (bbh, S. 78 ff.). Hierunter versteht das Gutachten die Bildung eines Sicherungsvermögens, das den Unternehmen rechtlich zugeordnet bleibt (bbh, S. 82). Als geeignetes Modell sei das Vorbild des versicherungsrechtlichen Sicherungsvermögens der §§ 66 ff., 77a VAG anzusehen, das u.a. durch eine vom sonstigen Vermögen der Gesellschaft gesonderte Aufbewahrung der Vermögensgegenstände, eine Beschränkung der zugelassenen Anlageformen, eine Nachschusspflicht, gesetzlich angeordneten Insolvenzschutz und behördliche Aufsicht gekennzeichnet sei (bbh, S. 83 f.). CTA-Modelle seien mangels Pflicht, ein Sicherungsvermögen zu bilden, sowie mangels spezifischer Anlagevorschriften, fehlender Nachschusspflicht und staatlicher Aufsicht „weniger geeignet“ (bbh, S. 86, 84 f.).

Das Gutachten hält die Einführung eines internen Fondsmodells nach Vorbild der VAG-Vorschriften für verfassungsrechtlich zulässig (S. 89 ff.). Im Hinblick auf die Grundrechte der Betreiber sei Art. 14 Abs. 1 GG nicht betroffen. Der mit der Fondsbildung einhergehende Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG sei gerechtfertigt, weil die Vermögenswerte nicht entzogen werden und das Verursacherprinzip hierfür streite (bbh, S. 90 f.). Art. 3 Abs. 1 GG sei ebenfalls nicht verletzt, weil die Kernenergie eine Sonderstellung gegenüber anderen Gewerbearten einnehme (bbh, S. 92). Eine Rückwirkung liege nicht vor, weil die Pflicht zur Bildung eines Sicherungsvermögens nur für die Zukunft gelte (bbh, S. 92).

- Als Variante geht bbh auf eine **Kombination** eines internen Fondsmodells mit einem **solidarischen Garantiesystem** ein. Denkbar sei ein „solidarische[r] Haftungsverbund der Betreiber auf privatrechtlicher Basis“ (bbh, S. 94). Dieser könne einerseits das Risiko absichern, dass bei Insolvenz einer Betreibergesellschaft vor Abschluss der Ansammlung der Fondsmittel diese nicht vollständig aufgebracht werden. Andererseits könne auch eine gesamtschuldnerische Haftung für über die Rückstellungen (d.h. Fondsmittel) hinausgehende ungeplante Kosten vorgesehen werden (bbh, S. 87 f.). Neben Art. 12 GG und Art. 3 Abs. 1 GG sei bei einem solchen System auch die negative Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG betroffen (bbh, S. 96). Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Systems lässt das bbh-Gutachten ausdrücklich offen (bbh, S. 9, 96).
- Als vierte Reformoption untersucht bbh die **Bildung eines externen Fonds** (bbh, S. 97 ff.). Hierunter werden Modelle verstanden, bei denen die Verfügungsgewalt über die Finanzmittel weder unmittelbar noch mittelbar den Betreibergesellschaften zusteht. Die finanziellen Mittel aus den aufgelösten Rückstellungen verlassen vielmehr das Vermögen der Kraftwerksbetreiber und werden auf eine juristische Person (entweder des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts) übertragen (bbh, S. 114 f.).

Ein zwangsweise angeordneter externer Fonds sei sowohl finanzverfassungsrechtlich zulässig (bbh, S. 115 ff., 125) als auch mit den Betreibergrundrech-

ten vereinbar (bbh, S. 125 ff.). Es handele sich um eine nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässige Sonderabgabe (bbh, S. 121 ff.). Die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG sei durch die Pflicht zur Übertragung von Finanzmitteln auf einen externen Fonds nur dann betroffen, wenn eine erdrosselnde Wirkung bestehe. Dies könne jedoch durch eine entsprechende Gestaltung (z.B. schrittweise Einzahlung der Fondsmittel und/oder Übertragung werthaltiger Assets ohne Liquidierungspflicht) verhindert werden (bbh, S. 127 ff.). Eingegriffen werde zwar in Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG (bbh, S. 137 ff.). Die Eingriffe seien aber gerechtfertigt. Das bbh-Gutachten differenziert im Hinblick auf die Erforderlichkeit eines externen Fonds zwischen den unterschiedlichen Pflichten der Betreiber: Zur Finanzierung der früher anfallenden Lasten für Stilllegung/Rückbau sei ein interner Fonds ebenso wirksam, ein externer demnach nicht erforderlich (bbh, S. 133 ff.).

Das Gutachten geht davon aus, dass im Hinblick auf die Gestaltung des externen Fonds ein großer Spielraum bestehe (bbh, S. 141). Die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung sei ein gangbarer Weg. Ausgangspunkt für die Dotierung des Fonds sei die bisherige Rückstellungspraxis, wobei das erforderliche Gesamtvolumen unabhängig ermittelt werden solle und ggf. eine angemessene Risikorücklage mit einzubringen sei (bbh, S. 145). Eine erdrosselnde Wirkung der Einzahlungspflicht sei zu vermeiden (bbh, S. 145 f.). Die Betreibergesellschaften hätten nach Dotierung des Fonds einen Freistellungsanspruch gegen diesen, wenn sie selbst in Anspruch genommen würden. Unmittelbar beim Staat anfallende Kosten der Endlagerung könnten auch direkt aus dem Fonds beglichen werden (bbh, S. 10).

- Auch im Hinblick auf **externe Fonds** spricht das bbh-Gutachten die **Kombination mit einer Solidarhaftung** an (bbh, S. 146 ff.). Gemeint ist eine gesetzliche Regelung, nach der bei Unauskömmlichkeit der Fonds-Mittel die anderen Betreibergesellschaften die fehlenden Mittel nachschießen müssen (bbh, S. 146). Diese sei wegen des Bestehens einer gemeinsamen Verantwortung der Betreiber auch verfassungsrechtlich zulässig, ihre konkrete Ausgestaltung und verfassungsrechtlichen Grenzen blieben indes einer näheren Prüfung vorbehalten (bbh, S. 148).
- Im Hinblick auf eine **Kumulation** mehrerer Regelungsoptionen geht das bbh-Gutachten davon aus, dass die „*Entscheidung für ein konkretes Kombinationsmodell [...] überwiegend politischer Natur*“ sei (bbh, S. 149). Durch eine Kombination aus internem und externem Fonds könne die Eingriffsintensität in die Betreibergrundrechte abgemildert werden (bbh, S. 150).
- Empfohlen wird im Ergebnis diese Kombination (bbh, S. 10): Interne Fonds bei den Betreibern sollten die Finanzierung von Stilllegung und (direktem) Rückbau sichern (bbh, S. 150 f.), ein externer Fonds in Form einer öffentlich-rechtlichen Stiftung sollte dagegen die Finanzierung der Entsorgung radioak-

tiver Abfälle und der Rückbauvariante des sicheren Einschlusses gewährleisten (bbh, S. 151).

IV. GESETZGEBUNGSINITIATIVE DER BUNDESREGIERUNG ZUR BEGRÜNDUNG EINER NEUEN STILLLEGUNGS- UND ENTSORGUNGSHAFTUNG DER MUTTERGESELLSCHAFTEN: GESETZENTWURF VOM 9. OKTOBER 2015

Die Parteivorsitzenden der Regierungsparteien haben bei einem Treffen am 1. Juli 2015 zur Energiewende u.a. vereinbart, die „*noch offenen Fragen zur Realisierung und Finanzierung des Rückbaus der Kernkraftwerke und der Entsorgung der radioaktiven Abfälle*“ zu lösen.

1. Neue Haftung

Der Bundeswirtschaftsminister hatte unmittelbar im Nachgang zu dem Treffen der Parteivorsitzenden eine konkrete Gesetzgebungsinitiative angekündigt. Diese solle verhindern, dass die EVU – etwa durch den Verkauf von Tochtergesellschaften – das zur Erfüllung atomrechtlicher Pflichten zur Verfügung stehende Haftungsvermögen verkleinern.⁷² Seit dem 9. Oktober 2015 liegt der Entwurf „*eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich*“ vor (Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz, im Folgenden: REG-E⁷³). Das Bundeskabinett hat diesen Entwurf beschlossen; die Bundesratsbefassung ist für den 6. November 2015 vorgesehen. Der Entwurf sieht im Kern eine Ausfallhaftung herrschender Unternehmen für Nuklearverbindlichkeiten ihrer Kernkraftwerke betreibenden Beteiligungsgesellschaften vor. Erkennbar lehnt sich der Entwurf an den Gesetzgebungsvorschlag an, der im bbh-Gutachten unter dem missverständlichen Titel „Weiterhaftung der Konzernmütter“ unterbreitet wird.⁷⁴ In Wahrheit würde durch das Gesetz keine bestehende Haftung weitergeführt, sondern eine **vollständig neue atomrechtliche Haftung der Muttergesellschaften**, insbesondere für sämtliche Rückbau-, Stilllegungs-, und Entsorgungspflichten der Betreibergesellschaften, begründet. Eine solche besteht nach geltender Rechtslage gerade nicht. Die **Titulierung als „Weiterhaftung“ ist ein Feigenblatt**, mit dem die tatsächliche Reichweite der neuen Haftung milder erscheinen soll als sie in Wahrheit ist.

Im Einzelnen: Für die Zwecke des Gesetzes wird der **Begriff** des „*herrschenden Unternehmens*“ durch § 2 REG-E eigenständig definiert, wonach nicht nur das Halten von mindestens der Hälfte der Anteile oder der Stimmrechte erfasst ist, sondern auch „*alle sonstigen Fälle*“ alleiniger oder gemeinsamer Leitungsmacht beim Betreiber genügen sollen (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 REG-E). Für die Berechnung der jeweiligen Anteile bzw. Stimmrechte lehnt sich der REG-E dabei an die aktienrechtliche Regelung des § 16 Abs. 2, 3 AktG an (vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 REG-E). Ebenso kann entsprechend § 16 Abs. 4 AktG eine Zurechnung von Anteilen und Stimmrechten Dritter erfolgen. Für persönlich haftende Gesellschafter eines Betreibers oder eines diesen beherr-

⁷² Meldung hierzu abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/energie,did=718258.html> (letzter Abruf: 9. Oktober 2015); s. auch Süddeutsche Zeitung vom 4. Juli 2015, Ausgabe München, S. 25.

⁷³ Zitiert wird im Folgenden die Fassung vom 9. Oktober 2015.

⁷⁴ bbh, S. 76 ff.

schenden Gesellschafters wird die Beherrschung sogar widerleglich vermutet (vgl. § 2 Abs. 2 REG-E).

Dabei beziehen sich alle Regelungen nur auf die Beherrschung durch ein anderes *Unternehmen*. Die Materialien zu dem REG-E und die politische Diskussion legen insoweit nahe, dass es sich um einen spezifischen Unternehmensbegriff handelt, der auch öffentliche Anteilseigentümer erfassen soll.

2. Abweichungen vom bisherigen Rechtssystem

Die Definition der Beherrschung im REG-E **weicht** in mehrfacher Hinsicht von den **geltenden aktienrechtlichen Regelungen ab**. Besonders augenfällig ist, dass bereits das Halten der Hälfte der Anteile oder Stimmrechte genügen soll, um eine Beherrschung zu begründen. Das Aktienrecht setzt demgegenüber im Grundfall eine Mehrheitsbeteiligung für die Annahme der Beherrschung voraus (vgl. § 16 Abs. 1 AktG). Nach überwiegender Auffassung genügt der bloße Einigungszwang, der von einer paritätischen Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen auf die Gesellschafter typischerweise ausgeht, für die Annahme gemeinsamer Beherrschung allein nicht; hinzutreten müssen vielmehr weitere Umstände, insbesondere durch Absprachen der Mütter, deren gemeinsames Vorgehen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen sichergestellt ist.

Der REG-E weicht auch insoweit vom geltenden Aktienrecht ab, als eine entsprechende Anteilsinhaberschaft (im Unterschied zu § 17 Abs. 2 AktG) nicht als widerlegbare Vermutung, sondern vielmehr zwingend zur Beherrschung führen soll. Der REG-E lässt offen, wann bzw. welche Unternehmen „gemeinsamen beherrschenden Einfluss“ ausüben können. Ob dies als Verweis auf § 17 Abs. 1 AktG bzw. Fälle einer Mehrmütterherrschaft zu verstehen ist oder auch darüber hinaus gehende Konstellationen (etwa im Sinne eines „acting in concert“, vgl. § 22 Abs. 2 WpHG) einbezogen werden sollen, bleibt offen.

3. Strukturelle Veränderungen unmaßgeblich

Diese Beherrschung setzt sich auch gegen strukturelle Veränderungen der beteiligten Unternehmen durch. So entfällt sie selbst dann nicht, wenn der **Betreiber als Rechtsträger erlischt** (§ 2 Abs. 3 REG-E). *Zahlungsverpflichtungen* können in diesem Fall direkt gegenüber den *herrschenden Unternehmen* geltend gemacht werden (§ 1 Abs. 3 S. 1 REG-E); dadurch wird eine Haftung für lediglich hypothetische Forderungen begründet, die nach zivilrechtlichen Grundsätzen mangels Rechtsträgers nicht (mehr) begründet werden könnten. Auch wenn eine Handlungspflicht eines Betreibers nicht mehr entstehen kann, weil dieser erloschen ist, wird gleichwohl eine Haftung der herrschenden Unternehmen etabliert (§ 1 Abs. 1 S. 2 REG-E).⁷⁵

Änderungen der Eigenschaft als „herrschendes Unternehmen“ sind gem. § 3 Abs. 1 REG-E für die Haftung ohne Belang. Damit schreibt der Entwurf den einmal begrün-

⁷⁵

Gehaftet wird für die Kosten einer Ersatzvornahme in gleicher Weise wie beim Fortbestehen der Betreiberin, Begründung, S. 9.

deten **Status als Haftungsadressat dauerhaft** fort. Ebenso schließt § 3 Abs. 2 REG-E eine befreiende Wirkung der „*Übertragung der Haftung [...] auf einen Dritten*“ aus. Hiervon sollen etwa umwandlungsrechtliche Strukturmaßnahmen erfasst sein.⁷⁶ Die einmal begründete Haftung ist nicht mehr auflösbar.

4. Unbegrenzte sachliche Haftung

Sachlich erstreckt sich die neue Haftung der Muttergesellschaften auf die **unbegrenzte Gewährleistung** von „*sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen eines Betreibers von im Inland belegenen Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität, die für die Stilllegung und den Rückbau dieser Anlagen [...] sowie für die geordnete Beseitigung der radioaktiven Abfälle [...] anfallen*“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 REG-E). Das betrifft also nicht nur alle zur Zeit bekannten Kosten im Zusammenhang mit Stilllegung, Rückbau, Zwischen- und Endlagerung, sondern auch alle ggf. zukünftig neu eingeführten Zahlungsverpflichtungen.⁷⁷ § 1 Abs. 2 REG-E enthält eine Regelung für Kosten der Verwaltungsvollstreckung. Erfasst werden soll der Fall, dass staatliche Zahlungsansprüche erst in Folge einer Ersatzvornahme im Hinblick auf nicht erfüllte Handlungspflichten der Betreiber entstehen.⁷⁸

5. Keine zeitliche Begrenzung

Die neue Haftung der Muttergesellschaften, die als gesellschaftsrechtliche Nachhaftung verkleidet ist, tatsächlich damit aber nichts zu tun hat, sondern eine von der Gesellschafterstellung unabhängige neue Haftung für Stilllegung und Entsorgung begründet, ist auch **zeitlich faktisch unbegrenzt**. Zwar wird sie formal nach § 4 REG-E durch die vollständige Ablieferung der radioaktiven Stoffe an ein Endlager und dessen Verschluss beschränkt. Ein Vorentwurf stellte in seiner Begründung hierfür aber auf einen geschätzten Zeitraum von 150 Jahren ab⁷⁹; der REG-E nennt das Jahr 2050 als frühesten Termin für die Verfügbarkeit eines Endlagers und spricht von „*Jahrzehnten*“ für Einlagerung und Verschluss.⁸⁰ Das sind derart lange Zeiträume, dass von einer echten zeitlichen Begrenzung nicht die Rede sein kann.

6. Schlichte Nichterfüllung genügt

Die Haftung greift ein, wenn der Betreiber „*Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit nicht erfüllt*“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 a.E. REG-E). Eine genauere Konkretisierung der Nichterfüllung enthält der REG-E nicht; insbesondere wird nicht an ein formales Kriterium – wie etwa die Eröffnung eines Insolvenzverfahren o.ä. – angeknüpft.⁸¹ Das herrschende Unternehmen haftet „*neben dem Betreiber*“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 REG-E). § 1

⁷⁶ Begründung, S. 11.

⁷⁷ So ausdrücklich Begründung, S. 8.

⁷⁸ Vgl. Begründung, S. 9.

⁷⁹ Arbeitsentwurf vom 26. Juni 2015, S. 5.

⁸⁰ Begründung, S. 6.

⁸¹ Auch die Begründung spricht insoweit lediglich „*beispielsweise*“ von Insolvenz der Betreibergesellschaft, S. 8.

Abs. 4 REG-E definiert diese Haftung näher: „*wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat*“. Besteht die Betreibergesellschaft fort, ist die Haftung deshalb akzessorisch und subsidiär;⁸² danach originär und unmittelbar.

Keine explizite gesetzliche Regelung enthält der REG-E zum Verhältnis mehrerer herrschender Unternehmen untereinander.⁸³ Die Begründung geht insoweit zwar davon aus, dass – in Anlehnung an das Verhältnis mehrerer Bürgen untereinander – eine Gesamtschuld mehrerer herrschender Unternehmen besteht,⁸⁴ das Gesetz selbst enthält eine solche Regelung jedoch nicht.

V. AUSREICHENDE RÜCKSTELLUNGSHÖHE DURCH DAS WIRTSCHAFTSPRÜFERGUTACHTEN VON WARTH&KLEIN BESTÄTIGT UND VON BUNDESREGIERUNG ANERKANNT

Mit Datum vom 9. Oktober 2015 hat Warth & Klein (W&K) eine „Gutachtliche Stellungnahme zur Bewertung der Rückstellungen im Kernenergiebereich“ (Stresstest) vorgelegt. Dieses im Auftrag des BMWi erstellte Gutachten sollte:

- die Vollständigkeit der von den EVU für die Rückstellungsbildung zu Grunde gelegten Aufgaben und Kostenarten bewerten,
- die Übereinstimmung der bilanzierten Rückstellungswerte mit den zu Grunde gelegten Gutachten, Verträgen und Schätzungen prüfen,
- die Berechnung der Rückstellungen auf Basis der Realabzinsungsrate verifizieren und
- die für die Finanzierung der künftigen Stilllegungs- und Entsorgungskosten herangezogenen Vermögenswerte darstellen.⁸⁵

W&K kommt im Wesentlichen zu den Ergebnissen, dass (i) die EVU die Entsorgungskosten zutreffend ermittelt haben und (ii) sowohl die Vermögenswerte – bei bilanzieller und marktorientierter Betrachtung – als auch die geschätzten Nettoeinnahmen der EVU ausreichen, um die zu erwartenden Entsorgungskosten abzudecken. Letzteres gilt selbst in dem Fall, dass für die Diskontierung ein denkbar ungünstiges Szenario von hoher Inflation (1,6 % bis 2 %) und nuklearspezifischer Kostensteigerung (1,97 %) bei gleichzeitig niedrigem durchschnittlichem Zinssatz (2,44 %) zu Grunde gelegt wird.⁸⁶ Darüber hinaus stellt W&K fest, dass die von den EVU vorgenommenen Schätzungen der Rückbaukosten sehr vorsichtig sind und deutlich über den geschätzten Kosten in anderen Staaten liegen.⁸⁷

⁸² Begründung, S. 6.

⁸³ Anders der ursprüngliche Arbeitsentwurf und die Fassung des Referententwurfs vom 2. September 2015: Diese Vorentwürfe sahen in § 1 Abs. 3 eine Gesamtschuld mehrerer herrschender Unternehmen ausdrücklich vor.

⁸⁴ Begründung, S. 9.

⁸⁵ W&K-Gutachten, S. 1 f., 4 (Rz. 4 f., 9).

⁸⁶ W&K-Gutachten, S. 5 ff. (insbesondere Rz. 23, 42, 49, 52, 55).

⁸⁷ W&K-Gutachten, S. 50 ff. (insbesondere Rz. 200).

Dementsprechend hat Bundeswirtschaftsminister Gabriel bei Vorstellung des Gutachtens die ausreichende Höhe der Rückstellungen bestätigt:

„Der Stresstest zeigt: Die betroffenen Unternehmen haben bei der Rückstellungsbildung die Kosten vollständig abgebildet. Sie haben sich dabei an die einschlägigen Regeln gehalten. Die Vermögenswerte der Unternehmen decken in Summe die Finanzierung des Rückbaus der Kernkraftwerke und der Entsorgung der radioaktiven Abfälle ab. [...] Die von den Unternehmen gebildeten Rückstellungen von 38,3 Milliarden Euro liegen innerhalb der von den Gutachtern gerechneten Szenarien.“⁸⁸

Im Einzelnen hat W&K in einem ersten Schritt fünf Kategorien von Entsorgungsverpflichtungen untersucht (Stilllegung und – soweit geboten – Rückbau von KKW; Verpackung und Transporte radioaktiver Abfälle; Zwischenlagerung radioaktiver Abfälle; Endlagerung radioaktiver Abfälle mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung im Schacht Konrad; Endlagerung von hochradioaktiven Abfällen in einem geeigneten HAW-Endlager einschließlich der Kosten der Suche und Auswahl eines Standortes für dieses Endlager).⁸⁹ Im Zusammenhang mit der Berechnung der mit diesen Verpflichtungen verbundenen Kosten wird deutlich, dass – mit Ausnahme der Kosten für das HAW-Endlager – überwiegend gute Erfahrungswerte bestehen, die im Wesentlichen sichere Prognosen erlauben. So verweist W&K u.a. darauf, dass für nahezu alle 23 KKW Kostenberechnungen einer spezialisierten Ingenieurgesellschaft sowie Erkenntnisse aus laufenden und abgeschlossenen Rückbauarbeiten vorliegen.⁹⁰ Dementsprechend besteht im Gesamtergebnis auch keine nennenswerte Differenz zwischen den Schätzungen der Entsorgungskosten durch die EVU (47,451 Mrd.) und der von W&K erstellten Prognose (47,527 Mrd.).⁹¹

Da die Entsorgungskosten erst in vielen Jahren anfallen, ist zum einen die allgemeine Inflation zu berücksichtigen sowie Vorsorge für zukünftige nuklearspezifische Kostensteigerungen zu treffen. Zum anderen sind die künftigen Ausgaben auf den Bewertungsstichtag abzuzinsen. Für diese finanzmathematischen Maßnahmen hat W&K in einem zweiten Schritt verschiedene Szenarien entwickelt und den Berechnungen der EVU gegenüber gestellt. Während die EVU unter Zugrundelegung einer allgemeinen Inflation von 1,6 %, einer nuklearspezifischen Kostensteigerung von 1,97 % und eines durchschnittlichen Zinssatzes von 4,58 % den Wert der Entsorgungsverpflichtungen auf rund 38,5 Mrd. beziffern, variieren die Berechnungen von W&K –

⁸⁸ BMWi, Pressemitteilung vom 10. Oktober 2015 – „Gabriel: „Unternehmen sind in der Lage, die Kosten des Kernenergieausstiegs zu tragen“, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=730006.html> (letzter Abruf: 11. November 2015).

⁸⁹ W&K-Gutachten, S. 26 ff.

⁹⁰ W&K-Gutachten, S. 6 (Rz. 18), S. 32 ff.

⁹¹ W&K-Gutachten, S. 49 (Rz. 192).

je nach herangezogener Kostensteigerungsrate und durchschnittlicher Verzinsung – zwischen ca. 30 Mrd. und ca. 77,4 Mrd. (sog. worst case-Szenario).⁹²

In einem dritten Schritt hat W&K bewertet, ob die EVU in der Lage sind, die dergestalt ermittelten, künftigen Entsorgungskosten zu finanzieren. Dazu hat W&K drei verschiedene Methoden angewendet: Zunächst hat W&K das bilanzielle Reinvermögen anhand der aggregierten Bilanzwerte aller vier EVU betrachtet. Dabei hat sich gezeigt, dass dieses bilanzielle Reinvermögen ausreichend hoch ist, um den Wert der Stilllegungs- und Entsorgungsverpflichtungen auch dann abzudecken, wenn das worst case-Szenario eintritt. Dieser Befund hat sich auch bei einer marktorientierten Betrachtung bestätigt. Diese bekräftigt, dass die EVU in der Summe über ausreichende Vermögenswerte zur Abdeckung der Entsorgungsverpflichtungen verfügen. Schließlich reichen auch die geschätzten Nettoeinnahmen der EVU insgesamt aus, um die zu erwartenden Kosten abzudecken.⁹³

VI. FRAGESTELLUNG

Vor dem Hintergrund dieses Sachverhaltes prüft das vorliegende Gutachten die rechtlichen und ökonomischen Annahmen des bbh-Gutachtens und untersucht dessen Gesetzgebungsvorschläge sowie den REG-E zur Konzernnachhaftung aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht.

C. „RISIKEN RECHTLICHER UND FAKTISCHER ART“? – ZUM STATUS QUO DER VORSORGE FÜR STILLLEGUNG UND ENTSORGUNG

Auf Basis des zuvor skizzierten Hintergrundes werden im Folgenden zunächst die Prämissen und Ergebnisse von Teil 1 des bbh-Gutachtens hinterfragt. Die in diesem Teil des bbh-Gutachtens enthaltene Risikoanalyse ist Grundlage aller nachfolgenden Gesetzgebungsvorschläge. Wenn die Risikoanalyse rechtlich und/oder tatsächlich falsch ist, erschüttert dies die Erforderlichkeit der vorgeschlagenen Zwangsmaßnahmen bereits im Ansatz.

I. WORST-CASE-BETRACHTUNG ALS ARGUMENTATIONSGRUNDLAGE FÜR GESETZGEBERISCHES TÄTIGWERDEN UNGEEGNET

Das bbh-Gutachten nimmt im Rahmen der Risikoanalyse unter Berufung auf das Vorsichtsprinzip eine worst-case-Betrachtung vor. So wird stets die im Hinblick auf das Risiko eines Zahlungsausfalls ungünstigste Variante für die Betrachtung gewählt. Beispiele hierfür sind die Annahmen des Gutachtens, dass die eine Haftung der Konzernmütter begrenzende Rechtsprechung zu Dauerschuldverhältnissen übertragbar sei,⁹⁴ und dass der Insolvenzverwalter zur Freigabe im Hinblick auf die nuklearen Anlagen und Abfälle berechtigt sei.⁹⁵ Eine solche Vorgehensweise mag als umfassende Risikoanalyse in einem Rechtsgutachten geeignet und legitim sein.

⁹² S. den Überblick in W&K-Gutachten, S. 77 (Rz. 283 f.).

⁹³ W&K-Gutachten, S. 15 ff. (Rz. 47 ff.), S. 78 ff. (insbesondere Rz. 299, 320, 347).

⁹⁴ bbh, S. 54.

⁹⁵ bbh, S. 41.

Soll die Risikoanalyse jedoch wie hier unmittelbar zur Rechtfertigung gesetzgeberischer Maßnahmen herangezogen werden, darf kein **Zerrbild** entstehen: Der Gesetzgeber hat das **Für und Wider** seines Gesetzes abzuwägen.⁹⁶ Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung eines in Grundrechte eingreifenden Gesetzes ist nicht unbeachtlich, welches Ziel der Gesetzgeber verfolgt,⁹⁷ hier also welche Risiken beseitigt oder zumindest vermindert werden sollen. Abzuschätzen ist also, ob realistischerweise überhaupt ein Risiko besteht, das ein gesetzgeberisches Tätigwerden rechtfertigt. Das Bundesverfassungsgericht verlangt ausdrücklich, „*dass der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert*“ (Hervorhebung nur hier), um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können.⁹⁸ Um einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden, hat der Gesetzgeber die vorhandenen Erkenntnisquellen auszuschöpfen.⁹⁹ Prognosen müssen insgesamt verlässlich sein.¹⁰⁰ Dies schließt eine einseitige Beurteilung oder gar das Außerachtlassen der zugänglichen Erkenntnisquellen aus.

Die Ungewissheit künftiger Entwicklungen als solche reicht hingegen nicht aus, um einen völlig kontrollfreien Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen.¹⁰¹ Überprüfbar bleibt bei Ungewissheiten insbesondere, ob der Gesetzgeber seine Entscheidung auf möglichst vollständige Ermittlungen gestützt oder ob er relevante Tatsachen übersehen hat. Soweit Unsicherheiten der Prognose durch gesicherte empirische Daten und verlässliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden können, besteht kein Prognosespielraum des Gesetzgebers.¹⁰² Auch sind äußere oder vom Gesetzgeber zu vertretende Umstände wie Zeitnot oder unzureichende Beratung nicht geeignet, den Prognosespielraum zu erweitern.¹⁰³

Ein wegen der Stapelung diverser maximal vorsichtiger Annahmen bereits als unreal anzusehendes Szenario kann eine in Grundrechte eingreifende Regelung folglich nicht rechtfertigen. Der Gesetzgeber würde seiner Verpflichtung zur möglichst vollständigen Ermittlung und sachgerechten Bewertung der Tatsachengrundlage auf dieser Basis nicht nachkommen.

So liegt es hier. Nach dem zuvor Ausgeführten können die Stilllegungs- und Rückbaukosten sehr genau kalkuliert werden; die dafür gebildeten Rückstellungen sind ausreichend und von W&K bestätigt worden. Für einen worst-case-Ansatz besteht kein Grund.

Nicht anders verhält es sich im Ergebnis mit Blick auf die Entsorgungskosten. Zwar bestehen hier größere Unwägbarkeiten. Diese liegen jedoch allein darin begründet,

⁹⁶ Stern, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, S. 1150 m.w.N.

⁹⁷ Heusch, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 36 Rz. 86.

⁹⁸ BVerfGE 50, 290 (333 f.); s. auch BVerfGE 65, 1 (55 f.).

⁹⁹ BVerfGE 50, 290 (334); 65, 1, (55).

¹⁰⁰ BVerfGE 88, 203 (262).

¹⁰¹ BVerfGE 50, 290 (332); 106, 62 (151).

¹⁰² BVerfGE 106, 62 (151).

¹⁰³ BVerfGE 106, 62 (152).

dass der Bund seiner eigenen Entsorgungsverantwortung nicht gerecht wird und die Unsicherheit, auf die er sich berufen möchte, selbst geschaffen hat. Das ist jedoch von Verfassungs wegen unzulässig und rechtfertigt gerade keine Grundrechtseingriffe. Würde der Staat seiner Verantwortung gerecht, also Konrad betriebsbereit machen und den eignungshöffigen Standort Gorleben zu Ende erkunden – in die bereits 3,0 Milliarden Euro Vorausleistungsbeiträge investiert wurden –, bestünden keine Unsicherheiten, die einen worst-case-Ansatz rechtfertigen könnten. Hier hat der Bund vielmehr selbst alle wichtigen Kostenpositionen in der Hand; auf Prognoseunsicherheiten kann er sich deshalb nicht berufen. Das hat bbh bei der gewählten Herangehensweise übersehen.

II. VERURSACHERPRINZIP IST KEINE GRUNDLAGE FÜR ALLEINVERANTWORTUNG DER KRAFTWERKS BETREIBER

Das bbh-Gutachten stützt sich an verschiedenen Stellen auf „das Verursacherprinzip“ und leitet unmittelbar daraus rechtliche Konsequenzen her. So heißt es u.a., dass das Verursacherprinzip originär im Umweltvölkerrecht verankert sei (bbh, S. 12). Bereits der bloße Bestand des unionsrechtlichen Verursacherprinzips solle zudem verhindern, dass schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand grundlegender vertrags- und gesellschaftsrechtlicher Regeln, wie der Kündbarkeit von Verträgen als Ausdruck privatautonomes Verhaltens, entstehen kann (bbh, S. 78).

Diese Einschätzung ist jedoch stark verkürzend und **unzutreffend**. Es stimmt nicht, dass das Verursacherprinzip im Völkerrecht – außerhalb konkreter vertraglicher Bestimmungen – eine verbindliche rechtliche Vorgabe darstellt, die in ihren Anforderungen klar umrissen ist (hierzu 1.). Zwar bildet das **Verursacherprinzip** im EU-Recht eine Grundlage der Umweltpolitik. Es **führt** selbst aber **nicht** zu **unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen**, sondern **bedarf** stets der **Ausgestaltung** durch den europäischen Gesetzgeber. Speziell für die Stilllegungs- und Entsorgungskosten büdet der europäische Gesetzgeber die Kosten gerade nicht allein und ausnahmslos den Betreibern oder Genehmigungsinhabern auf (2.). Auch auf nationaler Ebene handelt es sich lediglich um ein Prinzip, das der konkreten normativen Umsetzung bedarf. Bei dieser Umsetzung hat zunächst eine klare Zuweisung der Verursachereigenschaft zu erfolgen; ferner sind die Grundrechte der Betroffenen zu berücksichtigen (3.). Vor allem aber verkennt bbh den maßgeblichen Verursachungsbeitrag des Staates selbst. Im Einzelnen:

1. Nur begrenzte Reichweite des Verursacherprinzips im Völkerrecht; keine verbindlichen Vorgaben für Verteilung der Stilllegungs- und Entsorgungskosten

Das Verursacherprinzip (auch: „polluter-pays-principle“) ist im Umweltvölkerrecht zwar nicht unbekannt. Jenseits konkreter vertraglicher Verankerung stellt es allerdings nur „soft law“ und keine harte völkerrechtliche Vorgabe dar. So heißt es etwa in der – rein politischen – Rio-Deklaration von 1992, die häufig als eine der Grundlagen des Verursacherprinzips herangezogen wird:

*„National authorities **should endeavour** to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments,*

*taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.*¹⁰⁴

Bereits diese Formulierung zeigt, dass es sich um eine allgemeine Zielvorgabe, nicht aber um eine konkrete, klar konturierte Rechtspflicht handelt.

Zu den völkerrechtlichen Abkommen, die auf das Verursacherprinzip Bezug nehmen, gehören etwa das **UN/ECE-Gewässerübereinkommen** vom 17. März 1992¹⁰⁵ (in Art. 2 Abs. 5 lit. b) oder das **OSPAR-Übereinkommen** vom 22. September 1992¹⁰⁶ (in Art. 2 Abs. 2 lit. b). Der Inhalt der betreffenden Regelungen besteht darin, dass die Kosten für die Verhütung, Bekämpfung und Verringerung etwaiger Verschmutzungen vom Verursacher zu tragen seien.

Für Kostenfragen im Atomrecht bezüglich der Stilllegung und des Rückbaus besteht eine solche vertragliche Einigung jedoch nicht. Zwar gibt es Abkommen, welche die Haftung für nukleare Unfälle betreffen. Diese weichen jedoch explizit von dem Verursacherprinzip ab.¹⁰⁷

Das Verursacherprinzip ist auch **nicht** als **Völkergewohnheitsrecht** einzustufen. Für die Anerkennung einer Regel als Gewohnheitsrecht bedürfte es einer längeren allgemeinen und gleichmäßigen Übung, die wiederum von den Beteiligten als verbindlich angesehen wird (*opinio iuris*). Es fehlt indes bereits an der Gleichmäßigkeit der Übung, jedenfalls besteht keine entsprechende *opinio iuris*. Denn es herrscht Uneinigkeit über die Reichweite des Verursacherprinzips.¹⁰⁸ Bereits die (unverbindliche) Rio-Deklaration stellt das Prinzip ausdrücklich in Abhängigkeit zum öffentlichen Interesse und zu den Erfordernissen des Handels- und Investitionsrechts. Handhabbare Maßstäbe haben sich bislang nicht herausgebildet, zumal oft auch Uneinigkeit hinsichtlich der Frage besteht, wer überhaupt „Verursacher“ ist, wann eine Verschmutzung vorliegt und in welcher Höhe ggf. Ersatz geleistet werden muss. Im Schrifttum geht man folglich mehrheitlich davon aus, dass es sich derzeit nicht um Völkergewohnheitsrecht handelt, sondern „eher um eine umweltpolitische Leitlinie.“¹⁰⁹

¹⁰⁴ Rio Declaration, Principle 16, United Nations, A/CONF. 151/26 (Vol. 1); Hervorhebung nur hier.

¹⁰⁵ S. BGBl. II 1994, S. 2333 (zum Text ab S. 2334).

¹⁰⁶ S. BGBl. II 1994, S. 1355 (zum Text ab S. 1360).

¹⁰⁷ Vgl. dazu *Birnie/Boyle/Redgwell*, International Law & the Environment, 3rd ed. 2008, S. 527: „Although all the nuclear conventions focus liability on the operator as the source of damage or pollution, two Supplementary Compensation Conventions acknowledge that this approach is insufficient, and involve states in meeting substantial losses in excess of the operator's capacity to cover them through insurance. It cannot be said that any of the nuclear liability conventions fully implements the polluter-pay-principle [...]“

¹⁰⁸ Vgl. etwa *de Sadeleer*, Environmental Principles, Oxford 2002, S. 37 ff.

¹⁰⁹ *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl., § 9 Rz. 35. Vgl. ferner *Bodansky*, The art and craft of international environmental law, Harvard 2010, S. 191 ff., v. a. S. 202 f.; *Epiney*, JuS 2003, 1066 (1068); *Vitzthum*, Völkerrecht, 4. Aufl., S. 464.

Im Ergebnis besteht also gerade **kein originär völkerrechtliches Verursacherprinzip**, aus dem spezifische Vorgaben für die Entsorgung und Stilllegung von nuklearen Abfällen abgeleitet werden können.

2. Verursacherprinzip im EU-Recht nur nach Maßgabe näherer Ausgestaltung

Das Verursacherprinzip ist im EU-Recht zwar anerkannt, stellt aber nur eine Grundlage der gemeinsamen Umweltpolitik dar und bedarf daher einer näheren Ausgestaltung im Einzelfall (hierzu a)). Für die Stilllegungs- und Entsorgungskosten hat der europäische Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, dass diese nicht allein den Kraftwerksbetreibern oder Genehmigungsinhabern aufzubürden sind (b)).

a) Verursacherprinzip ist keine unmittelbare Vorgabe

Im EU-Primärrecht ist das Verursacherprinzip als „Grundsatz“ der EU-Umweltpolitik in Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV normiert. Es wird üblicher Weise als Kostenverteilungsprinzip verstanden.¹¹⁰ Derjenige, der Umweltbelastungen hervorruft, soll grundsätzlich die Kosten von deren Vermeidung, Verringerung oder Beseitigung tragen. Externe Kosten sollen internalisiert werden.

Bereits die Systematik des Titels XX im AEUV offenbart das **Erfordernis** einer **normativen Ausgestaltung** des Verursacherprinzips. Denn während Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV nur die allgemein geltenden Grundsätze benennt, enthält erst Art. 192 AEUV konkrete Ermächtigungen zur Setzung von Sekundärrecht. Dabei findet das Verursacherprinzip nur noch als eine Handlungsleitlinie – neben anderen – Berücksichtigung (s. Art. 192 Abs. 5 AEUV).

Für das Erfordernis normativer Ausgestaltung spricht zudem, dass das Verursacherprinzip mehrere Einzelfragen unbeantwortet lässt. Problematisch ist v.a. die Reichweite der Kostentragungspflicht; ebenfalls im Detail unklar ist die Kausalitätsproblematik, d.h. die Frage, wo die Kausalität als normatives Zurechnungsmerkmal endet. Überdies ist dem Prinzip keine konkrete Vorgabe für Maß, Berechnung oder Verteilung der Kosten zu entnehmen.¹¹¹

Dementsprechend hat der EuGH erst jüngst wieder festgestellt:

„Art. 191 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass die Umweltpolitik der Union auf ein hohes Schutzniveau abzielt und u. a. auf dem Verursacherprinzip beruht. Diese Bestimmung beschränkt sich also darauf, die allgemeinen Ziele der Union im Umweltbereich festzulegen, während Art. 192 AEUV das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union damit betraut, gemäß dem ordentlichen

¹¹⁰ Ausführlich dazu Calliess, in: ders./Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 191 AEUV, Rz. 35 ff.; Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 5. Kap. Rz. 27 ff.; Meßerschmidt, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 3 Rz. 140 ff.

¹¹¹ Dazu m. N. Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 5. Kap. Rz. 28.

Gesetzgebungsverfahren über das Tätigwerden zu beschließen, um diese Ziele zu erreichen [...].

*Ebenso kann Art. 191 Abs. 2 AEUV nicht von den im Umweltbereich zuständigen Stellen herangezogen werden, um bei Fehlen einer nationalen Rechtsgrundlage Vermeidungs- und Sanierungsmaßnahmen aufzuerlegen.*¹¹²

Dieser Qualifizierung folgt auch die herrschende Auffassung in der Literatur. So geht etwa *Epiney* davon aus, dass das Verursacherprinzip „als solches nicht operativ“ sei, sondern „rechtlicher Konkretisierungen bedarf“.¹¹³ *Nettesheim* führt aus:

„Konkrete Verpflichtungen für den Gesetzgeber lassen sich hieraus nicht entnehmen; es bedarf vielmehr einer am Zweck des Prinzips geleiteten Konkretisierung, die hier nur umrisshaft erfolgen kann. [...]

*Das Verursacherprinzip im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne ist im rechtlichen Kampf gegen die Umweltverschmutzung nicht operabel. Zunächst besagt es nichts über das Maß, die Verteilung und die Zusammensetzung der Umweltverschmutzung, die eine Gesellschaft hinzunehmen bereit ist. Eine praktische Berechnung der Umweltkosten, die eine Handlung verursacht, scheitert. Die Umweltpolitik allein an Gesichtspunkten der Effizienz auszurichten, würde im Übrigen den Gerechtigkeitsvorstellungen widersprechen (Lastengleichheit). Das Verursacherprinzip des Art. 191 Abs. 2 AEUV bedarf daher einer normativen Aufbereitung zum materiellen Zurechnungsprinzip.*¹¹⁴

Auch *Krämer* zeigt sich skeptisch:

„Der sprachlich außerordentlich unterschiedlich formulierte Grundsatz – zB englisch: ‚the polluter should pay‘, französisch: ‚le principe du pollueur-payeur‘, italienisch: ‚chi inquina paga‘, dänisch: ‚forureneren betaler‘ usw. – lässt schon wegen dieser Unterschiede deutliche Konturen kaum erkennen. Jede Auslegung muss sich daher vor Begrifflichkeiten hüten: die Versuchung ist groß, in den Grundsatz Theorien aus dem einzelstaatlichen Recht hineinzu legen, um sie dann als Interpretation des EU-Begriffs wieder herauszuholen. [...]

¹¹² EuGH, Urteil vom 4. März 2015, Rs. C-534/13, *Fipa Group*, Rz. 39-41.

¹¹³ *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 5. Kap. Rz. 28.

¹¹⁴ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 56. EL., Art. 191 AEUV Rz. 107, 110.

Das Verursacherprinzip sagt in keiner sprachlichen Fassung, wer denn nun der Verursacher (Verschmutzer) ist, der zu bezahlen hat. Eine Empfehlung von 1975 hielt dies für eine Frage der Zweckmäßigkeit und erachtete es für möglich, etwa bei KFZ-Emissionen den Hersteller der Kraftfahrzeuge oder deren Benutzer als Verursacher der Verschmutzung anzusehen. Dieses Beispiel zeigt erneut, dass das Verursacherprinzip seinem Kern nach ein ökonomisches Prinzip der Kostenzurechnung, nicht aber ein Rechtsgrundsatz ist.“¹¹⁵

Damit gilt letztlich auch im Europarecht, dass allein aus der Nennung des Verursacherprinzips in Art. 191 AEUV keine konkreten Vorgaben für die Verteilung der Entsorgungs- und Stilllegungskosten von Kernkraftwerken deduziert werden können. Vielmehr bedarf es einer konkreten, einzelfallbezogenen Ausgestaltung des Verursacherprinzips, um dieses operabel auszugestalten. Das bedeutet konsequent auch, dass es nicht als Ermächtigungs- oder Rechtfertigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe taugt.

b) EU-Sekundärrecht fordert keine alleinige Kostentragung der Betreiber oder Genehmigungsinhaber

Der europäische Gesetzgeber hat sich mit der Frage der Kostentragungspflicht für die nukleare Entsorgung und Stilllegung in Richtlinie 2011/70/Euratom¹¹⁶ befasst. Diese Richtlinie zwingt indes gerade nicht zu einer alleinigen Kostentragung durch die Betreiber oder Genehmigungsinhaber. Vielmehr verlangt z.B. Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie „angemessene“ Mittel zur Gewährleistung der Sicherheit der Entsorgung abgebrannter Brennelemente oder radioaktiver Abfälle. In Art. 9 der Richtlinie heißt es noch konkreter:

*„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass durch den nationalen Rahmen vorgeschrieben ist, dass angemessene Finanzmittel für die Umsetzung der in Artikel 11 genannten nationalen Programme insbesondere zur Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle zu dem Zeitpunkt zur Verfügung stehen, zu dem sie benötigt werden, wobei die **Verantwortung der Erzeuger** abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle **angemessen zu berücksichtigen** ist.“* (Hervorhebungen nur hier).

Der Verweis auf die Angemessenheit und auf die „Berücksichtigung“ der Verantwortung verdeutlicht, dass die Erzeuger der abgebrannten Brennstoffe (in der Regel die Anlagenbetreiber) gerade nicht schrankenlos und undifferenziert sämtliche Kosten zu

¹¹⁵ Krämer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 191 AEUV, Rz. 51, 55.

¹¹⁶ Richtlinie 2011/70/Euratom des Rates vom 19. Juli 2011 über einen Gemeinschaftsrahmen für die verantwortungsvolle und sichere Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle, ABl. Nr. L 199/48.

tragen haben. Vielmehr sind auch ihre Interessen und Verursachungsanteile in den Blick zu nehmen.

3. Verursacherprinzip im Atomrecht: Verantwortung des Staates für Endlagerung

a) Grundlagen und Reichweite

Im nationalen Recht ist das Verursacherprinzip schon seit Längerem aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannt. Darüber hinaus hat es bereits in den 1970er Jahren auch eine umweltspezifische Ausrichtung erfahren.¹¹⁷ So erwähnte es das Umweltprogramm der Bundesregierung von 1971 als zunächst umweltpolitisches sowie ökonomisches Prinzip mit folgenden Inhalt:

„In einer marktwirtschaftlichen Ordnung sollen grundsätzlich alle Kosten den Produkten oder den Leistungen zugerechnet werden, die die einzelnen Kosten verursachen. Grundlage der Kostenzurechnung ist also das Verursacherprinzip. Nach diesem Prinzip muss derjenige die Kosten einer Umweltbelastung tragen, der für ihre Entstehung verantwortlich ist.“¹¹⁸

In diesem Sinne hieß es in einem Umweltgutachten von 1978:

„Die Bundesregierung hat das Verursacherprinzip zur Richtlinie ihrer Umweltpolitik gemacht.“¹¹⁹

In dem Umweltbericht von 1990 wurde das Verursacher- explizit als „Kostenzurechnungsprinzip und ökonomisches Effizienzkriterium“ bezeichnet; die öffentliche Hand solle nur mit Kosten belastet werden, wenn der Verursacher nicht feststellbar oder eine Gefahr besonders dringlich und staatliches Handeln geboten sei.¹²⁰

Allerdings sind diese Aussagen politischer Natur, sie begründen für den Einzelnen **keine konkreten Rechtspflichten**. Dafür bedarf es vielmehr spezifischer (Umsetzungs-)Regeln. Solche finden sich z.B. in § 5 Abs. 1 Nr. 1, 3, Abs. 3 § 22 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, §§ 13 ff. BNatSchG, § 7 Abs. 4 KrWG oder § 13 Abs. 2 Nr. 4 WHG. Häufig beschränkt sich das Verursacherprinzip nicht auf eine reine Kostentragungsregel. Vielmehr verlangt es primär, Umweltbeeinträchtigungen zu vermeiden.

Fehlt es indessen an Umsetzungsregeln, kann ein (vermeintlicher) Verursacher nicht allein wegen des Prinzips auf Kostentragung in Anspruch genommen werden. Denn rechtsmethodisch können Prinzipien als solche keine Wirkung für den Einzelfall haben. Das erkennt auch die Rechtsprechung an. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus:

¹¹⁷ Wenngleich der Gesetzgeber vereinzelt schon zuvor Regelungen erlassen hatte, die heute dem Verursacherprinzip zugeordnet werden (etwa § 22 WHG a.F.).

¹¹⁸ BT-Drs. 6/2710, S. 10 f.

¹¹⁹ BT-Drs. 8/1938, S. 452.

¹²⁰ BT-Drs. 11/7168, S. 27.



„Prinzipien haben rechtsverbindliche Wirkung nicht aus sich selbst heraus, sondern immer nur insoweit, als sie in der jeweiligen gesetzlichen Regelung konkret zum Ausdruck gebracht sind.“¹²¹

In diesem Sinne gestaltet der Normgeber Prinzipien aus. Speziell mit Blick auf das Umweltrecht führt *Eifert* zutreffend aus, das Vorsorge-, Verursacher-, Nachhaltigkeits- und Integrationsprinzip bedürften „erheblicher Konkretisierung und konkurrieren letztlich in ihrer umweltbezogenen Umsetzung mit anderen Schutzgütern wie den Wirtschaftsfreiheiten.“¹²²

b) Ausgestaltung

aa) Verursacherprinzip ist kein konkreter Rechtssatz

Folglich kommt es im Falle einer Inpflichtnahme der Betreiber und Genehmigungsinhaber für Stilllegungs- und Entsorgungskosten allein auf das jeweilige Gesetz an. Erst in dessen Rahmen kann das Verursacherprinzip bei Zweifelsfragen u.U. als Auslegungshilfe dienen. Hingegen stellt das **Prinzip keinen konkreten Rechtssatz** dar.

bb) Verursachereigenschaft im Einzelfall zu klären

Bei der Anwendung und Auslegung bestehender gesetzlicher Regelungen ist u.a. zu fragen, wer überhaupt als Verursacher in Betracht kommt. Folgt man hierbei dem europarechtlichen Verständnis, so wäre dies derjenige, der „*die Umwelt direkt oder indirekt belastet oder eine Bedingung für die Umweltbelastung setzt*“.¹²³ Auch im deutschen Recht ist nicht zwingend der unmittelbare Verursacher als „letztes Glied“ in einer langen Kausalkette „Verursacher“ im Sinne des Prinzips. Vielmehr kommt es auf einen **wertenden Zurechnungszusammenhang** an. Schon im Umweltprogramm der Bundesregierung von 1971 (s.o.) hieß es in diesem Sinne:

„Nach diesem Prinzip muss derjenige die Kosten einer Umweltbelastung tragen, der für ihre Entstehung verantwortlich ist. Das bedeutet aber nicht, dass als Verursacher immer nur derjenige anzusehen ist, bei dem während oder am Ende eines Produktions- oder Konsumprozesses die Umweltbelastung offensichtlich wird. Unter Verursacher muss vielmehr auch verstanden werden, wer durch Anwendung eines bestimmten Produktes die Grundlage für die spätere Umweltbelastung legt.“¹²⁴

¹²¹ BVerwG, NVwZ 1983, 292 (293) – Hervorhebung diesesorts.

¹²² *Eifert*, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 5. Kap. Rz. 38.

¹²³ Mitteilung der Kommission an den Rat über die Kostenzurechnung und die Intervention der öffentlichen Hand bei Umweltschutzmaßnahmen, ABl. Nr. L 194/2 f. vom 25. Juli 1975.

¹²⁴ BT-Drs. 6/2710, S. 11.

In diesem Umfang wird das Verursacherprinzip auch in rechtlicher Hinsicht überwiegend verstanden,¹²⁵ wobei es im Einzelfall stets auf die konkrete Ausgestaltung ankommt.¹²⁶

cc) Vorliegend trifft Verursachereigenschaft nicht nur Betreiber, sondern auch Staat

Wenn man dem Verursacherprinzip angesichts der vorangehenden Überlegungen überhaupt eine unmittelbare Rechtswirkung beimessen wollte, dann ist im Hinblick auf die Kernenergiewirtschaft aufgrund der einleitend dargestellten Historie die **Verantwortlichkeit des Staates** hervorzuheben. Denn dieser hatte nicht nur ursprünglich vehement die Errichtung und den Betrieb von Kernkraftwerken eingefordert, sondern er ist für die – maßgeblich zu den wahrgenommenen Unsicherheiten führende – Einrichtung von Endlagern gem. § 9a Abs. 3 Satz 1 AtG allein verantwortlich.

Insbesondere im Hinblick auf die **Entsorgungskosten** hat der politische Konzeptwechsel den **notwendigen Zurechnungszusammenhang unterbrochen**; die EVU sind insofern nicht Verursacher im Rechtssinne, vielmehr trifft den Staat eine **Ingenrenzverantwortung**. Erhebliche Kosten der Endlagerung haben mit Sicherheitsaspekten oder der Abfallverursachung durch die Kraftwerksbetreibergesellschaften nichts zu tun. Das gilt z.B. für die kostenintensive Erweiterung der politisch zur Akzeptanzförderung vorgesehenen Partizipation in den Verfahren zur Suche von Endlagerstätten oder für die Frage einer Rückholbarkeit bereits endgelagerter Abfälle. Zwischen diesen Kosten und der Verursachung der Kernenergieabfälle besteht vor dem Hintergrund des Grundsatzes, dass der Bund die Endlagerung verantwortet, **kein Zurechnungszusammenhang** zu einer Finanzierungsverantwortung der KKW-Betreibergesellschaften.¹²⁷ Kostenpositionen, die aus Gründen politischer Opportunität resultieren, insbesondere nicht sicherheitstechnisch oder wissenschaftsbasiert begründet werden können, sind nicht von den Abfallverursachern, sondern als gesellschaftspolitisches Desiderat von der Allgemeinheit zu tragen.¹²⁸

Vor diesem Hintergrund ist eine alleinige Kostenbelastung der Betreiber oder Genehmigungsinhaber für alle „irgendwie“ mit der Entsorgung im Zusammenhang stehenden Kosten, insbesondere solche politischer Natur, unangemessen und lässt sich gerade nicht auf das Verursacherprinzip stützen. Es ist keine eigenständige Legitimationsgrundlage für gesetzliche oder behördliche Grundrechtseingriffe.

Hinzu kommt, dass der **Staat** in den letzten Jahren gezielt die **Rahmenbedingungen** für einen wirtschaftlichen Betrieb der Kernkraftwerke **verschlechtert** hat. Genannt seien neben dem doppelten Ausstieg 2002/2011 mit einem Lebenszyklus der Kraft-

¹²⁵ Kloepper, Umweltrecht, 3. Aufl., § 4, Rz. 41: Das ganze „Subsystem der Verantwortlichen“ sei erfasst; m. w. N. in Rz. 49.

¹²⁶ Weites Begriffsverständnis z.B. in § 5 Abs. 1 Nr. 1 WHG, § 4 Abs. 1 BBodSchG. Enger hingegen § 2 Nr. 3 USchadG.

¹²⁷ Näher hierzu unten C.III.3..

¹²⁸ Posser, FS-Dolde, S. 251 ff.

werke, der deutlich hinter dem wirtschaftlich-technisch Möglichen zurückbleibt, insbesondere die Einführung und – vor allem – Beibehaltung der Kernbrennstoffsteuer sowie die Kostenexplosion im Endlagerbereich. Der Staat hat damit maßgeblich Risiken geschaffen, zu deren Beherrschung er jetzt auf wertvolle Unternehmenssubstanz zugreifen will. In zentralen Bereichen ist deshalb der Staat als Verursacher anzusehen.

4. Zwischenergebnis

Allein aus einem allgemeinen umweltvölkerrechtlichen Verursacherprinzip lassen sich keinerlei Pflichten zur Tragung der Stilllegungs- und Entsorgungskosten ableiten. Vielmehr bedarf es einer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung, die wiederum im Einklang mit höherrangigem (EU- und Verfassungs-) Recht stehen und insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren muss. Die gegenwärtige Konkretisierung im Atomgesetz führt, umgekehrt, dazu, dass gerade keine alleinige Verantwortlichkeit der EVU besteht, sondern der Staat als maßgeblich beitragender oder sogar – im Bereich der Endlagerbereitstellung – allein verantwortlicher Verursacher anzusehen ist. Das Verursacherprinzip kann also gerade nicht, anders als bbh behauptet, eine Alleinverantwortung der Betreiber begründen, sondern steht im Gegenteil einer unbegrenzten Kostentragungspflicht der Kernenergiebetreiber gerade entgegen.

III. KOSTENPROGNOSE: DIE VON DEN BETREIBERN ZU TRAGENDEN KOSTEN DER STILLLEGUNG UND ENTSORGUNG KÖNNEN ERMITTELT WERDEN

Das bbh-Gutachten geht davon aus, dass es **drei Kategorien von Kosten** gibt, die die Betreiber zu tragen haben: Kosten für Stilllegung und Rückbau, Kosten der Entsorgung (inklusive der StandAG-Kosten) und „*weitere Kosten nach Verschluss der Endlager, etwa falls sich ein Endlager nachträglich als ungeeignet herausstellt*“. Bei allen gebe es „*erhebliche Unsicherheiten*“ im Hinblick auf Höhe und Zeitpunkt des tatsächlichen Kostenanfalls. So gebe es kaum Erfahrungswerte für die Schätzung des Kostenaufwandes, „*da bisher weltweit noch kein KKW vollständig entsorgt*“ sei. Auch seien nur wenige vollständig zurückgebaut. Da der nötige Aufwand nur geschätzt werden könne, sei stets mit unerwarteten Kostensteigerungen zu rechnen.¹²⁹

Bereits dieser Ausgangspunkt verzerrt das Bild: Es ist keineswegs so, dass jeglicher Schätzung allein das Risiko unerwarteter *Kostensteigerungen* immanent ist. Gleichmaßen möglich sind *Kostensenkungen*. Die Behauptungen treffen aber auch im Einzelnen nicht zu:

1. Stilllegungs- und Rückbaukosten können beziffert werden

Das bbh-Gutachten meint, im Hinblick auf **Stilllegung und Rückbau** fehle es an gesetzlichen Vorgaben für die Organisation dieser Maßnahmen und ihren Zeiträumen.¹³⁰ In der Praxis ist dies jedoch irrelevant: Alle Betreiber bilden Rückstellungen für die Stilllegung all‘ ihrer Anlagen und haben zum Teil bereits mit Stilllegungen

¹²⁹ Zum Ganzen: bbh, S. 13.

¹³⁰ bbh, S. 14, 39 f.

begonnen. Dass das AtG nach überwiegender Ansicht keine Pflicht zum Rückbau beinhaltet,¹³¹ führt deshalb tatsächlich nicht zu Rückstellungslücken.

Das W&K-Gutachten und das BMWi selbst bestätigen, dass die EVU die Stilllegungs- und Entsorgungskosten vollständig und zutreffend prognostizieren.¹³²

2. Verantwortungsteilung: Entsorgungskosten sind nicht allein von EVU zu tragen

Für die Entsorgung beklagt bbh Unklarheiten über den Umfang der radioaktiven Abfälle (hierzu a)) und dass es kaum Anhaltspunkte für die Kosten gäbe, die für die Errichtung und für die Suche eines Endlagers für hochradioaktive Abfälle noch anfallen werden (hierzu b) und c)).¹³³ Die Klage ist unbegründet und kann jedenfalls nicht eine Kostenverantwortung der EVU begründen:

a) Umfang der radioaktiven Abfälle wurde durch die Bundesregierung ermittelt und veröffentlicht

In Umsetzung der Richtlinie 2011/70/Euratom hat die Bundesregierung im August 2015 ihr „Programm für eine verantwortungsvolle und sichere Entsorgung bestrahlter Brennelemente und radioaktiver Abfälle“¹³⁴ (NaPro) veröffentlicht. Dieses enthält eine Darstellung des Bestandes und eine Prognose der radioaktiven Abfälle in Deutschland. Eine detailliertere Aufschlüsselung ist dem als Anlage zum NaPro beigefügten Bericht „Verzeichnis radioaktiver Abfälle“ zu entnehmen.¹³⁵ Hinzu kommt: Für die Frage, ob die Betreibergesellschaften ihrer Pflicht zu finanzieller Vorsorge für die Entsorgung hinreichend nachgekommen sind, kommt es allein auf die jeweilige Kenntnis *ihrer* Abfälle, nicht auf einen Gesamtüberblick über alle in Deutschland zu entsorgenden radioaktiven Abfälle an. Diese Kenntnisse haben jedoch jederzeit in den Konzernen vorgelegen.

b) Neue Unsicherheit über Endlagerkosten ist staatlich verursacht

Hinsichtlich der Unsicherheit der Endlagerkosten ist zunächst in aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass diese von bbh attestierte Unsicherheit vom Staat selbst verursacht worden ist und keineswegs in der Natur der Sache – also etwa im Hinblick auf besondere Schwierigkeiten bei der Endlagerung – liegt. Mit Schacht Konrad existiert ein bestandskräftig genehmigtes Endlager, dessen Kosten bis zur Bestandskraft der Genehmigung nicht nur auf den Cent genau vorliegen, sondern auch bereits be-

¹³¹ H.M., vgl. *Cloosters*, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium; 2008, 293 (300); *Wittkamp*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Rückbaus von Kernkraftwerken, 2012, S. 44 ff.; *Posser*, Umweltrecht: Rechtsfragen des Atomausstiegs – insbesondere in verwaltungsrechtlicher Hinsicht, in: DAI, 18. Jahresarbeitsstagung Verwaltungsrecht 2012, 135 (194); BT-Drs. 17/7777, S. 2; a.A.: bbh, S. 39 f.

¹³² Ausführlich dazu oben B. V.

¹³³ bbh, S. 14.

¹³⁴ Abruf möglich unter: http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Nukleare_Sicherheit/nationales_entsorgungsprogramm_aug_bf.pdf (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

¹³⁵ Abrufbar unter: http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Nukleare_Sicherheit/verzeichnis_radioaktiver_abfaelle_aug_bf.pdf (letzter Abruf: 9. Oktober 2015).

zahlt sind. Auch aus den – aus rein politischen Gründen abgebrochenen – Erkundungen des Standorts Gorleben haben sich umfangreiche Erkenntnisse ergeben, die allerdings für das weitere Suchverfahren durch den Gesetzgeber verschlossen wurden (s. § 29 Abs. 1 S. 4 StandAG). Die von bbh adressierte Unsicherheit ergibt sich deshalb vornehmlich daraus, dass die Politik einen vollständigen Konzeptwechsel gegenüber der bisherigen Entsorgungsarchitektur vorgenommen und die Endlagersuche wieder „auf Null“ gestellt hat.

c) Alleinige Kostentragungspflicht der Betreiber nach StandAG ist rechtswidrig

aa) Umlagepflicht des StandAG verstößt gegen Finanzverfassungsrecht

Darüber hinaus geht bbh in ihrem Gutachten ohne weitere Problematisierung davon aus, dass die Kosten für die Endlagersuche nach den Maßgaben des StandAG – einschließlich Kosten der umfangreichen Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren, Erkundungsmaßnahmen bzgl. weiterer Standorte und Offenhaltung des Standortes Gorleben – von den Betreibern zu tragen seien.¹³⁶ Damit wird jedoch eine fehlerhafte Prämisse zugrunde gelegt, da die Regelungen des StandAG zur Kostentragungspflicht der Betreiber im Rahmen eines Umlageverfahrens gemäß §§ 21 ff. StandAG rechtswidrig sind.¹³⁷ Der Gesetzgeber hat durch die Einführung einer „Umlage“ an Stelle der bisherigen Beitragspflicht gemäß § 21b AtG von einer Finanzierungsform Gebrauch gemacht, die finanzverfassungsrechtlich als Instrument des Finanzausgleichs zwischen öffentlichen Aufgabenträgern dient und nicht als öffentlich-rechtliche Abgabe zwischen Staat und privatem Rechtssubjekt erhoben werden kann.¹³⁸ Angesichts der klaren Abkehr von der bisherigen Beitragspflicht kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um eine bloße „*falsa demonstratio*“ des Gesetzgebers handelt und stattdessen weiterhin eine Abgabe in Form eines Beitrags erhoben werden soll.¹³⁹

bb) Hilfsweise: Materielle Voraussetzungen für Beitragspflicht nicht erfüllt

Ungeachtet dessen liegen auch die materiellen Voraussetzungen für eine Beitragspflicht nicht vor, da in §§ 21 ff. StandAG Abgaben für Leistungen erhoben werden, die keine konkrete Gegenleistung zugunsten der Ablieferungspflichtigen als individuellen Vorteil beinhalten.¹⁴⁰ Die alternative Standortsuche dient namentlich der Herstellung eines politischen und gesellschaftlichen Konsens und nicht dem Nutzen der Ablieferungspflichtigen – eine Standortsuche über den nach allen bisherigen Erkenntnissen sicherheitstechnisch geeigneten Standort Gorleben hinaus bringt für sie

¹³⁶ bbh, S. 13.

¹³⁷ Ausführlich etwa Moench, DVBl. 2015, 213 ff.; ders., atw 2013, 164 ff.; Posser, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (278 ff.); a.A.: Däuper/Bosch/Ringwald, ZUR 2013, 329 ff.

¹³⁸ BVerfGE 83, 363 (389 f.); 108, 186 (213); 124, 235 (243 ff.); BVerwGE 106, 280 (283 f.).

¹³⁹ Posser, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (279 f.).

¹⁴⁰ Zur Voraussetzung eines konkreten Gegenleistungsverhältnisses z.B. BVerfGE 113, 128 (146 ff.); BVerwGE 72, 212 (218 f.).

keinen Vorteil¹⁴¹; ganz im Gegenteil dürfen die umfangreich gewonnenen Erkenntnisse aus den jahrzehntelangen Erkundungsmaßnahmen bezüglich des Standorts Gorleben kraft gesetzlicher Anordnung nicht verwertet werden. Bevor deshalb nicht der Standort Gorleben zu Ende erkundet und rechtsfehlerfrei – entgegen der bisher festgestellten Geeignetheit – seine Ungeeignetheit festgestellt worden ist, haben die Abfallablieferungspflichtigen von einer erweiterten Standortsuche keinen Vorteil, sondern nur kostenträchtige Nachteile; die mit der neuen Suche verbundene Kostenexplosion kann auch in keiner Weise sicherheitstechnisch begründet werden; denn der Standort Gorleben wurde als eignungshöflich festgestellt. Somit verzögert sich eine Lösung der Endlagerung erneut um weitere Jahrzehnte – mit entsprechenden Kostensteigerungen. Die reine Offenhaltung des Standorts Gorleben bringt keinen Vorteil, gerade weil weitere Erkundungen nicht durchgeführt werden.¹⁴²

cc) Insbesondere Rechtswidrigkeit der Vorausleistungen

Zudem handelt es sich bei dem Standortsuchverfahren gemäß den Regelungen des StandAG um ein mit vielen Unsicherheiten behaftetes Projekt in ferner Zukunft, das gleichwohl gemäß § 26 StandAG *Vorausleistungen* von den Abgabepflichtigen fördert – solche sind beitragsrechtlich indes nur zulässig, wenn mit der Benutzbarkeit der beitragspflichtigen Einrichtung in absehbarer Zeit, d.h. in maximal 4 bis 6 Jahren gerechnet werden kann.¹⁴³ Dies wird hinsichtlich eines alternativen Endlagerstandortes offenkundig nicht möglich sein. Aus denselben Gründen kommt auch eine Einordnung der „Umlage“ als Sonderabgabe nicht in Betracht; es fehlt an der spezifischen Sachnähe der Abgabepflichtigen, da deren Interesse im Vergleich zum Allgemeininteresse an einer alternativen Standortsuche nicht eindeutig überwiegt.¹⁴⁴

Ungeachtet dieser finanzverfassungsrechtlichen Erwägungen **verstößt der Konzeptwechsel** des StandAG auch **gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Vertrauensschutzes** gemäß Art. 20 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Rückwirkung: Das bisherige Planfeststellungsverfahren (§ 9b AtG), das mit Schacht Konrad zu einem bestandskräftigen Endlager geführt hat, kannte gerade keine Alternativenprüfung, sondern nur die Prüfung der Geeignetheit des konkreten Standortes.¹⁴⁵

dd) Zwischenergebnis

Das von bbh heraufbeschworene Risiko einer Unauskömmlichkeit der gebildeten Rückstellungen ist deshalb deutlich geringer als angenommen: Die EVU haften von Rechts wegen nicht für politisch gewollte Zusatzkosten der Endlagerung.

¹⁴¹ Moench, DVBl. 2015, 213 (216 f.).

¹⁴² Posser, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (285).

¹⁴³ Zu den Anforderungen an die Rechtfertigung von Vorausleistungspflichten vgl. BVerwGE 64, 186 (192 ff.); BVerwG, NVwZ 1985, 751 (751).

¹⁴⁴ Moench, DVBl. 2015, 213 (218 f.).

¹⁴⁵ BVerwG, UPR 2007, 272; Posser, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (285).

3. Keine Ermächtigungsgrundlage für Kostenerhebung nach Verschluss der Endlager

Im Hinblick auf den dritten Kostenblock „*weitere Kosten nach Verschluss der Endlager*“ geht das bbh-Gutachten davon aus, dass einerseits unklar sei, ob diese überhaupt anfallen, andererseits sei unklar, inwieweit die Finanzierungspflicht noch die Betreiber trifft und ab wann der Bund das Kostenrisiko trägt.¹⁴⁶ Dies trage zur Unsicherheit der den gegenwärtigen Rückstellungen zugrundeliegenden Kostenschätzungen bei.

Insoweit bestehen jedoch gerade keine Zweifel: Nach § 21a Abs. 1 S. 1 AtG werden „für die Benutzung“ von Endlagern von den Ablieferungspflichtigen Kosten erhoben. Hiermit ist lediglich die Endlagerung in der jeweiligen Einrichtung gemeint; diese endet jedoch mit dem Verschluss des Endlagers. Insbesondere die von bbh genannte Bergung ist deshalb schon begrifflich keine Benutzung des Lagers. Für Kosten nach Verschluss eines Endlagers fehlt es deshalb an einer Ermächtigungsgrundlage; eine diesbezügliche Pflicht zu finanzieller Vorsorge besteht nicht. Etwaige Unsicherheiten, wem solche Kosten in der Zukunft zugewiesen werden, begründen deshalb de lege lata kein dahingehendes Argument, die finanzielle Vorsorge der Betreiber sei unzureichend.

IV. BETREIBER HABEN NACH GELTENDEM RECHT ERFORDERLICHE UND AUSREICHENDE FINANZIERUNGSVORSORGE GETROFFEN

Die Betreiber von Kernkraftwerken sind nach geltendem Recht verpflichtet, für den Prozess der Stilllegung und Entsorgung ausreichende Rückstellungen in Höhe der notwendigen Erfüllungsbeträge zu bilden.¹⁴⁷ Bei der damit einhergehenden, periodisch aktualisierten Bewertung müssen sie sämtliche vorhersehbaren Risiken berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund hat auch die Bundesregierung in einer Mitteilung an die Europäische Kommission die Angemessenheit der Vorsorge bestätigt:

*„Das deutsche Rückstellungssystem für die Kernenergie bewährt sich seit Jahrzehnten. Es gibt keinen Fall, in dem Rückstellungsmittel nicht bedarfsgerecht für die Stilllegung zur Verfügung standen oder nicht künftig voraussichtlich zur Verfügung stehen werden.“*¹⁴⁸

Die Bundesregierung hat diese deutliche Aussage möglicherweise auch vor dem Hintergrund getroffen, dass die Einhaltung der Vorschriften zur Rückstellungsbildung nach geltendem Recht auf mehreren Ebenen einer strikten Kontrolle unterworfen ist – und zwar durch das Unternehmen selbst, durch unabhängige Experten und auch durch die öffentliche Hand (dazu C.1.). Das bbh-Gutachten zeichnet indes mit der

¹⁴⁶ bbh, S. 15.

¹⁴⁷ Vgl. ausführlich oben B.I.3.c).

¹⁴⁸ Mitteilung der deutschen Bundesregierung an die Europäische Kommission vom 12. Februar 2001, S. 8 – zitiert nach Müller-Dehn, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2008, 321 (322).

behaupteten „Verschiebung von zurückgestellten Finanzmitteln“¹⁴⁹ ein Zerrbild, das terminologisch wie sachlich in mehrfacher Hinsicht irreführend ist und international anerkannte, ökonomisch erforderliche sowie vom Gesetzgeber ausdrücklich für wünschenswert erklärte finanzwirtschaftliche Standards der Konzernfinanzierung missachtet (dazu 2.):

1. Strikte Kontrolle einer angemessenen Rückstellungsbildung

Die Bildung angemessener Rückstellungen unterliegt auf **mehreren Ebenen** einer strengen Regulierung und Kontrolle, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch die Energieversorger sicherstellt.¹⁵⁰ Diese Schutzmechanismen werden in dem von bbh erstatteten Gutachten zu weiten Teilen ausgeblendet. So sind die Unternehmen auf der *ersten* Ebene zunächst selbst verpflichtet, eine ordnungsgemäße Rechnungslegung durchzuführen und darauf aufbauend den Jahres- bzw. Konzernabschluss aufzustellen (vgl. §§ 242, 264, 290 HGB). Unrichtige Angaben können in diesem Kontext eine Haftung der verantwortlichen Vorstandsmitglieder begründen.¹⁵¹

Der Abschluss wird auf der *zweiten* Ebene von unabhängigen Wirtschaftsprüfern geprüft. In diesem Zuge müssen die Wirtschaftsprüfer nach der ausdrücklichen Anordnung des § 317 Abs. 2 S. 2 HGB jährlich wiederkehrend kontrollieren, ob die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind. Überdies sind börsennotierte Unternehmen auf die Einrichtung eines ordnungsgemäßen Überwachungssystems hin zu überprüfen, das bestandsgefährdende Entwicklungen rechtzeitig erkennt und so den Fortbestand des Unternehmens sichert (vgl. § 317 Abs. 4 HGB i.V.m. § 91 Abs. 2 AktG). Entspricht der Abschluss nicht diesen Vorgaben, so kann auch keine Testierung erfolgen.

Nach Maßgabe des durch das Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) eingeführten Enforcement-Verfahrens überwacht die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) gem. § 342b HGB auf einer *dritten* Stufe die Rechtmäßigkeit konkreter und bereits durch die gesetzlichen Abschlussprüfer geprüfter Unternehmensabschlüsse. In diesem Rahmen hat die DPR die Konzernabschlüsse und zugehörigen Konzernlageberichte etwa der RWE AG zum 31. Dezember 2007 und 31. Dezember 2010 geprüft. Die Kernenergie Rückstellungen waren beide Male im Prüfungsumfang enthalten.

Auf der *vierten* Ebene schließlich ist zu beachten, dass die Handelsbilanz grundsätzlich die Basis für die Steuerbilanz darstellt (vgl. § 5 Abs. 1 EStG).¹⁵² Diese wird ihrerseits periodisch von der Finanzverwaltung überprüft, so dass neben der Testierung

¹⁴⁹ Vgl. bbh, S. 8, 57.

¹⁵⁰ Zum Ganzen auch *Müller-Dehn*, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2008, S. 321, 326.

¹⁵¹ *Fleischer*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 14 Rz. 51 m.w.N.

¹⁵² Vgl. *Wüstemann*, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 12. Deutsches Atomrechtssymposium, 2003, 277 (292). Nur ergänzend sei insofern ausgeführt, dass Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz (wie bspw. der hohe Diskontierungssatz in § 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. d EStG) in erster Linie den Fiskus begünstigen, vgl. *Müller-Dehn*, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2008, 321 (324).

durch die Wirtschaftsprüfer auch die öffentliche Hand den ordnungsgemäßen Ansatz der Rückstellungen mittelbar überwacht. All dies bleibt im bbh-Gutachten bezeichnenderweise unerwähnt.

2. **Einhaltung anerkannter Standards der Konzernfinanzierung ist keine „Verschiebung“ von zurückgestellten Finanzmitteln**

Das von bbh erstattete Gutachten identifiziert ein zentrales Risiko darin, dass die Betreibergesellschaften die „Vermögenswerte, mit denen Rückstellungen gebildet wurden“ bzw. die „in den Rückstellungen verkörpert sind“, frei verwenden könnten.¹⁵³ Vor diesem Hintergrund drohe eine „Investition in hochriskante Anlageformen“ und in der Folge „eine Entwertung des Rückstellungsvermögens.“¹⁵⁴ Damit zusammenhängend bestehe wegen einer „Verschiebung von zurückgestellten Finanzmitteln“ die Gefahr, dass die „an die Muttergesellschaften ausgereichten Finanzmittel nicht ordnungsgemäß an die Betreibergesellschaften zurückfließen“.¹⁵⁵

Diese Darstellung ist nicht nur terminologisch irreführend (dazu a)), sondern steht darüber hinaus im Widerspruch zu anerkannten, finanzwirtschaftlich sinnvollen und gesetzgeberisch gewollten Standards der Konzernfinanzierung (dazu b)). Nicht zuletzt verkennt das bbh-Gutachten weitere von den Energieversorgern ergriffene Sicherungsmaßnahmen und unterstellt ohne ersichtliche Grundlage ein Missmanagement, das mit den geltenden unternehmerischen Pflichten unvereinbar ist (dazu c)).

a) **Keine bilanzielle Beeinträchtigung der Aktiva der Betreibergesellschaften**

Richtig ist, dass den Rückstellungen auf der Passivseite einer Bilanz grundsätzlich keine konkreten Werte auf der Aktivseite zugeordnet sind. Dies kommt auch im bilanzrechtlichen Vollständigkeitsgebot und Verrechnungsverbot zum Ausdruck (vgl. § 246 Abs. 1, 2 HGB), die eine Verrechnung von Aktiv- und Passivseite verbieten. Vor diesem Hintergrund erweist sich bereits die von bbh gebrauchte Terminologie („Vermögenswerte, die in den Rückstellungen verkörpert sind“¹⁵⁶ bzw. „Vermögenswerte, mit denen Rückstellungen gebildet wurden“¹⁵⁷) bilanzrechtlich als irreführend.

Nichts anderes gilt für die behauptete „Verschiebung von zurückgestellten Finanzmitteln“.¹⁵⁸ Die damit verbundenen Ausführungen des bbh-Gutachtens suggerieren einen in dieser Gestalt nicht haltbaren Abfluss von Aktiva bei den Betreibergesellschaften. Wie bereits dargelegt wurde, können Rückstellungen mittelbar dazu führen, dass in einem Unternehmen Liquidität entsteht. Damit diese nicht ungenutzt brachliegt, wird sie in Konzernen typischerweise zentral gesammelt und verwaltet, wodurch im Gegenzug voll werthaltige und liquidierbare Darlehensrückforderungsansprüche gegen die Konzerngesellschaft entstehen, die die Aufgabe des Liquiditätsmanagements übernimmt.

¹⁵³ Vgl. bbh, S. 34, 49.

¹⁵⁴ Vgl. bbh, S. 34.

¹⁵⁵ Vgl. bbh, S. 8.

¹⁵⁶ Vgl. bbh, S. 34.

¹⁵⁷ Vgl. bbh, S. 49.

¹⁵⁸ Vgl. bbh, S. 8.

Stellt die Betreibergesellschaft eines Kernkraftwerks demnach im Zuge eines Cash Pooling ungenutzte Liquidität bereit, die ihr wegen der o.g. bilanziellen Wirkungen von Rückstellungen verbleibt, erhält sie einen gleichwertigen Posten in Form des Rückzahlungsanspruchs, den sie bei Bedarf jederzeit geltend machen kann. Es handelt sich dementsprechend um einen **reinen Aktivtausch**, der die Bilanz im Übrigen nicht beeinflusst, sondern vielmehr bilanzneutral ist. Die Rückstellungen auf der Passivseite sind davor wie danach durch die Aktivseite gedeckt.

b) Ökonomisch anerkanntes und gesetzgeberisch erwünschtes System der Konzernfinanzierung

Das System der Konzernfinanzierung im Wege des Cash Pooling (vgl. B.II.), das von bbh als Risiko tituliert und mit der Behauptung der angeblichen „Verschiebung von zurückgestellten Finanzmitteln“ diskreditiert wird, erweist sich bei genauerem Hinsehen als das genaue Gegenteil und stellt einen international anerkannten, fest verankerten Bestandteil der Unternehmensfinanzierung dar.¹⁵⁹ Betriebswirtschaftlich ist ein Konzern eine wirtschaftliche Planungs- und Entscheidungseinheit und damit letztlich als „Konzernunternehmung“ zu verstehen, ohne dass dies die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften in Frage stellte. Er ist mehr als die Summe einzelner Konzernunternehmen, weil die Auswirkungen konzerninterner Beziehungen und Synergien hinzukommen.¹⁶⁰ In eben diesem Zusammenhang steht auch die Finanzwirtschaft des Konzerns.

Cash-Pooling-Systeme dienen neben der Sicherstellung einer jederzeitigen Zahlungsfähigkeit auch der Minimierung von Kosten, der Maximierung von Erlösen aus der Anlage von Überschussliquidität und gerade der **Verringerung externer Risiken**.¹⁶¹ Die damit verbundenen ökonomischen Vorteile werden in dem von bbh erstatteten Gutachten grundlegend verkannt oder verschwiegen. Demgegenüber hat der Gesetzgeber die Praxis des Cash-Pooling in der Begründung des MoMiG ausdrücklich für wünschenswert erklärt, weil sie „ökonomisch sinnvoll“ ist und „regelmäßig auch dem Interesse von Konzerntöchtern“ dient. Solche „alltägliche[n] und wirtschaftlich sinnvolle[n] Leistungsbeziehungen [...] muss das Gesetz reibungslos ermöglichen.“¹⁶² Zu dieser gesetzgeberischen Intention und Forderung setzt sich bbh in einen bemerkenswerten Widerspruch. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei betont, dass dieses System selbstverständlich nichts an den Pflichten der jeweiligen operativen Gesellschaft ändert, erforderliche Rückstellungen zu bilden.

Entgegen den von bbh entworfenen Risikoszenarien entspricht es ferner ebenfalls dem zutreffenden Verständnis des Gesetzgebers, dass vor dem Hintergrund der Kapitalerhaltung das mit dem MoMiG eingeführte sog. Vollwertigkeits- und Deckungs-

¹⁵⁹ Vgl. statt vieler *Altmeyden*, NZG 2010, 361; *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, 2003, S. 1.

¹⁶⁰ *Lutter/Scheffler/Schneider*, in: *Lutter/Scheffler/Schneider*, Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, § 1 Rz. 1.2.

¹⁶¹ *Larisch*, in: *Eilers/Rödding/Schmalenbach*, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., Teil C Rz. 534 f.

¹⁶² Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/6140, S. 41.

gebot ein „*Ausplündern von Gesellschaften*“ auch außerhalb eines Vertragskonzerns effektiv verhindert.¹⁶³

Schließlich fördert das von bbh kritisierte System der Innenfinanzierung auch die Wahrnehmung anderer operativer Aufgaben. Namentlich fehlen sämtliche Gelder, welche ohne operative Nutzungsmöglichkeiten „passiv“ angelegt und gebunden werden, auch der Finanzierung von Aufgaben aus der Energiewende. Die betriebliche Anlagemöglichkeit von Liquidität ist damit sinnvoll, um den Weg der EVU in eine versorgungssichere Zukunft ohne Kernenergie zu unterstützen.

c) Unternehmerische Pflichten zwingen zu sorgfältiger und dauerhafter Risikoversorge

Das im bbh-Gutachten gezeichnete Risikobild baut schließlich darauf auf, dass das geltende Rückstellungssystem möglicherweise auch deshalb keine hinreichende Vorsorge gewährleiste, weil angelegte Mittel ggf. nicht kurzfristig genug liquidierbar sein könnten¹⁶⁴ oder eine Entwertung des Vermögens, beispielsweise durch „*Investition in hochriskante Anlageformen*“¹⁶⁵ drohe. Diese Aussagen berücksichtigen die von den Energieversorgern getroffene und auch rechtlich notwendige Vorsorge nur in unzureichendem Maße (dazu aa)). Sie unterstellen darüber hinaus ohne ersichtliche Grundlage ein Missmanagement, das mit den geltenden unternehmerischen Pflichten unvereinbar ist (dazu bb)).

aa) Mechanismen der Liquiditätssicherung

Wie bereits zu den Hintergründen der Rückstellungsbildung und Konzernfinanzierung dargelegt, sind effektive Möglichkeiten einer schnellen Bereitstellung von Mitteln im Falle etwaiger kurzfristiger Engpässe von hoher Bedeutung. Dabei zählt eine ordnungsgemäße Liquiditätssicherung als Bestandteil der Finanzverantwortung zu den genuinen Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeiten der Leitungsorgane.¹⁶⁶ Die Energieversorger halten aus diesem Grunde verschiedene, unmittelbar abrufbare Liquiditätsquellen wie insbesondere ungenutzte Kreditlinien, Commercial Paper- und Debt-Issuance-Programme in erheblicher Höhe vor.¹⁶⁷ Wohl vor diesem Hintergrund kommt auch bbh jedenfalls zu dem Ergebnis, „*die kurzfristig liquidierbaren Finanzanlagen und Forderungen, Zahlungsmittel und Zahlungsmitteläquivalente [überstiegen] die nuklearen Rückstellungen auf Konzernebene teilweise deutlich*“, weshalb „*kurzfristig nicht damit zu rechnen [sei], dass die Betreiber ihre öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen im Nuklearbereich nicht erfüllen können.*“¹⁶⁸

¹⁶³ Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/6140, S. 41.

¹⁶⁴ Vgl. bbh, S. 32.

¹⁶⁵ Vgl. bbh, S. 34, denkbare „Fehlinvestitionen“ unterstellend auch S. 32.

¹⁶⁶ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rz. 57.

¹⁶⁷ Vgl. RWE Geschäftsbericht 2014, S. 173; E.ON Geschäftsbericht 2014, S. 42; EnBW Geschäftsbericht 2014, S. 17; Vattenfall Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht 2014, S. 70.

¹⁶⁸ Vgl. bbh, S. 32.

Das Risiko könnte allenfalls in der fernen Zukunft liegen. Insoweit wird allerdings von bbh nicht weiter substantiiert, warum schnell abrufbare Liquiditätsquellen zur Überbrückung etwaiger kurzfristiger Liquiditätsengpässe künftig nicht mehr zugänglich sein sollten. Von entscheidender Bedeutung ist darüber hinaus, dass bei der Sammlung ungenutzter Liquidität im Konzern seitens der Cash-Pool-Führerin Informations- und Reaktionspflichten über etwaige sich abzeichnende Finanzierungsrisiken bestehen.¹⁶⁹ Entsprechende Frühwarnsysteme für die Unternehmensleitung sind in § 91 Abs. 2 AktG verankert. Schließlich müssen die aus einer Hingabe ungenutzter Liquidität resultierenden Darlehenszahlungen laufend überwacht und bei Anzeichen einer sich anbahnenden Illiquidität in Cash-Pool-Systemen sofort zurückgefordert oder mit Sicherheiten hinterlegt werden.¹⁷⁰

bb) Geschäftsleiterpflichten fordern konservative Anlagepolitik

Die verantwortlichen Leitungsorgane der Energieversorger unterliegen einer haftungs- und ggf. auch strafbewehrten rechtlichen Pflicht zur Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung und zur Zweckmäßigkeit von Leitungsentscheidungen (vgl. § 93 Abs. 1 AktG; § 43 Abs. 1 GmbHG). In diesem Zuge dürfen sie weder Vermögenswerte der Gesellschaft verschwenden noch unvertretbare Risiken eingehen.¹⁷¹ Insbesondere bei der Anlage freier Liquidität trifft sie eine besondere Pflicht zur sorgfältigen Vermögensanlage, die einer übermäßigen Konzentration von Risiken Grenzen zieht.¹⁷² Wie bereits erwähnt, werden diese Pflichten für Aktiengesellschaften wie die deutschen Energieversorger durch ein gesetzlich vorgeschriebenes Frühwarnsystem komplettiert (vgl. § 91 Abs. 2 AktG).

Auf Basis dessen müssen die Energieversorger ihre Liquidität unter Berücksichtigung möglicher Anlagerisiken und des Zeithorizonts ihrer Verpflichtungen so investieren, dass die Anlagemittel keinen unvernünftigen Gefahren ausgesetzt sind und zum relevanten Zeitpunkt in ausreichender Höhe abgerufen werden können. Diese Pflichten werden bei den Energieversorgern durch interne Anlagerichtlinien konkretisiert, welche typischerweise eine konservative, auf angemessene Bestandssicherung ausgerichtete Investitionspolitik für die Investition in externe Kapitalanlagen vorschreiben.¹⁷³ Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die beschriebenen Sorgfaltspflichten missachtet und damit die bestehenden gesetzlichen Pflichten verletzt werden.¹⁷⁴ Vor diesem Hintergrund ist die von bbh gemutmaßte und in keiner

¹⁶⁹ Larisch, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., Teil C Rz. 670.

¹⁷⁰ BGH, NJW 2001, 3622; BGH, NJW 2009, 850; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 43 Rz. 59.

¹⁷¹ Krieger, in: ders./Schneider, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl., § 3 Rz. 7; Hölters, in: Hölters, AktG, 2. Aufl., § 93 Rz. 154 ff., 160.

¹⁷² Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rz. 83.

¹⁷³ Vgl. Müller-Dehn, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2008, 321 (324).

¹⁷⁴ Bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund auch die Einschätzung des früheren Leiters der Abteilung Reaktorschutz, Strahlensicherheit und Entsorgung im Bundesumweltministerium Renneberg, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 12. Deutsches Atomrechtssymposium, 2003, 89 (95): „[E]s geht hier nicht um Summen, die man im Rahmen eines Sparvertrages bei der Sparkasse anlegen könnte. Mit

Weise belegte „*Investition in hochriskante Anlageformen*“ mit der drohenden Folge „*eine[r] Entwertung des Rückstellungsvermögens*“¹⁷⁵ schlicht falsch; das von bbh gezeichnete Risikoszenario besteht m.a.W. nur, wenn man (unzulässigerweise) den handelnden Organen eine Verletzung ihrer gesetzlichen Sorgfaltspflichten unterstellt. Das aber ist nicht der Fall.

V. FAZIT

Das von **bbh** in Teil 1 des Gutachtens **gezeichnete Bild** einer angeblich unzureichenden Rechtslage, die zu „*Risiken faktischer und rechtlicher Art*“ führte, erweist sich bei näherem Hinsehen als **grundlegend unzutreffend**. Das betrifft sämtliche Kernthesen zum angeblichen Status Quo: Die Annahme eines weitreichenden, unbegrenzten, auf dem Umweltvölkerrecht beruhenden Verursacherprinzips, welches die Betreibergesellschaften zur Tragung sämtlicher Kosten für Rückstellung, Stilllegung und Entsorgung verpflichtet, ist falsch. Die These, es bestünden erhebliche Unsicherheiten in der Prognose der Stilllegungskosten ist genauso unzutreffend wie die Behauptung, die EVU müssten sämtliche Entsorgungskosten, einschließlich der durch das StandAG nunmehr neu verursachten Kostenexplosion, tragen. Die Ansicht, das geltende Recht kümmere sich nicht ausreichend um die Verpflichtung zur finanziellen Vorsorge für Stilllegung und Endlagerung, ist verfehlt; zentrale fachrechtliche Verpflichtungen zur finanziellen Vorsorge werden übersehen. Die Behauptung, die Betreibergesellschaften würden die zurückgestellten Mittel konzernintern „*verschieben*“, missachtet vollständig sowohl die rechtliche Struktur der Konzernfinanzierung, die selbstverständlich den Betreibergesellschaften die Mittel zu dem Zeitpunkt sichert, zu dem sie benötigt werden, wie auch das zwingende und vom Bundesgesetzgeber gerade gewollte Erfordernis der Konzernfinanzierung in Industrieunternehmen, die – anders als etwa Versicherungsunternehmen – keine bloßen Geldsammelstellen sind, sondern in Anlagen investieren müssen.

Die Basis, auf der bbh in Teil 2 des Gutachtens Gesetzesvorschläge entwickelt, ist also äußerst brüchig, ja in weiten Teilen schlicht falsch. Die von bbh vorgelegte Analyse der Rechts- und Sachlage stimmt deshalb schon in den als maßgeblich zugrunde gelegten Ausgangspunkten nicht. Allein dies hat bereits wesentliche Auswirkungen auf die Haltbarkeit der in Teil 2 des bbh-Gutachtens vorgestellten einseitigen gesetzgeberischen Zwangsmaßnahmen. Hierauf ist im Folgenden näher einzugehen.

D. „GESETZLICHER REFORMBEDARF“? – ZU DEN VORSCHLÄGEN FÜR EINE EINSEITIGE UND ZWANGSWEISE NEUGESTALTUNG DES VORSORGE- UND HAFTUNGSSYSTEMS

Das bbh-Gutachten prüft **vier Reformoptionen** (s. zusammenfassend oben B.III.). Allen Möglichkeiten gemeinsam ist die Prämisse, dass sich an der atomrechtlichen

Mitteln in Milliardenhöhe muss insgesamt gewirtschaftet werden. [...] Ob die Bewirtschaftung derartiger Mittel bei einem öffentlichen Verwalter in besseren Händen liegt als bei der Wirtschaft, ist fraglich“.

175

Vgl. bbh, S. 34.

Verantwortlichkeit der Betreibergesellschaften nichts ändern soll (keine Enthaltung).¹⁷⁶ Die Möglichkeit des Gesetzgebers, eine vorrangige Befriedigung der Forderungen des Staates in einem möglichen Insolvenzverfahren der Betreibergesellschaften anzuordnen, verwirft bbh wegen eines Eingriffs in die Grundrechte der anderen Gläubiger als verfassungswidrig. Es verbleiben damit aus Sicht von bbh die Reformoptionen eines internen und/oder externen Fondsmodells, diese ggf. kombiniert mit einer Solidarhaftung, sowie einer neuen Haftung der Muttergesellschaften. Das bbh-Gutachten hält alle Modelle grundsätzlich für verfassungsgemäß, selbst wenn der Gesetzgeber sie zwangsweise einführt; das soll auch bei Kumulation mehrerer Vorschläge gelten. Dieses Ergebnis wird im Folgenden aus verfassungs- und europarechtlicher Perspektive hinterfragt.

Bereits an dieser Stelle sei festgehalten, dass das bbh-Gutachten durch die **Konzentration auf nur vier Reformoptionen** eine entscheidende **Schwäche** aufweist. Diese vier Maßnahmen sind keinesfalls die allein denkbaren Möglichkeiten des Gesetzgebers, wahrgenommenen Risiken im Zusammenhang mit der finanziellen Vorsorge für Stilllegung und Entsorgung zu begegnen. An dieser Stelle soll keine umfangreiche Diskussion möglicher Alternativen erfolgen. Hingewiesen sei lediglich auf Optionen, die von bbh beklagten Rechtsunsicherheiten unmittelbar durch Klarstellungen oder Neuregelungen zu beseitigen. So könnte etwa die als Risiko identifizierte Freigabe von belasteten Gegenständen durch den Insolvenzverwalter¹⁷⁷ gesetzlich ausgeschlossen werden. Auch andere insolvenzrechtliche Maßnahmen, etwa die Möglichkeit von Aussonderungs- und/oder Absonderungsrechten im Hinblick auf Rückstellungsgegenwerte, könnten näher geregelt werden. Kategorisch ausgeschlossen wird von bbh auch jegliche Pflichtenentlastung im Sinne einer Fondslösung Zug-um-Zug gegen eine entsprechende Enthaltung. Das Ausblenden zur Verfügung stehender alternativer Reformoptionen führt dazu, dass das bbh-Gutachten von vornherein keinen umfassenden Mittelvergleich vornehmen kann. Ggf. mildere Mittel bleiben so schon im Ansatz unerörtert.¹⁷⁸

Auch dass bbh ausschließlich einseitig-gesetzgeberische Maßnahmen erörtert, greift im Ausgangspunkt für ein gesetzgeberisches Tätigwerden zu kurz. Das als eines der Grundprinzipien des Umweltrechts anerkannte **Kooperationsprinzip**¹⁷⁹ bringt zum Ausdruck, dass Umweltschutz eine Aufgabe von Staat *und* Gesellschaft ist. Umweltschutz und die mit ihm verbundene Kostenlast sind hiernach nicht allein Aufgabe des Staates. Zugleich – und darauf kommt es im hiesigen Kontext entscheidend an – soll dieser den Umweltschutz aber auch nicht einseitig gegen Wirtschaft und Gesellschaft durchsetzen. Gefordert ist stets die Zusammenarbeit aller betroffenen Kräfte.¹⁸⁰ Das

¹⁷⁶ Vgl. bbh, S. 148.

¹⁷⁷ bbh, S. 40 f.

¹⁷⁸ Dazu auch *Di Fabio*, Rechtsgutachten, S. 88 ff.

¹⁷⁹ Dessen verfassungsrechtliche Relevanz und Grundlage hat das BVerfG bereits in zwei Entscheidungen herausgearbeitet und als die Verfassungswidrigkeit einer Regelung allein tragendes Prinzip etabliert; BVerfGE 98, 83 (99 f. und 103 f.); 98, 106 (121 f. und 130 f.).

¹⁸⁰ *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl., § 4 Rz. 56; *Rehbinder*, in: Hansmann/Sellner, Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl., Kap. 3 Rz. 173.

Kooperationsprinzip umfasst dabei zwei Ausprägungen: Es fordert eine **Verantwortungsteilung** zwischen Staat und Gesellschaft sowie eine **kooperative Aufgabenwahrnehmung**.¹⁸¹

Dem allgemeinen umweltrechtlichen Kooperationsprinzip kommt im **Atomrecht** sogar eine noch **gesteigerte Bedeutung** zu. Die deutsche Energiewirtschaft hat die Kernenergieerzeugung ursprünglich nicht von sich aus aufgenommen. Der Staat musste insoweit umfangreiche Überzeugungsarbeit leisten (etwa durch Aufnahme einer staatlichen Förderpflicht oder die zuvor beschriebene Aufgabenteilung im Entsorgungsbereich gem. § 9a Abs. 3 AtG). Herausgebildet haben sich infolgedessen umfassende kooperative Handlungsabläufe, auf deren Fortsetzung ein Anspruch besteht und die einem einseitigen Rückzug des Staates aus der Verantwortung entgegenstehen. Beim Ausbau der Kernenergie handelt es sich geradezu um einen Präzedenzfall gemeinsamer Verantwortung zwischen Staat und Gesellschaft,¹⁸² der eine staatliche Aufkündigung ausschließt. Denn für die **Abwicklung der Kernenergie** darf **kein Systemwechsel** vorgenommen werden; aus Gründen der **Systemgerechtigkeit** und **Folgerichtigkeit** ist der Staat vielmehr an dem von ihm initiierten Konzept der gemeinsamen Verantwortungsteilung festzuhalten: Ihn trifft eine dauerhafte **Ingerenzverantwortung**. Das Bild ist danach eben nicht so, wie es bbh im stillschweigenden Einverständnis mit der veröffentlichten Meinung darstellt, dass die EVU Gewinne aus der Kernenergiewirtschaft realisieren und dann, wenn es an die Kostentragung geht, nach dem Staat rufen. Vielmehr verhält es sich genau umgekehrt: Jetzt, wo es um die Aktualisierung der staatlichen Verantwortung geht, versucht dieser, sich von seiner Einstandspflicht zu lösen und diese auf die Unternehmen abzuwälzen. Der Ruf nach dem Staat ist deshalb eine Erinnerung an dessen Verantwortung.¹⁸³

Das bbh-Gutachten blendet die Inhalte des Kooperationsprinzips aus: So wird eine Verantwortungsteilung gar nicht erst erwogen. Ziel aller diskutierten Maßnahmen ist es, das staatlicherseits geschaffene Risiko einer Unauskömmlichkeit der bei den Betreibern gebildeten Rückstellungen für die Entsorgung einseitig auf die EVU abzuwälzen. Dabei wäre der Staat zu einer kooperativen Entwicklung einer etwaigen Reform verpflichtet; gefordert ist danach eine Einbeziehung gesellschaftlicher Kräfte in das staatliche Entscheidungsverfahren auf dem Gebiet des Umweltschutzes.¹⁸⁴ Der Sinn dieser Pflicht ist die Nutzbarmachung des Sachverständs aus dem gesellschaftlich-privaten Bereich. Dieser liegt insbesondere bei den kernenergiebetreibenden Unternehmen. Schon deshalb ist eine Neuausrichtung der finanziellen Vorsorge für vermeintlich noch nicht bezifferbare Entsorgungspflichten ohne deren Beteiligung weder sinnvoll noch zulässig.

¹⁸¹ *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl., § 4 Rz. 57.

¹⁸² Vgl. *Di Fabio*, Rechtsgutachten, S. 41.

¹⁸³ Zum Ganzen *Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 39 ff.

¹⁸⁴ *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl., § 4 Rz. 59; vgl. auch *Rehbinder*, in: Hansmann/Sellner, Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl., Kap. 3 Rz. 174.

Zu den einzelnen Vorschlägen des bbh-Gutachtens im Detail:

I. GESETZLICHE VERPFLICHTUNG ZUR BILDUNG EINES SICHERUNGSVERMÖGENS IN EINEM INTERNEN FONDS NACH VORBILD DES § 66 VAG

1. Beschreibung des Modellvorschlages

Das Gutachten von bbh diskutiert die Möglichkeit der Bildung interner Fonds als Reformoption. Gemeint ist die Übertragung der für Stilllegung und Entsorgung zurückgestellten Mittel in ein zweckgebundenes Sicherungsvermögen. Dieses bleibe den Unternehmen rechtlich zugeordnet, es finde keine Vermögensübertragung statt. Das Risikovermögen unterliege gesetzlichen Vorgaben für die Vermögensanlage und -verwaltung mit dem Ziel der Risikominimierung. Durch die Zweckbindung erhalte der Staat als Gläubiger vorrangigen Zugriff auf das Sondervermögen.¹⁸⁵

Das bbh-Gutachten nimmt für sein Modell interner Fonds sodann Anleihen im Versicherungsrecht:¹⁸⁶ Das dortige Modell eines Sicherungsvermögens nach den §§ 66, 77 und 77a VAG könne Vorbild des neuen atomrechtlichen Fondsmodells sein. Das versicherungsrechtliche Sondervermögen diene der jederzeitigen Erfüllbarkeit der Versicherungsansprüche im Falle einer Insolvenz des Versicherungsunternehmens.¹⁸⁷

Die Gegenstände des Sicherungsvermögens seien hierfür gesondert aufzubewahren (§ 66 Abs. 5 und 6 VAG) und nach § 54 Abs. 1 VAG so anzulegen, dass möglichst große Sicherheit und Rentabilität bei jederzeitiger Liquidität unter Wahrung angemessener Mischung und Streuung erreicht wird.¹⁸⁸ Das Sicherungsvermögen dürfe deshalb nur in bestimmten, in einer Anlageverordnung festgelegten Anlageformen investiert werden. Es bestehe eine Nachschusspflicht nach § 66 Abs. 2 VAG, wenn der gesetzlich vorgegebene Mindestumfang nicht erreicht oder unterschritten werde. Ergänzend sei eine Insolvenzversicherung des Sicherungsvermögens zugunsten der geschützten Versicherungsnehmer in § 77a VAG vorhanden: Ihre Forderungen gingen im Insolvenzfall in Höhe ihres Anteils am Sicherungsvermögen den Forderungen anderer Gläubiger vor. Die Zweckbindung des Sicherungsvermögens werde durch ein Verfügungsverbot zulasten des zur Bildung verpflichteten Unternehmens erreicht. Dieses dürfe dem Sicherungsvermögen nur Beiträge entnehmen, die durch Eintritt oder Regulierung des Sicherungsfalls oder durch Rückkauf frei werden (§ 77 Abs. 1 VAG).¹⁸⁹ Die Verwaltung des Vermögens unterliege zusätzlich einer behördlichen Aufsicht.

Das bbh-Gutachten sieht eine Übertragung dieses Modells auf die Nuklearrückstellungen vor. Die Betreibergesellschaften sollen gesetzlich verpflichtet werden, die Rückstellungsgegenwerte außerhalb ihres sonstigen Betriebsvermögens gesondert zu

¹⁸⁵ Modellbeschreibung bei bbh, S. 82.

¹⁸⁶ Vorüberlegungen in diese Richtung bereits bei *Steinhauer*, Sicherungsmechanismen für das bei den EVU für Stilllegung und Entsorgung gebundene Vermögen, in: Pelzer, Die Internationalisierung des Atomrechts, 2004, 265 (273 f.).

¹⁸⁷ bbh, S. 83.

¹⁸⁸ bbh, S. 83.

¹⁸⁹ bbh, S. 84.

verwalten.¹⁹⁰ Alle Elemente des versicherungsrechtlichen Modells sollen übernommen werden.¹⁹¹ Hinzukommen sollen ggf. Garantiesysteme, die sicherstellen, dass die Erstansammlung auch im Fall einer vorzeitigen Insolvenz abgeschlossen wird und dass nach der Ansammlungszeit entstehende Kostensteigerungen von den Betreibern getragen werden (Nachschusspflicht).¹⁹² Ferner sei eine Regelung zum Ausschluss des Risikos einer Freigabe von Vermögensgegenständen durch den Insolvenzverwalter vorzusehen.¹⁹³ Die Modellbeschreibung von bbh enthält aber weder eine Regelung dazu, wer die Dotierungshöhe der Sicherungsvermögen und ggf. bestehende Nachschusspflichten festlegt und wie dies erfolgt,¹⁹⁴ noch Angaben dazu, welche Vermögensgegenstände in das Sicherungsvermögen eingebracht werden können und in welchen Schritten sowie über welchen Zeitraum dieses angesammelt werden muss. Auch der *numerus clausus* der zulässigen Anlageformen ist noch nicht konkretisiert, lediglich eine „Orientierung“ an der Anlageverordnung wird vorgeschlagen.¹⁹⁵

Durch die Beschränkung auf einen solchen *numerus clausus* wird jedoch deutlich, dass es nicht nur um eine bloße Sicherung der „zurückgestellten“ Vermögenswerte vor Insolvenz geht, sondern weitergehend um die Verpflichtung zu anderen Anlageformen – nach (zwangsläufig) **vorheriger Liquidierung** der Vermögenswerte.¹⁹⁶

2. Fehlende Übertragbarkeit eines versicherungswirtschaftlichen Modells

Die von bbh angedachte Übertragung des für Versicherungsgesellschaften geltenden Modells auf die deutschen Energieversorger vermag schon im **Ausgangspunkt** nicht zu überzeugen. Ein derartiger Ansatz verkennt die grundlegenden betriebswirtschaftlichen Unterschiede im unternehmerischen Geschäft beider Unternehmenstypen, behindert dadurch nicht zuletzt Projekte der Energiewende und erweist sich auch im Vergleich mit anderen Vorsorgebereichen als sachwidrig:

Nach geltendem Recht müssen Versicherungsunternehmen zum Schutze ihrer Versicherungsnehmer Sicherungsvermögen bilden, deren Werte in einem Vermögensverzeichnis einzeln einzutragen sind (vgl. § 66 Abs. 1, 6 VAG) und aus denen Versicherungsnehmer im Insolvenzfall vorrangige Befriedigung verlangen können (§ 77a VAG).¹⁹⁷ Dabei muss ein Sicherungsvermögen seinem Umfang nach den in § 66 Abs. 1a VAG aufgeführten Bilanzwerten entsprechen, welche letztlich die Summe aller bis zum jeweiligen Zeitpunkt aufgelaufenen Leistungsansprüche der Versicherten erfassen.¹⁹⁸ Die Versicherungsunternehmen bleiben rechtlich Inhaber der im Siche-

¹⁹⁰ bbh, S. 86.

¹⁹¹ Vgl. bbh, S. 85 ff.

¹⁹² bbh, S. 87 f.

¹⁹³ bbh, S. 88.

¹⁹⁴ Vgl. bbh, S. 86.

¹⁹⁵ bbh, S. 86.

¹⁹⁶ Vgl. den Hinweis auf den Zeitbedarf für eine Liquidierung, bbh, S. 86.

¹⁹⁷ Vgl. Laars, in: Nomos Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 77a Rz. 1, der insofern auch die Annäherung an ein insolvenzrechtliches Absonderungsrecht hervorhebt.

¹⁹⁸ Lipowski, in: Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 12. Aufl., § 66 Rz. 5a.

rungsvermögen enthaltenen Positionen, haben diese aber gesondert von ihrem übrigen Vermögen zu verwalten und aufzubewahren (vgl. § 66 Abs. 5 S. 1 VAG).¹⁹⁹ Gleichzeitig gelten für die Mittelverwendung nach § 54 Abs. 1 VAG und der hierauf basierenden Anlageverordnung sehr strenge inhaltliche Vorgaben. Die Verwaltung wird dabei durch einen Treuhänder als Hilfsperson der Aufsichtsbehörde überwacht (§ 70 VAG), dessen schriftliche Zustimmung für jede einzelne Verfügung über Werte des Sicherungsvermögens erforderlich ist (§ 72 Abs. 1 VAG).

Die genannten Beschränkungen sind vom Gesetzgeber passgenau für die Versicherungswirtschaft entwickelt worden und tragen den dort vorzufindenden Strukturen Rechnung. Dieser Sektor zeichnet sich insoweit durch eine Sonderstellung aus, als das gebundene Kapital in Versicherungsunternehmen regelmäßig den mit Abstand größten Teil des Bilanzvermögens ausmacht.²⁰⁰ Es werden Kundenbeiträge – also *Fremdmittel* – so angelegt, dass im – häufig nicht exakt vorherzusehenden – Versicherungsfall kurzfristig liquide Mittel zur Verfügung stehen. Das ist eine strukturbedingt ganz andere Herangehensweise als die zuvor beschriebene betriebswirtschaftlich gebotene Innenfinanzierung bei Industrieunternehmen, die ihre *Eigenmittel* investiv anlegen. Diese renditeorientierte Anlageform dient wirtschaftlich rational gerade dazu, dass der Rückstellungsaufwand geringer ist als die benötigten Finanzmittel, die nach Rückstellungsbildung zum jeweiligen Erfüllungszeitpunkt – der im Stilllegungs- und erst recht im Entsorgungsbereich weit in der Zukunft liegt – zur Verfügung stehen müssen. Vor diesem Hintergrund ist eine Übertragung entsprechender Sicherungsmodelle bereits im Ansatz verfehlt. Für andere Sektoren wie beispielsweise Industrieunternehmen oder eben Energieversorger stellt diese Innenfinanzierung des operativen Geschäfts eine wesentliche finanzwirtschaftliche Säule dar. Im Ergebnis hat sich eine derartige asset-orientierte Mittelverwaltung unter Rückgriff auf werthaltige Güter in der Vergangenheit über lange Zeiträume hinweg – so auch während der jüngsten Finanzkrise – bewährt.²⁰¹ Nicht zuletzt kommen die Mittel darüber hinaus auch Projekten der Energiewende zugute und unterstützen damit den Weg der Energieversorger in eine versorgungssichere Zukunft ohne Kernenergie.

Schließlich erweist sich die von bbh vorgeschlagene Übertragung des versicherungsrechtlichen Modells auf die Stilllegungs- und Entsorgungsverpflichtungen der EVU bei näherer Betrachtung als **willkürlich**. Dies zeigt etwa ein Vergleich mit der Sicherung von Pensionsrückstellungen, die einen ganz erheblichen Teil der von fast allen Unternehmen gebildeten Rückstellungen ausmachen. Für diese bestehen gerade keine Vorgaben zur Bildung und zum Erhalt eines Sicherungsvermögens mit restriktiver Anlageverordnung. Warum insoweit für die Stilllegungs- und Entsorgungsverpflich-

¹⁹⁹ Vgl. *Kaulbach*, in: Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann, Versicherungsaufsichtsgesetz, 5. Aufl., § 66 Rz. 27, der zutreffend die mit diesem Wortlaut einhergehenden Unsicherheiten betont.

²⁰⁰ Vor diesem Hintergrund ebenfalls kritisch *Müller-Dehn*, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2008, 321 (329 f.).

²⁰¹ Vgl. *Müller-Dehn*, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2008, 321 (329 f.).

tungen ein engeres Sicherungskorsett als für berechnigte Forderungen pensionierter Arbeitnehmer gelten soll, ist nicht erkennbar.

3. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?

a) Eingriff in den Schutzbereich

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1, 2 GG umfasst alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechnigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem Nutzen ausüben darf.²⁰² Dazu gehören insbesondere dingliche und sonstige gegenüber jedermann wirkende Rechte – wie beispielsweise das Eigentum an Produktionsmitteln,²⁰³ das Anteilseigentum²⁰⁴ und Forderungen.²⁰⁵ Art. 14 GG kommt die Aufgabe zu, dem Einzelnen einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern.²⁰⁶

Erfasst wird nicht nur der Bestand des Eigentums, sondern auch dessen Nutzung²⁰⁷, einschließlich der Verfügungsmöglichkeit über eine Rechtsposition.²⁰⁸ In den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

*„Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist in seinem rechtlichen Gehalt durch **Privatnützigkeit** und die grundsätzliche **Verfügungsbefugnis** des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Die Nutzung soll es dem Eigentümer ermöglichen, sein Leben im vermögensrechtlichen Bereich **nach eigenen Vorstellungen zu gestalten**. Demgemäß schützt die grundrechtliche Eigentumsgewährleistung grundsätzlich auch die Entscheidung des Eigentümers darüber, wie er das Eigentumsobjekt verwenden will.“²⁰⁹* (Hervorhebungen nur hier)

Grundsätzlich nicht geschützt ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts indes das Vermögen als solches, d.h. die Gesamtheit von Geld oder geldwerten Gütern einer Person.²¹⁰ Geldleistungspflichten wie Steuern sind hiernach nicht an Art. 14 GG zu messen, es sei denn ihnen kommt eine erdrosselnde Wirkung zu.²¹¹ Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diese Grundsätze zuletzt aufgeweicht. Nach seiner neueren Rechtsprechung kann der Schutzbereich des Art. 14 GG

²⁰² BVerfGE 83, 201 (208 f.); 101, 239 (258); 112, 93 (107); Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 14 Rz. 6.

²⁰³ Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 14 Rz. 6.

²⁰⁴ BVerfGE 25, 371 (407); 50, 290 (341); 100, 289 (301); 132, 99 (119 Rz. 52).

²⁰⁵ BVerfGE 42, 263 (293); 45, 142 (179); 83, 201 (208); 112, 93 (107).

²⁰⁶ BVerfGE 24, 367 (389); 104, 1 (8 f.).

²⁰⁷ BVerfGE 88, 366 (377); 98, 17 (35); 101, 54 (75).

²⁰⁸ BVerfGE 50, 290 (339); 52, 1 (30); 91, 294 (308); 98, 17 (35); BVerwGE 92, 322 (327).

²⁰⁹ BVerfGE 52, 1 (30) m.w.N.; 88, 366 (377); 98, 15 (35).

²¹⁰ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 95, 267 (300). Zur Kritik an dieser Rechtsprechung s. nur: *Deppenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 14 Rz. 163 ff. m.w.N.

²¹¹ BVerfGE 14, 221 (241); 87, 153 (169).

betroffen sein, „wenn der Steuerzugriff tatbestandlich an das Innehaben von vermögenswerten Rechtspositionen anknüpft und so den privaten Nutzen der erworbenen Rechtspositionen zugunsten der Allgemeinheit einschränkt.“²¹²

Auf diese Weiterentwicklung in der verfassungsgerichtlichen Judikatur kommt es jedoch für die verfassungsrechtliche Beurteilung der hiesigen Konstellation nicht einmal an. Denn schon nach tradiertem Verständnis stellt eine gesetzliche Regelung, derzufolge zukünftig ein Sicherungsvermögen in Höhe der Rückstellungssumme gebildet werden muss, einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit der Betreibergesellschaften dar. Wird die bisher bestehende Freiheit im Umgang mit dem Eigentum verkürzt, liegt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vor. Diese definiert für die Zukunft den Umfang des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes neu und stellt im Hinblick auf das in der Vergangenheit begründete Eigentum zugleich einen Eingriff dar.²¹³

Die Verfügungsbefugnis der Betreibergesellschaften wird durch die Anordnung interner Fonds im Hinblick auf die in das Sicherungsvermögen überführten Vermögenswerte eingeschränkt, deren Privatnützigkeit aufgehoben. Eine freie Gestaltung des Eigentümers ist insoweit nicht mehr möglich. Während derzeit die durch Rückstellungsbildung im Unternehmen verfügbaren Mittel zur Innenfinanzierung genutzt werden können, wird diese **unternehmerische Nutzungsmöglichkeit** zukünftig entfallen. Dass die Betreiber die letztlich in das Sicherungsvermögen überführten Gegenstände womöglich selbst auswählen können und die Vermögenswerte ihr Eigentum nicht verlassen, sondern im Unternehmen verbleiben, ändert hieran nichts. Erstmals sind die Betreiber gezwungen, einen Konnex zwischen den von ihnen gebildeten Rückstellungen und konkreten Vermögensgegenständen ihrer Aktiva herzustellen und durch die Überführung in den Fonds (mit anschließender Verfügungsbeschränkung und Zweckbindung) dauerhaft zu manifestieren. Dies greift in das **Grundprinzip eigentumsgeschützter Dispositionsfreiheit** ein. Es ist Sache des Eigentümers, frei darüber zu entscheiden, wie er mit Vermögenswerten umgehen will, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. In dieser Dimension besitzen Rückstellungen als unternehmerische Disposition über Eigentumspositionen als **Investitionswahlfreiheit** eine eigentumsverfassungsrechtliche Qualität.

Das bbh-Gutachten geht indes davon aus, die Pflicht zur Bildung des internen Fonds betreffe lediglich die Zusammensetzung und die Verwaltung des Gesamtvermögens und unterfalle deshalb der restriktiven Rechtsprechung, nach der das Vermögen als solches nicht geschützt sei.²¹⁴ Diese Auffassung verkennt, dass gerade **nicht** die Auferlegung von **Geldleistungspflichten** im Raume steht. Der **Betreiber** wird vielmehr gezwungen, konkrete Vermögensgegenstände auszuwählen, diese sodann entweder zunächst **zu liquidieren** oder direkt **in das Sicherungsvermögen zu überführen**.

²¹² BVerfGE 115, 97 (111); dazu *Di Fabio*, Rechtsgutachten, S. 65 ff.

²¹³ *Pieroth/Schlück/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 30. Aufl., Rz. 998.

²¹⁴ bbh, S. 89.

Anschließend darf er über diese nicht mehr frei verfügen (etwa in eine andere Anlageform umschichten) und nur noch zweckgebunden auf die Finanzmittel zugreifen. Dies hat mit Geldleistungspflichten oder bloßen Gewinnerwartungen²¹⁵ nichts zu tun. Vielmehr wird an das Innehaben von konkreten Rechtspositionen – den Rückstellungsgegenwerten – angeknüpft und deren **Privatnützigkeit eingeschränkt**. In der Verkenning dieser verfassungsrechtlichen Dimension liegt ein entscheidendes Defizit des bbbh-Gutachtens.

b) Rechtfertigung

Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt, dass Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden. Jede Inhalts- und Schrankenbestimmung muss jedoch verhältnismäßig sein. Zwar kommt dem Gesetzgeber bei deren Ausgestaltung ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu. Dieser besteht indes nach Art. 20 Abs. 3 GG nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung.²¹⁶ Die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG führt dazu, dass grundsätzlich „*die Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis*“ gebracht werden müssen.²¹⁷ Dies bedeutet jedoch nicht, dass jedes Interesse der Allgemeinheit an einem Zugriff auf das Eigentum ohne weiteres Eingriffe rechtfertigen kann. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung muss vielmehr insbesondere die Bedeutung des betroffenen vermögenswerten Guts für den Eigentümer beachtet werden. Das Eigentum genießt einen besonders ausgeprägten Schutz, wenn es um seine Funktion als Element der Freiheitssicherung geht. Angesichts der erheblichen Auswirkungen einer Zweckbindung und Verfügungsbeschränkung im Hinblick auf Vermögensgegenstände in Höhe der Rückstellungsgegenwerte, ist die wirtschaftliche Freiheit der Betreibergesellschaften in besonderem Maße betroffen.

Insbesondere wenn wie hier die Neuordnung eines Rechtsgebietes in Rede steht²¹⁸ und nach früherem Recht bestehende Nutzungsbefugnisse, von denen bereits Gebrauch gemacht wurde, entzogen werden,²¹⁹ ist der gesetzgeberische Spielraum weiter eingeschränkt.²²⁰ So verlangt die Umgestaltung individueller Rechtspositionen zunächst, dass Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die den Vorrang vor dem berechtigten – durch die Bestandsgarantie gesicherten – Vertrauen auf den Fortbestand eines wohlerworbenen Rechtes verdienen. Überdies sind aller Regel mindestens auch

²¹⁵ bbbh, S. 89.

²¹⁶ Vgl. BVerfGE 80, 244 (255); 120, 224 (241); *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz. 149; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 30. Aufl., Rz. 290. Dies gilt auch für das Gestaltungsermessen, das dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des umweltrechtlichen Verursacherprinzips zukommt: *Rehbinder*, in: Hansmann/Sellner, Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl., Kap. 3 Rz. 150.

²¹⁷ BVerfGE 101, 239 (259); 112, 93 (109).

²¹⁸ BVerfGE 70, 191 (201 f.); 83, 201 (211 ff.).

²¹⁹ BVerfGE 58, 300 (338); BVerfG, NJW 1998, 367.

²²⁰ Gefordert sind etwa Härteklauseln und großzügige Übergangsregelungen.

angemessene und zumutbare Überleitungsregelungen geboten.²²¹ Will der Gesetzgeber also zur zwangsweisen Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen Fonds verpflichtet, ist er hierbei einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen.

aa) Legitimer Zweck

Der Gesetzgeber hat bei der Frage, welche Zwecke er verfolgen will, einen besonders weiten Gestaltungsspielraum.²²² Sähe man die Zwecksetzung ganz allgemein in der „Wahrung der finanziellen Interessen des Staates“ wäre dies in jener Abstraktheit womöglich legitim. Doch darum geht es hier nicht. Selbst bbh formuliert, es gehe um die „*Sicherstellung der Finanzierung des Atomausstiegs, [...] möglichst verursachungsgerecht*“²²³. Damit wird – wohl ungewollt – die Legitimität einer einseitigen Überwälzung des Risikos auf die EVU unter Zugriff auf ihr Rückstellungsvermögen aber gerade in Abrede gestellt. Denn schon der **Atomausstieg** selbst ist eine **rein politische**, nicht etwa aus Sicherheitsgründen heraus motivierte Entscheidung gewesen, die gerade nicht von den EVU verursacht wurde. Das gleiche gilt für die vollständige **Kehrtwende** in der **Endlagerfrage**; auch diese bleibt mit all ihren Unwägbarkeiten und Kostensteigerungen im alleinigen Verantwortungsbereich des Staates – eine „*möglichst verursachergerechte*“ Finanzierbarkeit muss deshalb beim **Staat selbst** ansetzen und darf gerade nicht auf die privaten Unternehmen überwälzt werden. Einer gesetzlichen Regelung, die gleichwohl eine solche **Risikoprivatisierung** vorsieht, fehlt vor diesem Hintergrund der legitime Zweck. Trotz des weiten Gestaltungsspielraums würde eine gesetzliche Umsetzung der bbh-Vorschläge deshalb schon an diesem zentralen Erfordernis einer verfassungskonformen Rechtssetzung scheitern: Das Grundgesetz missbilligt ein Verhalten des Staates, bei dem dessen eigener Verantwortungsbeitrag negiert und statt dessen versucht wird, von ihm geschaffene Risiken, Unwägbarkeiten und Kostenfolgen auf die betroffenen Privaten abzuladen.

bb) Geeignetheit

Eine Regelung ist zur Erreichung eines Zwecks geeignet, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte Erfolg eintritt. Es reicht aus, dass der Zweck gefördert werden kann, d.h. die bloße Möglichkeit einer Zweckerreichung genügt.²²⁴ Es muss nicht das wirkungsstärkste Mittel eingesetzt werden.²²⁵ Das Bundesverfas-

²²¹ Zu diesen (Verhältnismäßigkeits-) Anforderungen z.B. BVerfGE 58, 300 (351); BVerfG, NVwZ 1986, 113 (114).

²²² *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz. 149.

²²³ bbh, S. 89.

²²⁴ St. Rspr., BVerfGE 30, 292 (316); 109, 279 (336); 110, 141 (164); 110, 226 (262); 117, 163 (188 f.); 126, 112 (144).

²²⁵ Vgl. BVerfGE 79, 256 (270); 118, 277 (374).

sungsgericht billigt dem Gesetzgeber hierbei ebenfalls einen weiten Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum zu.²²⁶

Ist hingegen nicht erkennbar, dass die Zweckerreichung durch die gesetzliche Regelung mit größerer Wahrscheinlichkeit eintritt, lehnt das Bundesverfassungsgericht die Geeignetheit ab;²²⁷ ebenso, wenn das Mittel mit dem Zweck nicht in einem sachlichen Zusammenhang steht.²²⁸

Abgesehen von der illegitimen Zwecksetzung als solcher ist nach diesen Maßgaben auch die Geeignetheit des bbh-Vorschlags zu verneinen. Denn die Befüllung des vorgesehenen Fonds setzt notwendig die Veräußerung entsprechender Eigentumspositionen in großem Stil voraus. Ein **Liquidierungszwang** im Hinblick auf derart hohe Vermögenswerte führt indessen zwangsläufig zu Verlusten, da so – insbesondere bei einem engen Zeitplan für die Dotierung – kaum optimale Preise zu erzielen sind. Genau dadurch würde aber eine für die Erledigung der Sachaufgaben deutlich **geschmälerter Vermögensbasis** zur Verfügung stehen, ja das Risiko einer zu geringen Finanzausstattung – vor dem die bbh-Vorschläge gerade bewahren wollen – erst recht eintreten, sich jedenfalls erhöhen; das wäre insbesondere dann der Fall, wenn eine Anlagestrategie nach Maßgabe des Versicherungsaufsichtsrechts vorgesehen wird. Das gilt nicht zuletzt auch mit Blick auf das bei den EVU vorhandene **Know-how** im Stilllegungs- und Entsorgungsbereich, das durch eine Gefährdung der wirtschaftlichen Basis dieser Unternehmen selbst gefährdet wäre. Eine Maßnahme, die den intendierten Erfolg nicht befördert, sondern dem Risiko eines Scheiterns aussetzt, ist niemals geeignet. Auch diesem verfassungsrechtlichen Erfordernis tragen die gutachterlichen Reformoptionen deshalb nicht hinreichend Rechnung.

cc) Erforderlichkeit

Eine gesetzgeberische Maßnahme ist zudem nur dann erforderlich, wenn das zur Erreichung des Erfolges mildeste Mittel gleicher Wirksamkeit eingesetzt wird.²²⁹ Zu erwägen sind deshalb alle gleichwertigen Alternativen zum Grundrechtseingriff.²³⁰ Wirksamkeit und Beeinträchtigungsintensität sind dabei in einer Gesamtschau zu betrachten, weshalb im Einzelfall selbst weniger wirksame Mittel nicht verworfen werden können.²³¹ Auch der Gesetzgeber unterliegt dieser Pflicht zur Alternativenprüfung. Stellt sich bei der Betrachtung von Wirksamkeit und Eingriffsintensität ein Un-

²²⁶ *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz.150 m.w.N.; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl., Art. 20 Rz. 314, 316.

²²⁷ Vgl. BVerfGE 17, 306 (315) („Eingriff [...] zur Erreichung des angestrebten Ziels nicht tauglich“); 19, 330 (338) („für diesen Zweck ist aber das hier gewählte Mittel ungeeignet“)

²²⁸ BVerfGE 55, 159 (166).

²²⁹ BVerfGE 30, 292 (316); 90, 145 (172); 100, 313 (375); 110, 141 (164); 115, 276 (309); 116, 202 (225); 117, 163 (189); 118, 168 (194 f.); 120, 274 (321); *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz. 152 m.w.N.

²³⁰ Vgl. BVerfGE 25, 1 (19 f.); 30, 292 (319); 81, 70 (91).

²³¹ Vgl. *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz. 153.

gleichgewicht heraus, so ist die gesetzliche Regelung wegen fehlender Erforderlichkeit unverhältnismäßig.²³²

Nach diesem Maßstab bestehen bereits **durchgreifende Zweifel** an der Erforderlichkeit interner Fondsmodelle. Im Einzelnen:

Das geltende Rückstellungssystem wird seit über 40 Jahren beanstandungsfrei durchgeführt. Bis heute hat es keinen Ausfall gegeben. Zudem ist es nicht etwa so, dass erst neuerdings der Fokus auf die Rückstellungen der Kernenergiebetreiber gerichtet und ihre Überprüfung gefordert wird. Das Rückstellungssystem wurde vielmehr auch in der Vergangenheit regelmäßig geprüft und seine Funktionsweise bestätigt. So teilte die Bundesregierung etwa der Europäischen Kommission mit:

*„Das deutsche Rückstellungssystem für die Kernenergie bewährt sich seit Jahrzehnten. Es gibt keinen Fall, in dem Rückstellungsmittel nicht bedarfsgerecht für die Stilllegung zur Verfügung standen oder nicht künftig voraussichtlich zur Verfügung stehen werden.“*²³³

Ähnliche Äußerungen gab es auch in der Folge. Die Errichtung von Fonds wurde explizit abgelehnt.²³⁴ Das bbh-Gutachten legt nicht dar, wieso diese Einschätzungen überholt oder unzutreffend sein sollten. Dies würde auch nicht gelingen: Das dauerhafte Funktionieren des Rückstellungssystems wird bereits durch die gesetzlichen Pflichten zur finanziellen Vorsorge (hierzu oben B.I.3.c)) sichergestellt. § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG verpflichtet die Betreiber, die erforderlichen finanziellen Mittel dauerhaft „vorzusehen und bereitzuhalten“. Diese Pflicht zieht ohne weiteres eine konservative Anlagestrategie nach sich, die in den strengen Anlagerichtlinien der EVU ihren Ausdruck gefunden hat. Hoch risikoreiche Anlagen, welche die finanziellen Mittel in ihrem Bestand gefährden würden, sind damit von vornherein unzulässig. Die Mittel werden unter Berücksichtigung von etwaigen Risiken in den Anlageformen so investiert, dass sie zum Zeitpunkt der Erfüllung der Verpflichtung in der notwendigen Höhe zur Verfügung stehen.²³⁵ Die von bbh **behaupteten Risiken** eines unsorgfältigen Umgangs mit den Rückstellungsgegenwerten und/oder die Anlage in hochrisikoreiche Anlageformen **existieren** deshalb in der Realität schon **nicht**. Eine Reform des Systems erweist sich insoweit als nicht erforderlich. Vielmehr bestehen aufgrund der mit § 7c Abs. 2 AtG verbundenen aufsichtsbehördlichen Kontrolle und durch die jährliche Prüfung der Wirtschaftsprüfer schon jetzt hinreichende Kontrollmechanismen, um das dauerhafte Funktionieren des Systems durchzusetzen. Würde der Ge-

²³² BVerfGE 101, 106 (128); 104, 357 (367).

²³³ Mitteilung der Bundesregierung an die Europäische Kommission vom 12. Februar 2001, S. 8 – zitiert nach zitiert nach Müller-Dehn, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2008, 321 (322).

²³⁴ „Die Bundesregierung hat zurzeit keine Hinweise darauf, dass die für die Stilllegung gebildeten Rückstellungen nicht ausreichen.“: BT-Drs. 15/4680, S. 14; „Externe Stilllegungsfonds lehnt die Bundesregierung grundsätzlich ab.“: a.a.O., S. 15.

²³⁵ Müller-Dehn, atw 2008, 391 (392).

setzgeber hier Defizite sehen, könnte er ohne weiteres nachsteuern, etwa durch neue Regelungen zu (ggf. unterjährigen) Bilanzprüfpflichten oder eine behördliche Aufsicht; einer Fondslösung bedürfte es dafür nicht.

Eine **Pflicht zur Liquidierung von Vermögensgegenständen**, um ein Sicherungsvermögen hiermit zu befüllen, das sodann nur noch in sehr ausgewählte, der Anlageverordnung nach VAG entnommene, Anlageformen investiert werden darf, stellt vor diesem Hintergrund eine **derart eingriffsintensive Maßnahme** dar, dass eine effektive Anwendung des geltenden Rechts und/oder ggf. kleinere **Modifikationen im bestehenden System** (wie etwa zusätzliche Berichtspflichten o.ä.) als **milderes Mittel** anzusehen sind. Dass bbh solche *Modifikationen im System* überhaupt erwogen hat, ist nicht ersichtlich. Statt dessen werden interne Fonds in der Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit vor allem mit externen Fonds verglichen und als das mildere Mittel bezeichnet.²³⁶ Unabhängig davon, dass sowohl interne als auch externe Fonds gravierende Auswirkungen auf die (Konzern-)Innenfinanzierung entfalten würden, lässt das bbh-Gutachten an dieser Stelle auch die hinreichende Diskussion weiterer Alternativoptionen vermissen. Denkbar wäre es etwa, zunächst die in der Risikoanalyse identifizierten (vermeintlichen) Lücken zu schließen. Das bbh-Gutachten bemängelt beispielsweise, dass es im Hinblick auf Stilllegung und Rückbau an gesetzlichen Vorgaben für die Organisation dieser Maßnahmen und ihren jeweiligen Zeitrahmen fehle.²³⁷ Unabhängig davon, ob man diese Einschätzung teilt, könnten entsprechende gesetzliche Vorgaben ein milderes Mittel sein, um etwaige Risiken zu verringern.

Insbesondere sog. **CTA-Modelle** werden vom bbh-Gutachten vorschnell verworfen. Diese den Unternehmen für Pensionsrückstellungen vertraute Treuhandkonstellation bietet ebenfalls einen Insolvenzschutz für das auf den Treuhänder übertragene Vermögen. Dieses steht im Insolvenzfall zweckgebunden zur Verfügung. Die Verrechnungsmöglichkeit des § 246 Abs. 2 S. 2 HGB schafft Anreize, ein solches Vermögen zu bilden, was in der Praxis erfolgreich funktioniert: CTA-Modelle werden errichtet, ohne dass eine zwingende gesetzliche Vorgabe hierzu besteht. Über ein solches Anreizmodell könnte auch für die Rückstellungen der Betreibergesellschaften nachgedacht werden. Aufgrund der verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaften hinsichtlich der Dotierungsschritte und der Auswahl der zu übertragenden Vermögenswerte stellte sich ein solches Modell als eindeutig milderes Mittel dar, das den Zweck eines verstärkten Insolvenzschutzes ebenso erreichte. Das bbh-Gutachten lehnt CTA-Modelle indes als weniger geeignet ab, weil keine Vorgaben zur Bildung und zum Erhalt des Sicherungsvermögens bestünden.²³⁸ Diese sind angesichts der Pflicht aus § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG und den Anlagerichtlinien der EVU jedoch auch nicht erforderlich, da sie in der Sache bereits vorhanden sind. Jedenfalls ließen sie sich – hielte der Gesetzgeber dies für geboten – leicht ergänzen.

²³⁶ bbh, S. 90.

²³⁷ bbh, S. 14.

²³⁸ bbh, S. 86.

Weit über das Erforderliche hinaus ginge jedenfalls eine **Beschränkung** auf die **Anlageformen** nach der versicherungsrechtlichen Anlageverordnung – wie sie das bbh-Modell vorsieht. Die Branchen sind in vielerlei Hinsicht nicht vergleichbar, es gibt gravierende strukturelle Unterschiede, weshalb sich eine Übertragbarkeit von Ausgestaltungsformen verbietet (oben D.I.2.).

dd) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Die Angemessenheit einer Maßnahme setzt voraus, dass Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen und bei einer Gesamtbewertung abgewogen und deshalb zumutbar sind.²³⁹ Der angestrebte Nutzen ist dem Gewicht der Beeinträchtigungen gegenüberzustellen und abzuwägen. Zwar bestehen kaum feste Maßstäbe für diese Abwägung. Angesichts ihrer Offenheit muss auf die in der Rechtsordnung enthaltenen Wertentscheidungen für den betroffenen Rechtsbereich zurückgegriffen werden.²⁴⁰

Die von bbh angenommenen Risiken im bisherigen System bestehen nicht im angenommenen Umfang (oben C.IV.2.c)). Maßnahmen wie der interne Fonds scheitern schon an den vorangehenden Prüfungsstufen. Betrachtet man – hilfsweise – gleichwohl die Verhältnismäßigkeit i.e.S., führt die **Korrektur** des von bbh **gezeichneten Risikozerrbildes** dazu, dass interne Fonds allenfalls einen eingeschränkten Nutzen haben: Die momentane Lage ist nicht so unsicher, dass der mit ihnen verbundene Vorteil an (Insolvenz- und Anlage-)Sicherheit so groß wäre, dass er ohne weiteres Eingriffe in die Grundrechte der Betreiber rechtfertigen könnte.

Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. des von bbh vorgeschlagenen internen Fondsmodells nach VAG-Vorbild ist schon deshalb erschwert, weil das Gutachten für die Beurteilung wichtige Gestaltungsparameter offenlässt. Die Modellbeschreibung enthält weder eine Regelung dazu, wie die Dotierungshöhe der Sicherungsvermögen und ggf. bestehende Nachschusspflichten festgelegt werden,²⁴¹ noch Angaben, welche Vermögensgegenstände in das Sicherungsvermögen eingebracht werden können und in welchen Schritten und über welchen Zeitraum dieses angesammelt werden muss. Auch der *numerus clausus* der zulässigen Anlageformen ist noch nicht konkretisiert, lediglich eine „Orientierung“ an der Anlageverordnung wird vorgeschlagen.²⁴²

Ob eine dem § 246 Abs. 2 S. 2 HGB nachgebildete Verrechnungsmöglichkeit geschaffen werden soll, entscheidet bbh ebenfalls nicht.²⁴³ Dass Letzteres ggf. nötig wäre „[u]m die Verhältnismäßigkeit sicherzustellen“ sieht das Gutachten, zieht hieraus jedoch nicht den – verfassungsrechtlich zwingenden – Schluss, dass eine solche Regelung Voraussetzung für die Zulässigkeit des internen Fondsmodells wäre. Ähn-

²³⁹ Vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 99, 202 (212 ff.); 105, 17 (36); 115, 320 (345 ff.); 118, 168 (195 ff.); 120, 274 (322).

²⁴⁰ Zum Ganzen *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz. 154 f. m.w.N.

²⁴¹ Vgl. bbh, S. 86.

²⁴² bbh, S. 86.

²⁴³ bbh, S. 90 f.

lich geht bbh im Hinblick auf Übergangsfristen vor: Eine solche „*könnte*“ vorgesehen werden, so dass nicht alle Rückstellungsgegenwerte auf einmal in das Sicherungsvermögen überführt werden müssen.²⁴⁴ Ob dies geboten ist, bleibt offen. Dem bbh-Gutachten kann deshalb allenfalls die Aussage entnommen werden, dass die Kanzlei eine an das VAG angelehnte Regelung für grundsätzlich verhältnismäßig gestaltbar hält ohne sich jedoch bereits abschließend zu einem in den Details feststehenden Modell zu äußern.

Aufgrund der Höhe der Rückstellungen wäre eine in relativ kurzen Zeiträumen zu erfüllende Pflicht, Vermögensgegenstände im vollen Gegenwert der Rückstellungen in ein Sicherungsvermögen zu übertragen, **äußerst eingriffsintensiv**. Den Betreibergesellschaften würden **umfangreich Mittel für das operative Geschäft entzogen**. Angesichts der Beschränkung auf äußerst konservative Anlageformen könnten zudem keine anderen Anlagen direkt in das Sicherungsvermögen eingelegt werden. Auch bbh geht von einem Zwang zu vorheriger Liquidierung aus.²⁴⁵ Lässt ein solcher Lösungsvorschlag wegen der mit ihm verbundenen Wertverluste richtigerweise bereits die Geeignetheit entfallen, ist jedenfalls dessen Angemessenheit zu verneinen. Einem sehr gravierenden Eingriff stehen folglich äußerst begrenzte Vorteile gegenüber. Dies führt zur **Unverhältnismäßigkeit** interner Fondsmodelle in Anlehnung an das VAG.

Hinzu kommt, dass in dem von bbh vorgestellten Reformansatz **keine Enthftung** vorgesehen ist; der Staat sicherte sich den Zugriff auf die Finanzmittel der EVU, würde diese im Gegenzug aber nicht durch eine Pflichtenentlastung aus der weiteren Finanzierungsverantwortung entlassen. Da die Unternehmen dann weiterhin eine ihnen völlig unbekannte und von ihnen nicht beeinflussbare Staatsaufgabe Endlagerung finanzieren müssten, wären sie automatisch gezwungen, **erneut Rückstellungen** zu bilden – ohne dass sie mit Blick auf den Kernenergieausstieg die Möglichkeiten weiterer unternehmerischer Betätigung in diesem Wirtschaftsbereich besäßen. Eine solche Lösung – vollständiger staatlicher Zugriff auf die hohen Unternehmenswerte bei gleichzeitiger voller Weiterhaftung für jedwede staatlich induzierte Unwägbarkeit ohne Chance auf ein Nachwachsen der Unternehmenssubstanz – wäre offenkundig unangemessen und damit verfassungswidrig.

Fazit: Angesichts der bbh-Vorschläge und ihrer Begründung kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es dem **Staat** um zweierlei geht: Zum einen um den schrittweisen **Rückzug** aus seiner **eigenen Verantwortung**, zum anderen um den gezielten **Zugriff** auf die im Zuge der Rückstellungen gebildeten **Milliardenwerte** der Unternehmen. Da die Fondslösung ohne Enthftung etabliert werden soll, handelte es sich um eine sog. „**De-facto-Enteignung**“, eine „heimliche“ Enteignung, auch wenn die formalen Kriterien des Art. 14 Abs. 3 GG womöglich nicht erfüllt sein sollten; der Eigentumseingriff hat jedenfalls ein ganz erhebliches Gewicht. Bedenkt man zudem, dass durch den verordneten Liquidierungszwang eine (unnötige) Substanz-

²⁴⁴ bbh, S. 91.

²⁴⁵ bbh, S. 86.

vernichtung stattfindet, kann sogar eine **künstlich geschaffene Solvenzgefährdung** in Rede stehen. Der Vorschlag von bbh läuft im Ergebnis gerade auf das hinaus, vor dem er die Allgemeinheit vorgeblich bewahren wollte. Der Eingriff in Art. 14 GG ist deshalb erkennbar verfassungswidrig.

4. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG?

Die einseitige gesetzliche Verpflichtung zur Bildung eines Sicherungsvermögens greift auch in den Schutzbereich der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG ein.²⁴⁶

Art. 14 Abs. 1, 2 GG und Art. 12 GG sind hier parallel nebeneinander anwendbar. Für die Abgrenzung der Schutzbereiche beider Grundrechte kommt es grundsätzlich darauf an, ob die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter betroffen ist (dann Art. 14 GG), oder ob es um die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der individuellen Erwerbs- und Betätigungsfreiheit geht.²⁴⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist maßgeblich auf den „Schwerpunkt des Eingriffs“ abzustellen. In Sachverhalten, welche die Eigentumsgarantie in gleicher Weise wie die Berufsfreiheit berühren, wendet das Bundesverfassungsgericht beide Grundrechte nebeneinander an.²⁴⁸ Eine parallele Anwendung von Art. 12 und Art. 14 GG kommt insbesondere dann in Betracht, wenn eine hoheitliche Maßnahme gerade die berufsbezogene Nutzung eines Gegenstandes betrifft, etwa weil sie einen Gegenstand, der die Grundlage einer wirtschaftlichen Betätigung bildet, entzieht oder weil sie die Möglichkeit einer erwerbswirtschaftlichen Nutzung dieses Gegenstandes vollständig aufhebt. Unter diesen Umständen beeinträchtigt eine objektbezogene Regelung gleichermaßen das Grundrecht der Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht.²⁴⁹

So liegen die Dinge hier: Die Pflicht zur Liquidierung von Vermögensgegenständen zur Befüllung eines internen, strikten Anlageregeln unterliegenden **Fonds, entzieht diese Vermögensgegenstände der erwerbswirtschaftlichen Nutzung** und hebt die Verfügungsbefugnis über sie und ihre Privatnützigkeit aus.

a) Schutzbereich

Beruf ist jede Tätigkeit, die in ideeller und/oder materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.²⁵⁰ Der Berufsbegriff ist dabei weit gefasst²⁵¹. Art. 12 Abs. 1 GG enthält „eine umfassende Freiheitsgarantie der durch ihn geschützten Lebensbereiche“²⁵². Art. 12 GG erfasst dabei insbesondere die Freiheit, ein Unternehmen zu gründen und frei zu gestalten, über dessen Güter und Rechtspos-

²⁴⁶ Ebenso bbh, S. 89.

²⁴⁷ Vgl. BVerfGE 30, 292 (335); 84, 133 (157); 85, 360 (383); 102, 26 (40); *Depenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 14 Rz. 99.

²⁴⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 8, 71 (79 ff.); 21, 150 (160); BVerfG, NVwZ 2011, 94 (107 ff.).

²⁴⁹ Vgl. etwa BVerfGE 8, 71 (79 ff.); 21, 150 (160); BVerfG, NVwZ 2011, 94 (107 ff.).

²⁵⁰ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 7, 377 (397 f.); 97, 228 (252); 105, 252 (265); 110, 304 (321); 115, 276 (300).

²⁵¹ BVerfGE 68, 272 (281).

²⁵² *Schneider*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 113 Rz. 55.

sitionen zu disponieren und das für ein Unternehmen gewählte Tätigkeitsfeld neu auszurichten.²⁵³ Dazu gehört auch die Investitionsfreiheit als freie unternehmerische Entscheidung über den Kapitaleinsatz.²⁵⁴

Die Berufsfreiheit kommt auch juristischen Personen zu, soweit die geschützte, Erwerbszwecken dienende Tätigkeit von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann. Die Unternehmerfreiheit ist dabei nicht auf kleine oder mittlere Unternehmen beschränkt; auch Großunternehmen und Konzerne fallen in den persönlichen Schutzbereich des Art. 12 GG.²⁵⁵

Nach diesen Maßstäben unterliegt eine **gesetzlich** vorgesehene **Pflicht** zur **Bildung** eines **Sicherungsvermögens** dem Schutzbereich der Berufsfreiheit in ihrer Ausprägung der **Unternehmerfreiheit**. Die damit einhergehende *Verfügungsbeschränkung* über die Rückstellungsgegenwerte führt dazu, dass über unternehmerische Kapitalmittel nicht mehr frei verfügt werden darf; es können beispielsweise – je nach Ausgestaltung des Modells – der Einsatz in selbständig gewählten Anlageformen, betriebliche Investitionen oder sonstige Verträge (bzw. deren Erfüllung) versperrt bleiben. Bisherige Finanzierungskonzepte für Rückstellung und Entsorgung müssen umgestellt werden. Damit können insbesondere Pflichten zum Abschluss von Verträgen einhergehen, wenn die Vermögensgegenstände zunächst liquidiert werden müssen. Die unternehmerische Planungs- und Entscheidungsfreiheit ist somit betroffen.

b) Eingriffe

Eingriffe in diese **Unternehmerfreiheit** sind zunächst Regelungen mit direktem Berufsbezug; darunter fällt insbesondere die Begründung berufsbezogener Rechtspflichten.²⁵⁶ Aber auch Vorschriften ohne primär berufsregelnde Zielrichtung können einen Eingriff in den durch die Berufsfreiheit geschützten besonderen Freiheitsraum darstellen, wenn ihre tatsächlichen Auswirkungen zu einer mittelbaren Beeinträchtigung der freien Berufsausübung oder Berufswahl führen (berufsregelnde Tendenz).²⁵⁷ Eine gesetzliche Anordnung zur Bildung eines internen Fonds setzt Rahmenbedingungen für den Betrieb der Kernkraftwerke und beeinflusst somit eine Tätigkeit, die allein beruflich ausgeübt wird, sodass eine berufsregelnde Tendenz vorliegt.

Die Entscheidung, in welcher Weise **Kapital eingesetzt** wird, spielt im Rahmen der Berufsausübung eine zentrale Rolle. Es stehen nur begrenzte Mittel zur Verfügung, deren Einsatz zum **Kernbereich** der **unternehmerischen Entscheidungsfreiheit** zählt und den Erfolg einer wirtschaftlichen Tätigkeit maßgeblich mitbestimmt. In der Beschränkung des Einsatzes unternehmerischer Kapitalmittel im Zusammenhang mit

²⁵³ BVerfGE 50, 290 (363); 97, 67 (83); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 12 Rz. 69.

²⁵⁴ *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), 1 (20 f.); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 12 Rz. 69; *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, § 111 II 1 h)α)ββ), S. 1819 f.

²⁵⁵ BVerfGE 50, 290 (363 f.).

²⁵⁶ Vgl. *Schneider*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 113 Rz. 95.

²⁵⁷ BVerfGE 13, 181 (185 f.); 61, 291 (308).

einem internen Sicherungsfonds bzw. der dabei zu bildenden Rückstellungsgegenwerte liegt daher ein erheblicher Eingriff in die Berufsfreiheit.

c) **Rechtfertigung**

Eingriffe in die Berufsfreiheit können verschiedene Facetten betreffen: Es kommen Beschränkungen der **Berufswahl** („Ob“) und der **Ausübung** („Wie“) in Betracht. Die Regelung muss dabei stets verhältnismäßig sein. Während *Berufsausübungsregeln* schon gerechtfertigt sein können, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls die Regelung zweckmäßig erscheinen lassen, verlangen *subjektive Berufszulassungsregeln* bereits ein „überragendes Gemeinschaftsgut“, dessen Schutz der Freiheit des Einzelnen vorgeht; *objektive Berufszulassungsregeln* wiederum sind nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut statthaft.²⁵⁸ Eine Pflicht der Kernenergiebetreiber zur Bildung von Sicherungsvermögen in einem internen Fonds stellte eine Regelung ihrer Berufsausübung dar. Die „Wahrung der finanziellen Interessen des Staates“ stellt nach dem zuvor Gesagten schon keinen legitimen Zweck i.S. vernünftiger Allgemeinwohlregelungen dar. Die Maßnahme griffe zudem in unverhältnismäßiger Weise in Art. 12 Abs. 1 GG ein. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zu Art. 14 Abs. 1, 2 GG verwiesen werden. Weder ist die Fondsbildung erforderlich noch angemessen; der Schwerpunkt liegt insoweit auf den Einschränkungen, die mit einer Bindung der Rückstellungsgegenwerte für das operative Geschäft und die Investitionsentscheidungsfreiheit des Unternehmers einhergehen.

5. **Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG?**

a) **Eingriff in den Schutzbereich**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung die Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG als umfassende Gewährleistung einer allgemeinen Handlungs- und Verhaltensfreiheit konturiert. Geschützt werden natürliche und juristische Personen sowie Personenmehrheiten.²⁵⁹ Das gilt – trotz einer geringeren Verknüpfung mit dem personalen Grundzug des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit – auch für Großunternehmen und Konzerne.²⁶⁰

Der Gewährleistungsgehalt von Art. 2 Abs. 1 GG umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die freie Entfaltung auf wirtschaftlichem Gebiet und damit eine wirtschaftsbezogene Handlungsfreiheit.²⁶¹ In der Folge genießt als Aus-

²⁵⁸ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 46, 120 (138 ff.); 123, 186 (238 f.); Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 12 Rz. 33 ff.

²⁵⁹ BVerfGE 10, 89 (99); 23, 12 (30); 113, 29 (45).

²⁶⁰ Vgl. dazu BVerfGE 50, 290 (363 f.).

²⁶¹ BVerfGE 25, 371 (407); 29, 260 (266 f.); 50, 290 (366); 57, 361 (386); 65, 196 (210); 73, 261 (270); 75, 108 (154); 77, 84 (114); 89, 48 (61); 91, 207 (221); 95, 267 (303); 105, 17 (32); 113, 29 (45); 128, 193 (206); BVerfGK 7, 135 (138); 9, 437 (440); 10, 84 (87); Lorenz, in: Bonner Kommentar GG, 133. EL, Art. 2 Abs. 1 Rz. 218; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 2 Rz. 5a; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 2 Rz. 146.

fluss der allgemeinen Handlungsfreiheit gerade auch die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung grundrechtlichen Schutz.²⁶² Auch der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG wird dabei durch all solche staatlichen Maßnahmen betroffen, die sich beschränkend auf die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten des Grundrechtsträgers auswirken. Art. 2 Abs. 1 GG schützt die **Freiheit zu eigenbestimmter unternehmerischer Disposition**.²⁶³ Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet insofern „die Dispositionsbefugnis des Unternehmers über die ihm und seinem Unternehmen zugeordneten Güter und Rechtspositionen“.²⁶⁴ Bezugspunkt des Grundrechtsschutzes ist dabei die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Unternehmen, die ihrerseits auf die wirtschaftliche Betätigung des Unternehmens selbst zurückwirkt.²⁶⁵ Dies umfasst die freie Disposition über die Art und Weise, in der auf den Unternehmenserfolg hingearbeitet werden soll, sowie über den Einsatz von Betriebs- und Investitionsmitteln.²⁶⁶

Der Schutzzumfang der Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet nach Art. 2 Abs. 1 GG umfasst weiterhin die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr.²⁶⁷ Das schließt insbesondere die **Vertragsfreiheit**, d.h. die selbstbestimmende Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse mittels eines frei vereinbarten Interessensausgleichs ein,²⁶⁸ und sichert damit die Privatautonomie verfassungsrechtlich ab.²⁶⁹ Die Vertragsfreiheit betrifft den Abschluss und die Gestaltung von Verträgen und begründet ein Abwehrrecht gegen hoheitliche Vertragsverbote²⁷⁰ ebenso wie gegen Abschlusspflichten²⁷¹, Genehmigungsvorbehalte²⁷² oder inhaltliche Vertragsvorgaben²⁷³.

Zu beachten bleibt, dass Art. 2 Abs. 1 GG und die von ihm umfassten Gewährleistungen nur insoweit heranzuziehen sind, als nicht die jeweiligen Lebensbereiche durch besondere Grundrechte geschützt werden.²⁷⁴ Da die Unternehmerfreiheit auch dem Art. 12 Abs. 1 GG unterfällt, ist der Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG insoweit subsidiär. Im Hinblick auf die Privatautonomie/Vertragsfreiheit bleibt ihm jedoch ein originärer eigener Anwendungsbereich.

²⁶² BVerfGE 91, 207 (221); 95, 267 (303); 98, 218 (259).

²⁶³ BVerfGE 50, 290 (366); 97, 67 (83); Dreier, in: ders., GG, 3. Aufl., Art. 2 I Rz. 38; Murswiek, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 2 Rz. 54.

²⁶⁴ BVerfGE 97, 67 (83); vgl. auch BVerfGE 29, 260 (267).

²⁶⁵ BVerfGE 98, 218 (259).

²⁶⁶ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 74. EL, Art. 2 Rz. 126.

²⁶⁷ BVerfGE 12, 341 (347); 25, 371 (407); 75, 108 (154); 78, 232 (244).

²⁶⁸ BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 60, 329 (339); 65, 196 (210); 73, 261 (270); 74, 129 (151 f.); 95, 267 (303); 103, 197 (215); vgl. Lorenz, in: Bonner Kommentar GG, 133. EL, Art. 2 Abs. 1 Rz. 204.

²⁶⁹ BVerfGE 73, 261 (271).

²⁷⁰ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 74. EL, Art. 2 Rz. 102.

²⁷¹ BVerfGE 103, 197 (215).

²⁷² BVerfGE 60, 329 (339); Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 2 Rz. 145.

²⁷³ BVerfGE 89, 48 (61); 95, 267 (303).

²⁷⁴ BVerfGE 1, 264 (273 f.); 6, 32 (37); 9, 73 (77); 9, 338 (343).

Die Verpflichtung, Vermögenswerte im Gegenwert der Rückstellungen in ein Sicherungsvermögen zu überführen, schränkt die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der Unternehmen erheblich ein. Die Pflicht zur Liquidierung von Assets zur Befüllung des Fonds stellt einen Zwang zum Abschluss entsprechender Verträge dar. Auch in Art. 2 Abs. 1 GG greift diese Reformoption deshalb ein, was das bbh-Gutachten zu Unrecht unerwähnt lässt.

b) Rechtfertigung

Die Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG dienen ebenfalls keinem legitimen Zweck und sind weder geeignet, erforderlich noch angemessen i.e.S. und damit unverhältnismäßig. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 14 Abs. 1, 2 GG (oben D.I.3.b)) verwiesen werden.

6. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG?

Eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine ungerechtfertigte (Un-)Gleichbehandlung voraus.

a) (Un-)Gleichbehandlung

Der Gleichheitssatz verbietet die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem und die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.²⁷⁵ Dies gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen.²⁷⁶ Gegenstand des Vergleichens sind stets Personen und/oder Personengruppen.²⁷⁷ Was „wesentlich“ gleich oder ungleich ist, beantwortet das Bundesverfassungsgericht nur im Zusammenhang mit den Maßstäben, die es für eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung anlegt. Dies ist somit bereits eine Frage der Rechtfertigung.²⁷⁸

Die Feststellung einer Ungleichbehandlung erfordert zunächst eine „verfassungsrechtlich relevante Vergleichsgruppe.“²⁷⁹ Eine **belastende Ungleichbehandlung** durch die Pflicht zur Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen Fonds läge zunächst im Verhältnis der EVU zu *anderen Branchen* – wie etwa der Großchemie – mit (auch zeitlich) ähnlichem Risikopotential. Darüber hinaus läge eine Gleichbehandlung mit *Versicherungsunternehmen* vor, die nach § 66 Abs. 1 VAG Vermögenswerte in ein Sicherungsvermögen zu überführen haben.

²⁷⁵ BVerfGE 49, 148 (165); 98, 365 (385); 126, 400 (416); 129, 49 (68); BVerfG, NVwZ 2015, 964.

²⁷⁶ BVerfGE 121, 108 (119); 121, 317 (369); 126, 400 (416); 129, 49 (68); BVerfG, NVwZ 2015, 964; NJW 2015, 303 (306).

²⁷⁷ Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, 74. EL, Art. 3 Rz. 306.

²⁷⁸ BVerfGE 129, 49 (68); BVerfG, NVwZ 2015, 964 (964 f.); BVerfG, NJW 2015, 303 (306). Vgl. auch Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 3 Rz. 7; Kischel, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rz. 17

²⁷⁹ BVerfGE 113, 167 (227); Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 3 Rz. 7.

b) Rechtfertigung

Das Bundesverfassungsgericht unterzieht Eingriffe in den Gleichheitsgrundsatz grundsätzlich sowohl einer **Willkür-** als auch einer **Verhältnismäßigkeitsprüfung**.²⁸⁰ Im Rahmen der Willkürprüfung erkennt es eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG nur dann,

*„wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß“.*²⁸¹

Nach der eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung vorsehenden „**neuen Formel**“ liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dann vor,

*„wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“*²⁸²

Die beiden Prüfungsmaßstäbe sind kein strenger Gegensatz. In jüngeren Entscheidungen betont das Bundesverfassungsgericht, dass sich die aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebenden Grenzen nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterscheiden und *„stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können“*.²⁸³

Es sind verschiedene – hier einschlägige – Umstände anerkannt, die regelmäßig zu einer **Verschärfung** der verfassungsmäßigen Anforderungen an die Ungleichbehandlung führen. Insbesondere bei einer Ungleichbehandlung von **Personengruppen** unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer **strengen Bindung** an Verhältnismäßigkeitserfordernisse.²⁸⁴ Dies schließt juristische Personen(gruppen) mit ein.²⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht prüft dann über eine Evidenzkontrolle hinaus nach der neuen Formel. Für das Maß der Differenzierung wird ein *innerer Zusammenhang* zwischen den *vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung*

²⁸⁰ BVerfGE 113, 167 (232); *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rz. 24.

²⁸¹ BVerfGE 1, 14 (52); *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rz. 24.

²⁸² BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.); 62, 256 (274); 74, 9 (24); 121, 317 (369); *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rz. 28.

²⁸³ BVerfGE 129, 49 Ls. 1

²⁸⁴ BVerfGE 88, 87 (96); 103, 310 (319); 118, 79 (100); 121, 317 (369); *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rz. 28.

²⁸⁵ BVerfGE 99, 367 (388 f.); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 3 Rz. 20.

verlangt, der sich als *sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt* von *hinreichendem Gewicht* erweist.²⁸⁶

Die **Anforderungen** an die Rechtfertigungsfähigkeit **steigen** außerdem, je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch der **Freiheitsrechte** erschwert.²⁸⁷ Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, **je weniger die Merkmale**, an welche die gesetzliche Differenzierung anknüpft, **für den Einzelnen verfügbar** sind,²⁸⁸ die Betroffenen also durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Unterscheidungskriterien beeinflussen können.²⁸⁹ Ein Indiz für einen Gleichheitsverstoß ist außerdem die **Systemwidrigkeit** gesetzlicher Regelungen.²⁹⁰

Eine völlig willkürliche Auswahl der Kernkraftwerksbetreiber als Verpflichtete im Bereich der Stilllegung ließe sich angesichts der inhaltlich und zeitlich weitreichenden Folgepflichten nach Beendigung der Kernenergienutzung nicht annehmen. Anders sieht es nach dem zuvor Gesagten für die Endlagerung mit Blick auf die zentrale Pflichtenstellung des Staates gem. § 9a Abs. 3 Satz 1 AtG aus; hier steht ein besonderer Verantwortungsbeitrag der EVU nicht in Rede, sie sind in ihrer sekundären Kostentragungspflicht vielmehr ihrerseits abhängig von einer vorherigen staatlichen Aufgabenerfüllung. An die Unternehmen anzuknüpfen, ohne zugleich die staatliche Verantwortung zu aktualisieren, ist deshalb willkürlich.

Von besonderer Bedeutung ist zudem die Frage, ob *Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht* bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen. Hier bedarf es einer differenzierten Betrachtung, die das Ziel der Ungleichbehandlung, ihr Ausmaß und deren Verhältnis berücksichtigt. Zu beachten ist, dass mit den Kernkraftwerksbetreibern an eine **Personengruppe** angeknüpft wird und damit eine **strenge Bindung** an Verhältnismäßigkeitserfordernisse besteht. Die teilweise stark eingeschränkten **Freiheitsrechte** (oben D.I.3.-5.) erhöhen die Hürde der Rechtfertigungsfähigkeit weiter. Hinzu tritt der Umstand, dass die Kernkraftwerksbetreiber ihr Verhalten nicht mehr danach ausrichten können, ob sie unter das Differenzierungskriterium fallen, welches sie zur Bildung von Sicherheitsvermögen in einem internen Fond verpflichten würde. Außerdem ist die Pflicht zur Bildung von Sondervermögen weder im gesellschaftsrechtlichen Haftungssystem noch in umweltrechtlichen Folgepflichten oder im Atomrecht angelegt und damit unter jedem denkbaren Gesichtspunkt **systemwidrig**. Die Regelung in § 66 VAG ist hier mangels Vergleichbarkeit nicht heranzuziehen. Auch dies erhöht die Rechtfertigungslast weiter, so dass der anzuwendende Maßstab äußerst streng ist. Mit der Pflicht zur Bildung interner Fonds müsste deshalb das **Ziel der Ungleichbehandlung**, die Sicherung insolvenzfester

²⁸⁶ BVerfGE 129, 49 (68); 124, 199 (220).

²⁸⁷ BVerfGE 82, 126 (146); 107, 27 (46); 129, 49 (69); Kischel, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rz. 48.

²⁸⁸ BVerfGE 129, 49 (69); BVerfG NVwZ 2015, 964 (965); BVerfG NJW 2015, 303 (306).

²⁸⁹ BVerfGE 129, 49 (69).

²⁹⁰ BVerfGE 81, 156 (207); 104, 74 (87); BVerwGE 136, 157 (162, Rz. 22); Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 3 Rz. 29.

Vermögenswerte, in einem **angemessenen** Verhältnis zu ihrem **Ausmaß** verfolgt werden.

aa) Ungleichbehandlung der Kernenergiebetreiber mit sonstigen Gewerbetreibenden

Zwischen Kernenergiebetreibern und **sonstigen Gewerbetreibenden**, die Umweltbelastungen hervorrufen und Rückbau- oder Renaturierungspflichten ausgesetzt sind, sollen laut dem bbh-Gutachten Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht vorliegen, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.²⁹¹ Dies wird mit einem Vergleich aus § 1 AtG sowie § 1 BImSchG und der daraus resultierenden Sonderstellung der Kernenergie, dem Versagungsersuchen gemäß § 7 Abs. 2 AtG, den deutlich größeren Kosten sowie Folgepflichten aus dem Betrieb kerntechnischer Anlagen und deren zeitlicher Reichweite begründet.²⁹²

Die Gefahr des Finanzierungsausfalls bei der Erfüllung von Folgepflichten aus umweltrelevanten Tätigkeiten besteht indessen gleichermaßen für Kernenergiebetreiber wie für sonstige Gewerbetreibende. Entscheidend ist, dass für diese Vergleichsgruppe nicht festgestellt werden kann, dass die im Einzelfall auftretende finanzielle Belastung aufgrund einer Rückbau-, Renaturierungs- oder sonstigen Pflicht nach umweltrechtlichen Vorschriften und die damit verbundene Gefahr des Insolvenzausfalls geringer ist. Angesichts der für andere Branchen fehlenden fachrechtlichen Vorschriften zur finanziellen Vorsorge (etwa: § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG) ist sogar wahrscheinlich, dass ein Unternehmen einer anderen Branche, das nicht schon gesetzlich zu vorsichtiger Vorsorge verpflichtet ist, sehr viel eher dem Risiko unterworfen ist, im Bedarfsfall nicht über hinreichende finanzielle Mittel zu verfügen.

Auch sind andere Unternehmen strukturell nicht geringeren Insolvenzrisiken ausgesetzt als die Energieversorger. Im Gegenteil: Die finanzielle Zuverlässigkeit wird im Genehmigungsverfahren nach § 7 Abs. 1 AtG aktiv geprüft und anschließend aufsichtsbehördlich überwacht. Anders im allgemeinen Gewerberecht: Der Grundsatz für anzeigepflichtige Gewerbe ist, dass lediglich eine nachträglich festgestellte finanzielle Unzuverlässigkeit zur Gewerbeuntersagung führen kann (§ 35 GewO), eine präventive Kontrolle (und vergleichbar intensive aufsichtsbehördliche Überwachung) gibt es dagegen nicht.

Insbesondere Unternehmen aus der Chemieindustrie sind potenziellen und ggf. langfristigen Folgepflichten ausgesetzt, die ihr Haftungsvermögen weit übersteigen können. Auch Konzernstrukturen sind in der Industrie weit verbreitet, so dass – lässt man sich argumentationshalber auf die Risikoanalyse von bbh ein – auch die Szenarien eines „Verschiebens von Rückstellungsgegenwerten“ und ihres unsorgfältigen Umgangs in vergleichbarem Maße bestehen. Dann aber gibt es eine vergleichbare Interessenlage und gerade keinen entscheidungserheblichen Unterschied.

²⁹¹ bbh, S. 91.

²⁹² bbh, S. 92.

Die Pflicht zur Bildung von Sondervermögen in einem internen Fonds soll nach Auffassung von bbb dennoch mit der „Verschiedenheit“ gegenüber sonstigen Gewerbetreibenden gerechtfertigt werden, die aus höheren Folgekosten und der zeitlichen Dimension des Kernenergiebetriebs resultiert. Die Folgekosten der Kernenergie mögen hoch sein; nicht außer Betracht bleiben dürfen jedoch die Größe und Finanzstärke der Betreibergesellschaften sowie der Umstand, dass sie dafür seit Jahrzehnten finanzielle Vorsorge treffen und bereits in erheblichem Umfang (rund 3,5 Mrd. Euro) Vorausleistungen erbracht haben. Setzt man die Folgekosten einer gewerblichen Tätigkeit in Relation zur Betriebsgröße des jeweiligen Unternehmens, wird deutlich, dass Chemieunternehmen oder auch andere Betriebe mit umweltbezogenen Tätigkeiten (Stichwort: Altlasten) nicht notwendigerweise geringeren Kostentragungspflichten ausgesetzt sind. Im Gegenteil: Ihr Ausfallrisiko wird häufig sogar höher sein. Die Höhe und zeitliche Dimension der Folgekosten stellt sich deshalb nicht als Unterscheidungsmerkmal von solchem Gewicht dar, dass es die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. In diesem Zusammenhang ebenfalls zu beachten ist, dass die eigentliche Endlagerung ohnehin nicht im Verantwortungsbereich der Kernenergieunternehmen liegt, ihre Kostentragungspflichten also Stilllegung und Entsorgung bis zum „Verschließen des Schachts“ umfassen. Dieser Zeitraum ist indes durchaus absehbar, so dass auch keine unüberschaubare zeitliche Dimension die Ungleichbehandlung der Branchen rechtfertigt.

Auch der Vergleich der Ziele aus § 1 AtG und § 1 BImSchG bietet kein hinreichendes Differenzierungskriterium zwischen den Kernenergiebetreibern und anderen Gewerbetreibenden. Zum einen verengt der Vergleich von vornherein ohne Begründung die Vergleichsgruppe auf dem Immissionsschutzrecht unterfallende Betriebe. Zum anderen ist nicht ersichtlich, was die Ziele des AtG im Hinblick auf die finanzielle Vorsorge der Betreiber und – darum allein geht es hier – die Neugestaltung des finanziellen Vorsorgesystems aussagen sollen. So hat die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik gem. § 1 Nr. 3 AtG von vornherein keinen Bezug zum System der Finanzierung von Stilllegung und Endlagerung. Dass sie in § 1 AtG erwähnt ist, mag ein Unterschied zum BImSchG sein; im Hinblick auf die *finanziellen* Pflichten der Betreiber wäre dies jedoch ein bereits willkürliches Differenzierungskriterium.

Dass § 1 Nr. 1 AtG nunmehr auf die Beendigung der Kernenergienutzung abstellt, bietet ebenfalls keine Grundlage für die Ungleichbehandlung im Hinblick auf finanzielle Pflichten. Nicht unberücksichtigt bleiben dürfen insoweit die Historie und Gesamtsystematik des AtG, das früher eine ausdrückliche Förderpflicht enthielt²⁹³ und bis heute eine Verantwortungsteilung zwischen Betreibern und Staat im Hinblick auf die Endlagerung vorsieht (§ 9a Abs. 3 S. 1 AtG). Jene staatliche Verantwortung weist einen deutlich engeren Konnex zu finanziellen Vorsorgepflichten im Hinblick auf die Entsorgung auf als die allgemeine Zielfestlegung in § 1 AtG. Ein rechtfertigender Grund für einen grundlegenden Systemwechsel kann deshalb aus dieser Norm nicht abgeleitet werden. Ganz im Gegenteil: Die staatliche Pflicht zur geordneten Beendi-

²⁹³

Zu dieser *Haedrich*, Atomgesetz, 1986, § 1 Rz. 2 f.

gung der Kernenergienutzung erfolgte vor dem Hintergrund, dass eine Diskriminierung der Kernenergie – anders als in den vorangegangenen Jahren des sog. „*ausstiegsorientierten Gesetzesvollzugs*“ – nicht mehr erfolgen sollte. Dementsprechend heißt es in der zwischen den EVU und der Bundesregierung geschlossenen Vereinbarung im Vorfeld der 10. AtG-Novelle:

*„Die Bundesregierung wird keine Initiative ergreifen, mit der die Nutzung der Kernenergie durch einseitige Maßnahmen diskriminiert wird.“*²⁹⁴

In der entsprechenden Gesetzesfassung des novellierten § 1 AtG kommt genau dieser Zusammenhang – gleichsam in Form einer **synallagmatischen Abrede** – zum Ausdruck. Für den Gesetzgeber war dieses „*ausgewogene Gesamtpaket*“ zentrales Begründungselement für die Annahme der Verhältnismäßigkeit und damit – zu Recht – ein verfassungsrechtliches Erfordernis.²⁹⁵

Ähnliches gilt in Bezug auf das von bbb ebenfalls herangezogene Versagungsersessen der Behörden bei Erteilung der Anlagengenehmigungen nach § 7 Abs. 2 AtG. Dieses mag Spezifikum des Atomrechts sein. Er erschließt sich indes bereits nicht, wieso dieses *nach* Erteilung einer Genehmigung noch einen Unterschied zu anderen genehmigungsbedürftigen Branchen begründen sollte. Die Situation ist dann identisch: Es wird eine gewerbliche Tätigkeit auf Grundlage einer erteilten Genehmigung ausgeübt. Behördliche Aufsicht ist nur noch auf Basis anderer Ermächtigungsgrundlagen möglich. Ferner fehlt auch insoweit der Bezug zu finanziellen Vorsorgepflichten der Betreiber während des laufenden Betriebs und darüber hinaus. Der Hinweis auf das Versagungsersessen ist deshalb sachfremd.

Auch in einer Gesamtschau rechtfertigen die behaupteten Unterschiede keine derart eingriffsintensive Benachteiligung der Kernenergiebetreiber. Die mit der Bindung hoher Vermögenswerte einhergehenden Belastungen sind deshalb auch unter Gleichheitsgesichtspunkten unverhältnismäßig.

bb) Gleichbehandlung mit Versicherungsbranche

Neben der dargestellten Ungleichbehandlung läge in der Pflicht zur Bildung von insolvenzfestem, internem Sondervermögen außerdem eine **Gleichbehandlung mit Versicherungen**, die der entsprechenden Pflicht nach § 66 VAG unterliegen. Die Vorschrift dient der Sicherung der Versicherungsnehmer, welche das Versicherungsvermögen selbst geschaffen haben und ist damit Ausfluss des spezifischen versicherungsrechtlichen Finanzierungskonzepts (s. dazu oben D.I.2.). Dies lässt sich indes nicht auf den Staat als Gläubiger etwaiger Kosten für Stilllegung und Entsorgung übertragen, demgegenüber die Vermögenswerte letztlich gesichert werden sollen. Es

²⁹⁴ Vgl. Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen vom 11.06.2000 (oben Fn. 6), III. 2.

²⁹⁵ Vgl. dazu BT-Drs. 14/6890, S. 16; *Schmans*, in: Posser/Schmans/Müller-Dehn, Atomgesetz, 2003, § 1 Rz. 17.

besteht kein ersichtlicher Grund für eine Gleichbehandlung. Die Branchen sind derart unterschiedlich und die Gläubigerstrukturen nicht vergleichbar, dass bereits nach dem **Willkürverbot** keine Rechtfertigung ersichtlich ist. Mangels einer vergleichbaren Finanzierungsstruktur mit § 66 VAG steht der Grund für die Gleichbehandlung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu ihrem Ausmaß und ist deshalb unverhältnismäßig. Schließlich liegt in dieser Gleichbehandlung aufgrund des versicherungsspezifischen Finanzierungskonzepts eine erhebliche **Systemwidrigkeit**.

cc) Vergleich mit volkswirtschaftlich bedeutsameren Rückstellungen

Es erscheint darüber hinaus willkürlich, nur für die Rückstellungen der Kernenergiebetreiber ein derart hohes Bedürfnis zur Absicherung des Insolvenzrisikos zu sehen und die Bildung internen Sicherungsvermögens zu fordern. Für die politisch und volkswirtschaftlich ungleich bedeutsameren Rückstellungen für gesetzliche Pensionsfonds aller anderen (Industrie-)Unternehmen werden entsprechende Zweifel nicht geäußert und vergleichbare Eingriffe des Gesetzgebers nicht gefordert. Warum für die letztlich zu Gunsten des Staates wirkenden Rückstellungen der Kernenergiebranche ein engeres Sicherungskorsett als für berechnigte Forderungen der – besonders schutzbedürftigen – Arbeitnehmer gelten soll, lässt sich nicht mit sachgerechten Erwägungen begründen.

Ebenso wenig leuchtet es ein, dass im Zuge der Finanzkrise – bei der es sogar um für das Funktionieren des Staates systemische Risiken ging – die Unternehmen der Kreditwirtschaft (im Übrigen auch Landesbanken unter öffentlicher Kontrolle) eine Chance auf Fortsetzung ihrer Tätigkeiten erhielten, ohne dass Sicherungen wie nach dem VAG auferlegt wurden. Dies ist umso bemerkenswerter, weil die Geschäftsausrichtung von Unternehmen der Kreditwirtschaft derjenigen der Versicherungswirtschaft deutlich näher steht und nicht die beschriebenen strukturellen Unterschiede wie im Falle der Industrie- oder Energieunternehmen aufweist. Hierin liegt eine weitere eklatante Ungleichbehandlung, die schlechterdings willkürlich ist.

dd) Widersprüchlichkeiten in der Argumentation von bbb

Weiteren Bedenken begegnet die Argumentation von bbb aufgrund ihrer Widersprüchlichkeiten. Während im Kernenergiebereich das dem Umweltvölkerrecht entnommene allgemeine Verursacherprinzip als „Generalrechtfertigung“ zur Begründung der Verhältnismäßigkeit noch so einschneidender Maßnahmen herhalten soll, scheint dies für andere Branchen mit umweltbezogenen (finanziellen) Verpflichtungen keinerlei Rolle zu spielen. So bleibt es beim Vergleich mit dem BImSchG und im Rahmen der Prüfung von Art. 3 GG unerwähnt. Dies ist angesichts der von bbb gewählten weiten Auslegung des Verursacherprinzips inkonsequent.

Hinzu kommt, dass im bbb-Gutachten eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung anderer Gläubiger für die Reformoption einer vorrangigen Bedienung des Staates im

Insolvenzfall angenommen wurde.²⁹⁶ Mit der Einrichtung eines internen Fonds wird letztlich jedoch nichts anderes bewirkt; vielmehr soll ebenfalls die insolvenzrechtliche Gläubigerreihenfolge umgangen werden, wenn auch beschränkt auf das Sicherungsvermögen.²⁹⁷ Trotz dieser „Beschränkung“ auf das Sicherungsvermögen wäre angesichts dessen Höhe im Insolvenzfall ebenfalls mit einer weitgehenden Entwertung der Forderungen anderer Gläubiger zu rechnen. Die These von bbh, die Eingriffsintensität sei „stark verringert“²⁹⁸, überzeugt deshalb nicht. Insbesondere ist es nicht richtig, dass die in das Sicherungsvermögen überführten konkreten Vermögensgegenstände „ohnehin aufgrund der Rückstellungsbildung ‚vorbelastet‘“²⁹⁹ waren. Derzeit besteht eben kein Konnex zwischen den Rückstellungen auf der Passivseite der Bilanz und den sie deckenden Gegenwerten auf der Aktivseite. Dieser wird erst durch die Errichtung des Sicherungsvermögens und die vorhergehende Auswahl der eingelegten Mittel hergestellt. Es ist jedoch nicht erkennbar, worin dann der für eine im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG unterschiedliche Bewertung der Benachteiligung anderer Gläubiger rechtfertigende Grund liegen soll.

7. Vereinbarkeit mit Rückwirkungsverbot?

Die zwangsweise Bildung und Befüllung eines internen Fonds verstieße auch gegen das Rückwirkungsverbot. Entgegen der Ansicht von bbh (S. 92, 150) würde die Regelung zur Bildung eines Sicherungsvermögens gerade nicht nur für die Zukunft eingreifen. Vielmehr läge eine Wirkung für die Vergangenheit vor. Unter Anwendung der anerkannten Kategorien von echter Rückwirkung/Rückbewirkung von Rechtsfolgen und unechter Rückwirkung/tatbestandliche Rückanknüpfung (hierzu a)) spricht Vieles dafür, dass die Fondslösung zu einer echten Rückwirkung führen würde. Eine solche lässt sich grundsätzlich – und so auch hier – nicht rechtfertigen (b)). Selbst wenn man – hilfsweise – „nur“ von einer unechten Rückwirkung ausginge, wäre diese vorliegend nicht gerechtfertigt (c)).

a) Differenzierung zwischen echter Rückwirkung/Rückbewirkung von Rechtsfolgen und unechter Rückwirkung/tatbestandlicher Rückanknüpfung

Nach der ständigen Rechtsprechung (des Ersten Senats) des Bundesverfassungsgerichts liegt eine echte Rückwirkung vor, wenn eine Norm „nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift“³⁰⁰. Eine unechte Rückwirkung ist hingegen anzunehmen, wenn die fragliche Norm lediglich „auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt“³⁰¹.

²⁹⁶ bbh, S. 74, 71: „Diese Ungleichbehandlung stellt einen starken Eingriff in die Gläubigerrechte dar, sie führt nämlich zum Verlust oder zu einer weitgehenden Entwertung von deren Forderungen.“

²⁹⁷ bbh, S. 87: „Anders als die ... Regelung zur Befriedigung im Insolvenzfall knüpft eine solche Regelung lediglich an das Sicherungsvermögen, nicht an das gesamte Vermögen an“.

²⁹⁸ bbh, S. 93.

²⁹⁹ bbh, S. 93.

³⁰⁰ BVerfGE 11, 139 (145 f.).

³⁰¹ BVerfGE 11, 139 (146).

Der Zweite Senat wich seit Mitte der 1980er Jahre von dieser Terminologie ab und differenzierte stattdessen zwischen der Rückbewirkung von Rechtsfolgen und der tatbestandlichen Rückanknüpfung. Eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen entfalte eine Rechtsnorm dann, wenn „der Beginn ihres zeitlichen Anwendungsbereichs normativ auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der *vor* dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm rechtlich existent, das heißt gültig geworden ist“³⁰². Demgegenüber sei die tatbestandliche Rückanknüpfung „einer Norm insoweit eigen, als sie den Eintritt ihrer Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit *vor* ihrer Verkündung abhängig macht“.³⁰³

Im Ergebnis handelt es sich indes nur um terminologische, nicht um inhaltliche Unterschiede. Dies scheinen auch die Senate so zu sehen. Dafür spricht zum einen, dass sie das Plenum des Gerichts nicht einberufen haben, was bei divergierenden Auffassungen jedoch hätte geschehen müssen (§ 16 Abs. 1 BVerfGG). Zum anderen kommt die inhaltliche Kongruenz darin zum Ausdruck, dass der Zweite Senat inzwischen häufig beide Begrifflichkeiten nebeneinander und identisch verwendet, z.B. „tatbestandliche Rückanknüpfung („unechte“ Rückwirkung)“.³⁰⁴

b) Fondslösung als ungerechtfertigte echte Rückwirkung

Die Fondslösung kommt als echte Rückwirkung in Betracht. Denn sie greift in den abgeschlossenen Tatbestand der Bildung von Rückstellungen entsprechend den Vorgaben des Steuerrechts ein (hierzu aa)). Eine Rechtfertigung kommt nicht in Betracht (bb)).

aa) Gründe für echte Rückwirkung

Das Bundesverfassungsgericht stellt im Zusammenhang mit Steuerbescheiden auf den Ablauf des Kalenderjahres ab, in dem der Abgabetatbestand erfüllt wurde. Danach liegt eine echte Rückwirkung immer dann vor, wenn im Zeitpunkt der Verkündung des „neuen“ Gesetzes die Steuerschuld bereits entstanden ist.³⁰⁵ Nach § 38 AO ist die Steuerschuld entstanden, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Dies ist nach § 30 KStG der Veranlagungszeitraum. Somit stellen alle bis einschließlich 2014 gebildeten Rückstellungen abgeschlossene Tatbestände dar.

³⁰² BVerfGE 63, 343 (353).

³⁰³ BVerfGE 72, 200 (242).

³⁰⁴ So in BVerfGE, NJW 2004, 739 (748). Vgl. auch z.B. BVerfG, NVwZ 2012, 876 (876 f. – Rz. 65 f.): „Eine Rechtsnorm entfaltet ‚echte‘ Rückwirkung („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“), wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll [...]. Soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung“), liegt eine ‚unechte‘ Rückwirkung vor [...].“ Vgl. auch BVerfG, NJW 2013, 3151 (3153 f.): „Allerdings bestimmt § 1 I ThUG keine Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung). Er beschränkt das Vertrauen der Betroffenen lediglich in Gestalt einer tatbestandlichen Rückanknüpfung („unechte Rückwirkung“) [...].“

³⁰⁵ St. Rspr. seit BVerfGE 13, 261 (270 ff.).

Für eine echte Rückwirkung spricht überdies, dass die Rückstellungen nach den steuerrechtlichen Vorgaben über einen Zeitraum von 25 Jahren zu bilden waren. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Rückstellungen während der Betriebsdauer der Kraftwerke gebildet werden. Da die 25 Jahre durchgängig abgelaufen sind, liegt auch insofern ein abgeschlossener Sachverhalt vor. Zwar besteht eine (handelsrechtliche) Nachholungspflicht über den Ansammlungszeitraum hinaus. Diese war aber von Anfang an absehbar und soll v.a. technischen und monetären Entwicklungen Rechnung tragen; sie war somit stets Teil des in sich geschlossenen Systems.

bb) Keine Rechtfertigung

Die echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen greifen nur in eng gefassten Fällen ein, in denen kein schutzwürdiges Vertrauen bestand. Eine solche Ausnahme kommt vorliegend aber nicht in Betracht. Denn die Betreiber haben durch die Rückstellungsbildung auf Grundlage der handels- und steuerrechtlichen Vorgaben ihr Vertrauen betätigt. Dieses Vertrauen wurde durch die jährliche Testierung der Bilanzen bestätigt.

Gründe, die gegen eine Schutzwürdigkeit des Vertrauens sprechen, sind nicht gegeben. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Judikatur die folgenden Fallgruppen entwickelt, in denen die Schutzwürdigkeit entfallen soll:³⁰⁶

- Von der Rückwirkung geht nur eine Bagatellbelastung aus.³⁰⁷
- Es musste mit einer Neuregelung gerechnet werden.³⁰⁸ Dies ist aber erst dann der Fall, wenn der Bundestag die Neuregelung beschlossen hat;³⁰⁹ die bloße Diskussion oder Ankündigung³¹⁰ genügt nicht.
- Die bisherige Rechtslage war unklar und verworren.³¹¹
- Die bisherige Regelung war nichtig und soll nun ersetzt werden; insofern wurde nur in einen Rechtsschein vertraut.³¹²
- Die Rückwirkung beruht auf besonders schwerwiegenden, zwingenden Gründen des Allgemeinwohls.³¹³

³⁰⁶ Vgl. nur BVerfGE 13, 271 (272); 18, 429 (439); 72, 200 (259 ff.); 87, 48 (60 f.); 95, 64 (86 f.); 98, 17 (39).

³⁰⁷ BVerfGE 72, 200 (258 f.).

³⁰⁸ BVerfGE 22, 330 (347); 30, 367 (387 f.).

³⁰⁹ BVerfGE 13, 206 (213); 72, 175 (200); 72, 200 (261). Nur in seltenen Einzelfällen mag schutzwürdiges Vertrauen schon vorher nicht gegeben sein, wenn es nämlich nach Bekanntwerden des Vorhabens einzig noch um die Ausnutzung der Phase vor (Beschluss und) Inkrafttreten geht (negative Ankündigungseffekte). Dazu BVerfGE 95, 64 (88).

³¹⁰ BVerfGE 97, 67 (82 f.).

³¹¹ BVerfGE 13, 261 (272).

³¹² BVerfGE 13, 261 (272).

³¹³ Vgl. etwa BVerfGE 13, 261 (272); 31, 222 (226 f.).

Keine dieser Fallgruppen ist vorliegend einschlägig. Das gilt insbesondere für die letztgenannte Kategorie. Denn eine Berufung auf zwingende Gründe des Allgemeinwohls kommt nach herrschender Meinung nur in Betracht, wenn ein sofortiges gesetzgeberisches Handeln erforderlich ist, um drohende Nachteile für die Allgemeinheit abzuwenden.³¹⁴ Letztlich kommt es also in der Regel auf „offensichtliche Gefahren und Missstände“ an.³¹⁵ Eine derartige Situation ist indes im Hinblick auf die Entsorgung und Stilllegung nicht gegeben. Die Rückstellungen wurden bislang als ausreichend anerkannt und jährlich im Rahmen des Jahresabschlusses geprüft. Die Bundesregierung hat das System wiederholt verteidigt und selbst im Zuge des beschleunigten Atomausstiegs auf Grundlage der 13. AtG-Novelle nicht geändert. Kein Unternehmen hat insoweit seine (atomrechtlichen) Pflichten verletzt. Das hält auch das von der Bundesregierung in Auftrag gegebene W&K-Gutachten fest (vgl. oben B. V.).

Ebenso wenig musste mit einer Neuregelung gerechnet werden. Zwar meint bbh, die EVU und Betreiber hätten wegen des Verursacherprinzips jederzeit von einer Änderung der Rechtslage ausgehen müssen. Diese Argumentation vermag aber in keiner Weise zu überzeugen. Denn das Verursacherprinzip als solches begründet noch keinerlei Rechtsfolgen. Vielmehr bedarf es der konkreten Ausgestaltung. Sofern eine solche konkrete Ausgestaltung vorliegt, begründet diese gerade Vertrauen – nämlich dahingehend, dass eine Einhaltung der Rechtslage ausreicht und nicht später von weiteren Maßnahmen flankiert werden muss. Folglich steht die bloße Existenz des Verursacherprinzips einer Vertrauensbildung und unzulässigen Rückwirkung nicht entgegen.

Somit bleibt es hier bei der Regel, dass die echte Rückwirkung nicht gerechtfertigt werden kann.

c) Hilfsweise: Auch „bloße“ unechte Rückwirkung ist unzulässig

Stellte man entgegen der unter b) referierten zutreffenden Auffassung nicht auf die abgeschlossene Rückstellungsbildung, sondern vielmehr auf die Entsorgungs- und Stilllegungspflicht ab, die durch die Fondslösung insolvenzfest abgesichert werden soll, läge ein noch andauernder Sachverhalt vor. Folglich würde die zwangsweise Bildung und „Befüllung“ des Fonds auf einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt einwirken, mithin eine unechte Rückwirkung entfalten. Dementsprechend würde die aktuelle Rechtslage lediglich durch eine neue ersetzt, wobei diese nun auch „Altfälle“ erfasst.

Eine solche unechte Rückwirkung ist nicht grundsätzlich unzulässig.³¹⁶ Denn das bloße Kontinuitätsinteresse ist im Ausgangspunkt weniger schutzwürdig.³¹⁷ Der Pri-

³¹⁴ BFH, BStBl II 1981, 595 (599). In diesem Sinne auch *Tipke*, Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., S. 162.

³¹⁵ Dazu *Mellinghoff*, in: DWS Schriftenreihe Nr. 1, Berlin 2002.

³¹⁶ BVerfGE 30, 392 (402); 95, 64 (86); 122, 374 (394).

³¹⁷ BVerfGE 127, 1 (17).

vate kann in der Regel nicht darauf vertrauen, dass geltendes Recht unverändert fortbesteht.³¹⁸ Ein solches Vertrauen widerspräche schon dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das von einer Herrschaft (mithin auch einer Legislativgewalt) auf Zeit ausgeht.

Die Frage, wann die Schwelle der Unzulässigkeit **ausnahmsweise** überschritten wird, ist normativ zu beantworten. Insofern ist das Problem der Rückwirkung besonders eng mit der Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit verbunden.³¹⁹ Die Grenzen der unechten Rückwirkung ergeben sich aus einer **vertrauensspezifischen Abwägungsentscheidung**,³²⁰ wobei „*die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der bestehenden Rechtslage*“³²¹ einander gegenüberzustellen und miteinander in Einklang zu bringen sind.

Ein Überwiegen der Bestandsinteressen, mithin ein besonders schützenswertes Vertrauen, ist insbesondere dann anzunehmen, „*wenn von einer nach früherem Recht möglichen Nutzungsbefugnis bereits Gebrauch gemacht worden ist und diese entzogen wird.*“³²² Von einem überwiegenden geschützten Vertrauen ist ferner dann auszugehen, wenn der Gesetzesadressat mit der weiteren Belastung nicht zu rechnen brauchte.³²³ Entscheidend ist dabei, ob der Gesetzgeber beim Normadressaten einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, der über die allgemeine Erwartung in den Fortbestand von Rechtsnormen hinausgeht. Es müssen also zusätzliche Umstände hinzutreten, die das Vertrauen der Gesetzesadressaten billigerweise schützenswert machen.³²⁴

So liegt es hier. Denn als solche, das **betätigte Vertrauen** als **besonders schützenswert** stützende Umstände kommen vorliegend vor allem in Betracht: der jahrzehntelange, beanstandungsfreie und testierte Bestand der Rückstellungslösung, die bislang ausfallfrei funktioniert hat. Sodann ihre „Verteidigung“ durch die Bundesregierung – auch gegenüber der EU-Kommission – und darüber hinaus ihre Beibehaltung selbst im Zuge des beschleunigten Atomausstiegs auf Grundlage der 13. AtG-Novelle. Hinzu kommt nunmehr auch die Bestätigung durch den von der Bundesregierung initiierten „Stresstest“. Schließlich ist auf die Bestandskraft der entsprechenden Körperschaftssteuerbescheide hinzuweisen, welche – dem steuer- wie verwaltungsverfahrenrechtlichen Institut der Bestandskraft entsprechend – einen erhöhten Vertrauensschutz begründet (vgl. §§ 48, 49 VwVfG). Es handelt sich insoweit nicht lediglich um eine abstrakte Rechtslage, sondern um eine regelmäßig konkretisierte Pflicht, deren ordnungsgemäße Erfüllung jeweils durch unabhängige, sachverständige Dritte

³¹⁸ Vgl. BVerfGE 38, 61 (83); 109, 133 (186 f.).

³¹⁹ BVerfGE 95, 64 (86 f.); 97, 378 (389).

³²⁰ BVerfGE 39, 128 (145 f.); 63, 152 (175).

³²¹ BVerfGE 114, 258 (300). St. Rspr., vgl. z.B. auch BVerfGE 109, 133 (183)..

³²² BVerfGE 58, 300 (338).

³²³ BVerfGE 68, 287 (307); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 20 Rz. 164.

³²⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 20 Rz. 164.

bestätigt wurde. Trotz dieser besonderen Umstände, welche die Vertrauensbetätigung und damit die Schutzwürdigkeit gegen eine rückwirkende Neuregelung unterstreichen, ist aber nochmals der Grundsatz zu betonen, dass sich die EVU mit der Rückstellungsbildung im allgemeinen System des Handels- und Steuerrechts bewegt haben und für ein insoweit derogierendes Sonderrecht schlechterdings kein Raum ist. Es geht im hiesigen Kontext also nicht nur um eine schlichte Erwartung in die bloße Kontinuität des Rechts, sondern um die verfassungsrechtlich geschützte Erwartungssicherheit, nicht gleichheitswidrig anders als alle anderen Unternehmen in Deutschland behandelt zu werden; das **geht deutlich über eine einfache Kontinuitätsgewähr hinaus** und wird durch die aufgezeigten **besonderen Umstände** der hiesigen Situation zusätzlich **verstärkt**.

d) Ergebnis

Die zwangsweise Errichtung und „Befüllung“ eines (internen) Fonds würde eine unzulässige Rückwirkung entfalten und wäre auch aus diesem Grund verfassungswidrig.

8. Vereinbarkeit mit Europarecht?

Der Modellvorschlag eines internen Fonds ist mit der **Kapitalverkehrsfreiheit** des Art. 63 Abs. 2 AEUV nicht vereinbar, da eine solche Regelung geeignet ist, sowohl das Anlageverhalten der Betreibergesellschaften als auch dasjenige potentiell an einem Investment in die EVU interessierter ausländischer Aktionäre zu beeinträchtigen. Für die Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit lässt der EuGH es ausreichen, wenn nationale Vorschriften den Anreiz, von der Grundfreiheit des Art. 63 AEUV Gebrauch zu machen, senken können.³²⁵ Nationale Maßnahmen führen nach dieser Judikatur bereits dann zu einer Beschränkung des Art. 63 AEUV, wenn sie geeignet sind, den Erwerb von Anteilen an den betreffenden Unternehmen zu verhindern und Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abzuhalten, Kapital in diese Unternehmen zu investieren.³²⁶ Zudem reicht bereits die Geeignetheit der Maßnahme zur Auslösung einer in diesem Sinne beschränkenden Wirkung aus.³²⁷

Nach jenen Maßstäben ist die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 1 AEUV in zweierlei Hinsicht betroffen. Zum einen ist die zwangsweise Fondsbildung durch die vorrangige Zugriffsmöglichkeit des Staates sowie die Pflicht zur Bereitstellung eines Sicherungsvermögens geeignet, das Anlageverhalten des betroffenen Betreibers zu beeinflussen. Die Bildung von Rückstellungsgegenwerten im Rahmen eines internen Fonds kann namentlich dazu führen, dass die Betreibergesellschaften das dort gebundene Vermögen nicht mehr anderweitig – auch bei Kapitalnehmern im europäischen Ausland – anlegen, sodass der freie Kapitalfluss eingeschränkt wird. Zudem kann ei-

³²⁵ EuGH, Urteil vom 14. November 1995, Rs. C-484/93, Slg. 1995, I-3971 (Rz. 10); Urteil vom 4. Juni 2002, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 (Rz. 45); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl., Kap. 10 Rz. 3709.

³²⁶ EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 (Rz. 45).

³²⁷ EuGH, Rs. C-543/08 (Rz. 47) – Kommission/Portugal.

ne solche Pflicht es für – im europäischen Ausland ansässige – Anleger weniger attraktiv erscheinen lassen, ihr Kapital bei einem von der Maßnahme betroffenen Unternehmen und/oder den Konzernobergesellschaften in Form eines Aktienerwerbs anzulegen. Es wird das Verhalten von Anlegern hinsichtlich Investitionen direkt beeinträchtigt, sodass nicht lediglich Anlage- oder Investitionsmodalitäten vorliegen.

Geschriebene **Rechtfertigungsgründe** für die Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 65 AEUV kommen **nicht** in Betracht; insbesondere handelt es sich hier nicht um die Sicherung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des Umgangs mit atomaren Gefahren, sondern allein um die Sicherstellung der Erfüllung bestimmter Finanzierungspflichten. Die Pflicht zur Einrichtung eines internen Fonds ist auch nicht durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, mithin zwingende Gründe des Allgemeininteresses,³²⁸ gerechtfertigt: Unabhängig davon, dass solche Gründe schon nicht vorliegen, sondern lediglich finanzielle Interessen in Rede stehen, wäre eine solche Maßnahme aufgrund derselben Erwägungen wie im Rahmen des Verfassungsrechts auch nicht verhältnismäßig (s. dazu D.I.3.b)).

9. Fazit

Eine einseitig-gesetzgeberische Neugestaltung des Systems der finanziellen Vorsorge für Stilllegung und Rückbau durch obligatorische interne Fonds nach VAG-Vorbild ist aus zahlreichen Gründen verfassungs- und europarechtswidrig. Sie verstieße ebenso gegen die Freiheitsrechte der Art. 14 und 12 GG wie gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG und das Rückwirkungsverbot. Darüber hinaus würde eine solche Fondslösung die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 Abs. 2 AEUV verletzen.

II. GESETZLICHE VERPFLICHTUNG ZUR AUSLAGERUNG VON VERMÖGENSGEGENSTÄNDEN IN EINEN EXTERNEN FONDS

1. Beschreibung des Modellvorschlages

Das bbh-Gutachten diskutiert als weitere Reformoption die Bildung eines externen Fonds. Gemeint ist die „*Auslagerung der relevanten Vermögensgegenstände in einen Fonds, der außerhalb des Rechnungswesens der Betreiber oder ihrer Mutterkonzerne steht*“.³²⁹ Die Betreiber sind an diesem nicht beteiligt.³³⁰ Seine Eigenart beziehe ein solcher Fonds unabhängig von der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall daraus, dass die in den Fonds eingelegten Mittel das Vermögen der Kernkraftwerksbetreiber verlassen und die Verfügungsgewalt über die Fonds-Mittel ihnen weder unmittelbar noch mittelbar zustehe. Dies gelte unabhängig davon, ob der Fonds als juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts errichtet wird.³³¹ Das bbh-Gutachten präferiert insoweit eine öffentlich-rechtliche Stiftung.³³² Die Betreiber er-

³²⁸ S. dazu EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 (Rz. 49) – Goldene Aktien I (Kommission/Portugal).

³²⁹ bbh, S. 97.

³³⁰ bbh, S. 140, s. auch S. 126.

³³¹ bbh, S. 114. Modelle, in denen die Kernkraftwerke einschließlich ihrer Verbindlichkeiten und Vermögenswerte auf den Fonds übertragen werden, werden nicht betrachtet, bbh, S. 115.

³³² bbh, S. 142 ff.

hielten einen Anspruch gegen den externen Fonds auf vorrangige Finanzierung der (weiterhin) ihnen obliegenden Pflichten im Hinblick auf Stilllegung, Rückbau und Entsorgung.³³³

Das Gutachten stellt zunächst im Ausland existierende Fondsmodelle vor und vergleicht diese mit dem deutschen System (S. 102-114). Sodann prüft bbh die verfassungsrechtliche Zulässigkeit externer Fondsmodelle (S. 114 ff.). Erneut lässt bbh die Details der Ausgestaltung eines solchen Fondsmodells offen, diskutiert diese erst im Anschluss an die verfassungsrechtliche Prüfung lediglich an (S. 141-149), ohne sie jedoch abschließend festzulegen.³³⁴ So bleiben etwa Ob und Höhe einer Risikozulage ebenso offen wie eine mögliche Staffelung der Einzahlungsbeträge oder die Auszahlungsmodalitäten.³³⁵ Das Gutachten beschränkt sich insoweit auf die Feststellung, dass jedenfalls Varianten eines externen Fonds gestaltbar seien, die den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen könnten.³³⁶

Im Ergebnis hält bbh einen externen Fonds allein im Hinblick auf die Entsorgungskosten für erforderlich und damit verfassungskonform. Im Hinblick auf die Finanzierung der Lasten von Stilllegung und (direktem) Rückbau spräche viel dafür, dass insoweit ein interner Fonds ebenso wirksam sei.³³⁷ Da das bbh-Gutachten einen externen Fonds folglich nur für diese Mittel vorschlägt, beschränkt sich auch die folgende Prüfung auf diese Modellvariante.

Die im Folgenden aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen einen externen Fonds für die Entsorgungsrückstellungen würden für einen darüber hinausgehenden, weitere Mittel erfassenden Fonds jedoch erst recht gelten.

2. Vereinbarkeit mit dem Finanzverfassungsrecht?

Aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht stellt sich insbesondere die Frage, ob die Pflicht zur Einbringung von Vermögensgegenständen und zur Erbringung von Geldleistungen mit dem Abgabensystem des Grundgesetzes im Einklang steht. Insbesondere ist zu klären, ob der Gesetzgeber überhaupt die Kompetenz hätte, einen Fonds zu errichten und zu dessen „Befüllung“ die EVU mit **Zwangsabgaben** zu belegen. Denn fehlte es an dieser Kompetenz, dann läge ein Verfassungsverstoß vor, der nicht nur das grundgesetzliche Kompetenzgefüge, sondern auch die Grundrechte der EVU und Betreiber/Genehmigungsinhaber von Kernkraftwerken beträfe. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit den Beiträgen zum Anlegerschädigungsfonds ausgeführt:

³³³ bbh, S. 126. An einer späteren Stelle argumentiert bbh, im Hinblick auf die Entsorgung verliere der Betreiber Finanzierungslasten im Umfang der auf den Fonds übertragenen Beträge (S. 134). Dies klingt eher nach einer Befreiung von der Finanzierungsverpflichtung. Anders wieder eine Seite später (S. 135), wo erneut von einer „Art Freistellungsanspruch“ gegen den Fonds, die Entsorgungskostentragungspflichten zu übernehmen, gesprochen wird. Die Modellbeschreibung des bbh-Gutachtens ist auch insoweit unpäzise.

³³⁴ Vgl. bbh, S. 141 („nur umrissen“).

³³⁵ bbh, S. 145.

³³⁶ Vgl. bbh, S. 136, 145 f., 151.

³³⁷ bbh, S. 135, 150 f.

„Öffentliche Abgaben greifen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein, wenn sie in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen [...]. Eine solche Abgabenregelung greift in die Berufsfreiheit der Abgabepflichtigen ein und ist nur auf Grund eines Gesetzes zulässig, das auch im Übrigen mit der Verfassung in Einklang steht.“³³⁸

Das bbh-Gutachten geht davon aus, dass eine Zahlungspflicht zu Gunsten des Fonds, die sich auf die den Rückstellungen entsprechenden Finanzierungsmittel bezieht, als Sonderabgabenerhebung gerechtfertigt wäre (bbh, S. 120 ff.). Diese Einschätzung ist indes sehr fragwürdig. Zwar ist die Einordnung als Sonderabgabe zutreffend (hierzu a)). Es bestehen aber erhebliche Zweifel daran, dass die Anforderungen an ihre rechtmäßige Ausgestaltung (b)) erfüllt sind. Insbesondere dem Erfordernis eines besonderen Sachzwecks ist nicht hinreichend Genüge getan (c)).

a) **Zwangsweise Zahlungen an externen Fonds sind Sonderabgaben**

Nach dem materiellen Gehalt der Pflicht zur Einzahlung in den externen Fonds kann sie verfassungsrechtlich nicht als Steuer, Gebühr, Beitrag oder Ausgleichsabgabe eigener Art, sondern nur als eine nichtsteuerliche Sonderabgabe eingeordnet werden.

Die Zahlungen würden nicht wie **Steuern** zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs eines öffentlichen Gemeinwesens erhoben. Ihnen lägen auch keine individuellen Leistungsrechtsverhältnisse zwischen Staat und Abgabepflichtigen zugrunde, wie sie für zulässige **Gebühren und Beiträge** kennzeichnend sind. Sie würden unabhängig von der tatsächlichen oder potenziellen Inanspruchnahme einer staatlichen Einrichtung oder Leistung von allen Betreibergesellschaften verlangt. Schließlich scheidet auch die Qualifizierung als **Ausgleichsabgabe eigener Art** aus. Als solche hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit nur Zahlungspflichten anerkannt, deren Zweck nicht die Finanzierung einer besonderen Aufgabe ist, sondern der Ausgleich einer Belastung, die sich aus einer primär zu erfüllenden öffentlich-rechtlichen Pflicht ergibt. Sie wird denjenigen auferlegt, die diese Pflicht – aus welchen Gründen auch immer – nicht erfüllen und soll damit auch zur Erfüllung der Pflicht anhalten.³³⁹ Vorliegend besteht jedoch eine öffentlich-rechtliche Entsorgungspflicht, die die betreffenden Unternehmen in jedem Fall zu erfüllen haben und von der sie sich – nach dem Konzept von bbh – nicht durch Zahlungen befreien können. Die Einzahlung in den externen Fonds beträfe also nicht (nur) solche Unternehmen, die ihrer Pflicht nicht nachkommen. Im Gegenteil: der Fonds soll gerade die weiterhin bestehende Pflichterfüllung absichern.

³³⁸ BVerfG, NJOZ 2010, 1468 (1471 – Rz. 50).

³³⁹ BVerfG, NJW 1995, 1733 (1736) (Feuerwehrrabgabe). Vgl. auch BVerfGE 57, 139 (167f.); 67, 256 (277).

Im Ergebnis wäre die Abgabepflicht dem Grunde und der Höhe nach mit dem Anfall bestimmter Kosten für die Erledigung einer speziellen Aufgabe – der Entsorgung nuklearer Reststoffe – tatbestandlich verbunden und zu diesem Zweck der besonderen Finanzierungsverantwortung der Gruppe der Betreibergesellschaften zugeordnet. Es handelt sich damit um eine **Sonderabgabe**.

b) Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit von Sonderabgaben

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den **Begrenzungs- und Schutzfunktionen der bundesstaatlichen Finanzverfassung** (Art. 104a ff. GG) wird die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben grundsätzlich beschränkt durch das Erfordernis eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes, der zum einen eine deutliche Unterscheidung gegenüber der Steuer ermöglicht und zum anderen im Hinblick auf die zusätzliche Belastung neben den Steuern geeignet ist, der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung zu tragen.³⁴⁰

Für ähnlich den Steuern „voraussetzungslos“ erhobene Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion (Sonderabgaben im engeren Sinn) hat das Bundesverfassungsgericht die allgemeinen finanzverfassungsrechtlichen Begrenzungen für nichtsteuerliche Abgaben in besonders strenger Form präzisiert. Sonderabgaben im engeren Sinn zeichnen sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber Kompetenzen außerhalb der Finanzverfassung in Anspruch nimmt, obwohl weder ein Gegenleistungsverhältnis noch ähnlich unterscheidungskräftige besondere Belastungsgründe eine Konkurrenz der Abgabe zur Steuer ausschließen. Dies ist hier der Fall. Denn die Zahlungspflichten an den externen Fonds würden sich nicht auf die Kompetenzen aus den Art. 104a ff. GG, sondern vielmehr auf diejenigen für das Atomrecht stützen.

Trotz ihrer Ähnlichkeit mit den Steuern schaffen Sonderabgaben neben diesen und außerhalb der Grundsätze steuergerechter Verteilung der Gemeinlasten zusätzliche Sonderlasten. Zudem gefährden sie in den Fällen organisatorischer Ausgliederung des Abgabenaufkommens, etwa in ein Sondervermögen, und seiner Verwendung außerhalb des Kreislaufs staatlicher Einnahmen und Ausgaben zugleich das Budgetrecht des Parlaments. Wegen dieser **Gefährdungen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen sowie des parlamentarischen Budgetrechts** unterliegen Sonderabgaben engen Grenzen und müssen gegenüber den Steuern seltene Ausnahmen bleiben.³⁴¹ Diese Grenzen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Abgabe muss der Verfolgung eines Sachzwecks dienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht.
- Mit der Sonderabgabe darf nur eine homogene Gruppe belegt werden, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung

³⁴⁰ BVerfG, NJOZ 2010, 1468 (1472 – Rz. 53 m.w.N.).

³⁴¹ St. Rspr. – vgl. nur vgl. BVerfGE 55, 274 (308); 108, 186 (217); 113, 128 (149 f.); BVerfG, NJOZ 2010, 1468 (1472 – Rz. 56).

verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann.

- Das Abgabenaufkommen muss gruppennützig verwendet werden, d.h. die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe.
- Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren und ihre sachliche Rechtfertigung in angemessenen Zeitabständen überprüfen.³⁴²

c) Zahlungspflichten an externen Fonds entsprechen diesen Vorgaben nicht

Vorliegend bestehen erhebliche Zweifel daran, dass die Pflicht zur Einzahlung in einen externen Fonds mit diesen Vorgaben im Einklang stünde.

Zwar ließe sich vertreten, dass die Zahlungspflicht mit den Betreibergesellschaften eine homogene Gruppe betreffe.

aa) Keine Gruppennützigkeit

Es ist aber bereits zweifelhaft, ob das Merkmal der **Gruppennützigkeit** erfüllt wäre. Denn die Verwendung der Mittel würde die Gruppe der Abgabenschuldner nicht von einer ihrem Aufgabenbereich zuzurechnenden Aufgabe entlasten. Vielmehr würden die Mittel schlicht dazu dienen, die weiterhin bestehende Aufgabe zu erfüllen. Zugleich soll nach den Vorstellungen von bbh die Finanzierungsverantwortung für die Entsorgungskosten auch im Falle eines externen Fonds nicht betragsmäßig begrenzt sein. Die Entsorgungspflicht wäre also von der Gruppe der Betreibergesellschaften auch dann noch zu finanzieren, wenn die Mittel in dem externen Fonds nicht ausreichen sollten. Insofern stellt der Fonds nur eine „Verschiebung“ von Mitteln, nicht aber eine Entlastung dar.

Jedenfalls fehlt es an der Gruppennützigkeit, weil der externe Fonds – in der Ausgestaltung von bbh und auf Basis der von der Bundesregierung zugrunde gelegten Annahmen – auch für Zahlungen zur Erfüllung der Stilllegungs- und Entsorgungspflichten solcher Unternehmen herangezogen werden könnte, die u.U. keine hinreichenden Rückstellungen gebildet haben. Eine solche abstrakte Haftung für das Verhalten Einzelner – ganz unabhängig davon, wie realistisch dies angesichts der tatsächlich festgestellten Rückstellungskonformität ist – widerspricht indes den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an Sonderabgaben, wie sich aus dem Urteil zum „Solidarfonds Abfallrückführung“³⁴³ ergibt. Dort führt das Gericht aus:

³⁴² St. Rspr., s. BVerfG, NJOZ 2010, 1468 (1472 – Rz. 57 m.w.N.).
³⁴³ BVerfGE 113, 128 ff.

„Voraussetzung dafür ist aber unter anderem, dass es sich, zumindest im Wesentlichen, um eine Ausfallverantwortung für das Verhalten von Angehörigen gerade derjenigen Gruppe handelt, die zur Finanzierung herangezogen wird. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Mit der Abfallausfuhrabgabe belastet wird die Gruppe derjenigen Abfallexporteure, die ihre Notifizierungspflicht [...] erfüllen. Finanziert wird mit Hilfe der Abgabe dagegen im typischen Fall die Beseitigung der Folgen eines Fehlverhaltens von Abfallexporteurern, die ihre Notifizierungspflicht und daher auch die damit verbundene Pflicht, Sicherheit zu leisten, gerade nicht erfüllt haben.“³⁴⁴

Die Differenzierung des Bundesverfassungsgericht zwischen den alle Pflichten erfüllenden Abgabepflichtigen und dem Verhalten dessen, für dessen Pflichten mitgehaftet wird, griffe auch bei einem externen Fonds ein: Diejenigen Betreiber, deren Rückstellungsbildung und Anlage der Gegenwerte den ausreichenden gesetzlichen Vorgaben entspricht, werden in der Lage sein, ihre Verpflichtungen jederzeit zu erfüllen und nicht ausfallen; ihre Leistungen an den Fonds wären ausreichend hoch dotiert. Eine weniger sorgfältige Rückstellungsbildung bzw. ein sorgloserer Umgang mit den Rückstellungsgegenwerten und/oder sonstigen Finanzmitteln führte erst zum Risiko eines Ausfalls. Damit stünde aber eine der seinerzeitigen verfassungsgerichtlichen Entscheidung vergleichbare Konstellation im Raum. Auch hiernach wäre eine Haftung der sorgfältig wirtschaftenden Betreiber für fremdes Fehlverhalten anderer Betreiber unangemessen und verfassungswidrig.

bb) Kein hinreichender Sachzweck

Die Zahlungspflicht an den Fonds würde vor allem nicht einem Sachzweck dienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Vielmehr ginge es lediglich darum, die für die Entsorgung erforderlichen finanziellen Mittel einzunehmen und möglichst insolvenzfest anzulegen. Hingegen wäre mit dem Fonds keine – wie auch immer geartete – besondere Verhaltensbeeinflussung oder Verfolgung weitergehender Zwecke verbunden.

Darin besteht ein wesentlicher Unterschied etwa zu dem Klärschlamm-Entschädigungsfonds. Unter Hinweis auf diesen Fonds und die dazu ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird im wissenschaftlichen Schrifttum die Ansicht vertreten, dass auch Zahlungen an einen externen Fonds zulässige Sonderabgaben darstellen würden.³⁴⁵ So wird insbesondere ausgeführt, dass der externe Fonds mit der Sicherstellung der Entsorgungs- und Stilllegungsverpflichtung einen über die bloße Mittelbeschaffung hinausgehenden Zweck verfolge. Das überzeugt jedoch nicht. Denn die Entsorgungs- und Stilllegungsverpflichtung und die entsprechende Pflicht zur Vorhaltung ausreichender (finanzieller) Mittel besteht bereits ohnehin.

³⁴⁴ BVerfGE 113, 128 (152).

³⁴⁵ Schmitz/Grefrath, NVwZ 2015, 169 (172).

Der externe Fonds soll lediglich gewährleisten, dass die Mittel auch weiterhin (insolvenzfest) zur Verfügung stehen. Hingegen diene der Klärschlamm-Entschädigungsfonds weitergehenden Zwecken, namentlich der Erhöhung der Bereitschaft, Klärschlamm als Sekundärrohstoffdünger einzusetzen bzw. in der „Förderung der landbaulichen Klärschlammverwertung durch Unterstützung eines ihr günstigen Haftungsumfelds“.³⁴⁶ Damit sollte die Abgabenerhebung selbst nicht nur finanzielle Risiken der landbaulichen Klärschlammverwertung absichern, sondern gleichzeitig gerade diese vom Gesetzgeber als ökologisch sinnvoll angesehene Rückführung der im Klärschlamm enthaltenen Nährstoffe in den Naturkreislauf fördern. Die Abgabenerhebung sollte damit das **Lenkungsziel** der gesteigerten landbaulichen Klärschlammverwertung bewirken und verfolgte damit neben dem Ziel der Finanzierung etwaiger Gesundheits- und Umweltschäden beim Aufbringen des Klärschlammes auch originäre Lenkungsziele.

Dasselbe dürfte auch für andere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gelten, in denen die Anforderungen an die Rechtfertigung von Sonderabgaben teilweise abgestuft wurden. Beispielsweise soll die im Rahmen der Solidarhaftung teilweise parallel gelagerte Insolvenzversicherungsabgabe die betriebliche Altersversorgung als wertvolle und notwendige Ergänzung der durch die Sozialversicherung gewährten Alterssicherung fördern und verfolgt damit neben dem unmittelbaren Ziel der Insolvenzversicherung auch ein materielles Lenkungsziel. So handele es sich laut Bundesverfassungsgericht um ein wichtiges wirtschaftspolitisches und unternehmensbezogenes Anliegen, dass die Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern eine zuverlässig vor Insolvenz geschützte zusätzliche Altersversorgung anbieten können. Die betriebliche Altersrente sei somit Entgelt auch für das aus vielen Gründen für den Arbeitgeber wertvolle Verbleiben des Arbeitnehmers im Betrieb für längere Zeit.³⁴⁷ In ähnlicher Weise betonte das Bundesverfassungsgericht auch in seiner Entscheidung zur Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen die Bedeutung einer spezifischen Zwecksetzung. Das Gericht lässt es gerade nicht genügen, dass das Vorhandensein von Geldern für den Entschädigungsfall gesichert werden soll. Vielmehr hebt es auch auf den Schutz der Anleger und die Erhaltung des Vertrauens in das Finanzsystem ab.³⁴⁸ Am marktstabilisierenden Vertrauen von Anlegern bestehe auch ein gruppenübergreifendes Interesse.³⁴⁹

Nach alledem handelt es sich bei dem von bbh vorgeschlagenen externen Fondsmodell um eine Sonderabgabe, die den strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen an deren Verfassungskonformität nicht genügt.

³⁴⁶ BVerfG, NVwZ 2004, 1477 (1480).

³⁴⁷ Vgl. dazu BVerfG, NZA 2013, 193 (195 f.).

³⁴⁸ BVerfG, NJOZ 2010, 1468 (1472 – Rz. 60).

³⁴⁹ BVerfG, NJOZ 2010, 1468 (1475 – Rz. 79).

3. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?

a) Eingriff in den Schutzbereich

Die gesetzliche Verpflichtung, die für die Entsorgung zurückgestellten Beträge auf einen externen Fonds zu übertragen, belastet die Betreibergesellschaften im Vergleich zu internen Fondsmodellen noch bedeutend stärker in ihrer Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1, 2 GG. Vermögensgegenstände erheblichen Umfangs müssen übertragen werden (**Übereignungszwang**). Nicht nur wird die das Eigentumsrecht kennzeichnende Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis über einzelne vermögenswerte Rechtspositionen wie beim internen Fonds beschränkt, was schon für sich genommen einen Eingriff darstellt. Vielmehr sind die Vermögensgegenstände nunmehr vollständig auf einen externen Fonds zu übertragen (hierzu ggf. zuvor zu liquidieren, um dann liquide Finanzmittel übertragen zu können)³⁵⁰. Dass die Betreiber die hierfür letztlich verwendeten Vermögensgegenstände ggf. selbst auswählen können, ändert hieran – wie auch beim internen Fonds – nichts.³⁵¹ Erstmals wären die Betreiber gezwungen, einen *Konnex* zwischen den von ihnen gebildeten Rückstellungen und konkreten Vermögensgegenständen ihrer Aktiva herzustellen und durch die Überführung in den Fonds dauerhaft zu manifestieren. Auch die Kanzlei bbh führt zur Eingriffsintensität des externen Fonds aus: „Immerhin würden die Betreiber verpflichtet, erhebliche finanzielle Mittel, welche sie teilweise in Gestalt von Beteiligungen an anderen Unternehmen, teilweise als sonstige Finanzanlagen in ihrem Unternehmen halten und aus denen sie – in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht – auch die Früchte ziehen können, auf den externen Fonds zu übertragen.“³⁵² Da sowohl das Anteilseigentum an anderen Unternehmen als auch Wertpapiere und sonstige Forderungen geschützte Rechtspositionen im Sinne des Art. 14 GG darstellen (dazu s. oben D.I.3.a)), ist diese Übertragungspflicht ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1, 2 GG.

Dem steht – anders als bbh meint³⁵³ – auch nicht die traditionelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum eingeschränkten Umfang des Vermögensschutzes durch Art. 14 GG entgegen; die vermeintlichen oder tatsächlichen Differenzen zwischen Erstem und Zweitem Senat hinsichtlich des Schutzes in Bezug auf Geldleistungspflichten oder Abgaben im Allgemeinen sind vorliegend nicht relevant. Die Betreibergesellschaften werden gezwungen, Vermögensgegenstände im Wert der Rückstellungen auszuwählen, zu liquidieren und die so erhaltenen Mittel sodann in den externen Fonds einzuzahlen, d.h. auf einen Dritten zu übereignen. Jedwede Verfügungsmöglichkeit über die Vermögensgegenstände entfällt. Angesichts der ihrer Höhe nach großen wirtschaftlichen Bedeutung der Rückstellungen liegt hierin ein Veräußerungszwang im Hinblick auf substantielle Teile des Anlagevermögens der Betreiber. Äußere Zwänge (etwa: fehlende kurzfristige Liquidierbarkeit von Assets)

³⁵⁰ Zur auch hier bestehenden Liquidationspflicht bbh, S. 145.

³⁵¹ Hierzu bereits oben D.I.3.a).

³⁵² bbh, S. 126.

³⁵³ Vgl. bbh, S. 127 ff.

werden dazu führen, dass die Auswahl insoweit auch nicht „frei“ ist, sondern den Betreibern letztlich insgesamt nur noch wenig bis kein Spielraum verbleibt, ihren vermögensrechtlichen Bereich noch nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Die Auferlegung reiner Geldleistungspflichten steht damit von vornherein nicht im Raum – denn mindestens mittelbar-faktisch wirkte die Anordnung, die Rückstellungsgegenwerte in einen externen Fonds einzulegen, als Veräußerungsgebot im Hinblick auf konkrete Vermögensgegenstände. Damit liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1, 2 GG vor.

Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1, 2 GG wäre jedoch auch dann eröffnet, hielte man die restriktive ältere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum nur eingeschränkten Vermögensschutz im Zusammenhang mit Geldleistungspflichten für einschlägig. Diese geht davon aus, dass staatlich auferlegte Geldleistungspflichten oder Abgaben erst dann in den Schutzbereich von Art. 14 GG fallen, wenn sie **konfiskatorische** oder **erdrosselnde Wirkungen** aufweisen.³⁵⁴ Angesichts der Höhe der Entsorgungsrückstellungen kann eine solche erdrosselnde Wirkung nicht ausgeschlossen werden. Das bbbh-Gutachten geht davon aus, dass „*die Gefahr einer Existenzvernichtung durch eine abrupte Kapitalübertragung an den Fonds nicht von der Hand zu weisen*“ sei.³⁵⁵ Der lapidare Hinweis von bbbh, insoweit seien jedenfalls verfassungskonforme Gestaltungen – etwa durch eine schrittweise Überführung der Gegenwerte in den Fonds oder eine Erweiterung der einlegbaren Vermögenswerte auf werthaltige Finanzanlagen und Wertpapiere – möglich,³⁵⁶ überzeugt nicht: Für alle Betreibergesellschaften stellen die Rückstellungsgegenwerte erhebliche Teile des Aktivvermögens dar. An der immensen Höhe der Belastung ändert schließlich die durch bbbh vorgeschlagene schrittweise Überführung in einen Fonds oder die Möglichkeit, werthaltige Finanzanlagen und Wertpapiere unmittelbar in einen externen Fonds zu übertragen, wenig. Dass eine Liquidierung der Vermögensgegenstände zeitlich präzise zu einem guten Erlös möglich ist, erscheint unrealistisch, so dass die Pflicht zur Einlage liquider Mittel oder „Finanzanlagen“ abstrakt zu einer erdrosselnden Wirkung führen kann. Ohne Erläuterung, wie diese *konkret* vermieden werden soll, bleibt es – selbst unter Zugrundelegung der hier nicht anzuwendenden restriktiveren Auffassung – zwingend bei der Eröffnung des Schutzbereichs. Erst recht ist der Schutzbereich eröffnet, wenn richtigerweise die weitergehendere Auffassung als maßgeblich erachtet wird.

Die neuere Rechtsprechung des zweiten Senats bestätigt dieses Ergebnis eindrucksvoll:

„Art. 14 GG schützt zwar nicht den Erwerb, wohl aber den Bestand des Hinzuerworbenen. Das ist etwa beim gewerblichen Gewinn der Zuwachs an bilanzierungsfähigen Wirtschaftsgütern, die ge-

³⁵⁴ BVerfGE 14, 221 (241); 23, 288 (314 f.); 95, 267 (300).

³⁵⁵ bbbh, S. 130.

³⁵⁶ bbbh, S. 130.

*geschützte Rechtsgüter oder Rechte im Verfügungsbereich des Gewerbetreibenden sind. [...] Dass die Zahlungspflicht für sich genommen dem Steuerpflichtigen die **Wahl** lässt, **aus welchen Mitteln** er den staatlichen Steueranspruch erfüllt, **ändert nichts** daran dass das Hinzuverworbene tatbestandlicher Anknüpfungsanspruch der belastenden Rechtsfolge ist.*³⁵⁷ (Hervorhebungen nur hier)

Die Rückstellungsgegenwerte sind bilanzierungsfähige Wirtschaftsgüter der Aktiv-Seite der Betreiberbilanzen. An deren Ansammlung durch die Rückstellungsbildung wird angeknüpft. Damit steht der von Art. 14 GG geschützte Bestand des Hinzuverworbenen in Rede. Auch das bbh-Gutachten prüft – wenn auch hilfsweise – die Rechtfertigung externer Fonds am Maßstab des Art. 14 GG.³⁵⁸

b) Rechtfertigung

Auch im Hinblick auf die Pflicht, einen externen Fonds zu dotieren, läge aus dem Blickwinkel des Art. 14 Abs. 1, 2 GG eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor, die einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterläge (s. oben D.I.3.b)). Insoweit kann ganz überwiegend auf die oben zum internen Fonds angestellten Überlegungen verwiesen werden: Aufgrund der **noch höheren Eingriffsintensität** des externen Fonds, gelten diese hier erst recht. Im Folgenden werden deshalb lediglich die Besonderheiten der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei externen Fonds herausgearbeitet.

aa) Legitimer Zweck/Geeignetheit

Da sich der vorgeschlagene externe Fonds ohnehin nur auf den Entsorgungsbereich fokussieren soll, gelten die zuvor erhobenen Bedenken an der Legalität der Zwecksetzung hier umso mehr: Die Endlagerung ist alleinige Aufgabe des Staates (§ 9a Abs. 3 Satz 1 AtG). Dessen bislang gezeigte Neigung, sich dieser Verantwortung zu entziehen und die Aufgabenerfüllung in die Zukunft zu verschieben, verbunden mit dem durch das StandAG eingeführten grundlegenden Konzeptwechsel, der alle bisherigen Bemühungen der EVU (einschließlich ihrer Vorausleistungen) konterkariert und „auf Null stellt“, lässt diesen Bereich als ein für die Abfallablieferungspflichtigen unkalkulierbares finanzielles Risiko erscheinen. Mit der angedachten Fondslösung will sich der Staat Zugriff auf fremdes Eigentum verschaffen, um – gleichsam einem Blankoscheck – ein üppig gefülltes finanzielles Reservoir für seine jeweiligen politischen Vorstellungen zur eigenen Disposition zu haben. Ein solches Staatsversagen als Grundlage einer De-facto-Enteignung anzusetzen, ist schon keine legitime Zwecksetzung.

Mit Blick auf die zuvor beschriebene Substanzminderung durch Zwangsliquidation wird die fehlende Geeignetheit gerade auch bei einer externen Fondslösung besonders deutlich.

³⁵⁷ BVerfGE 115, 97 (112).

³⁵⁸ bbh, S. 130 ff.

bb) Erforderlichkeit

Darüber hinaus fehlt es an der Erforderlichkeit externer Fonds zur Erreichung der behaupteten Sicherheit. Es handelt sich nicht um das mildeste zur Verfügung stehende Mittel, um den in Anspruch genommenen Sicherstellungszweck der Finanzierung und einen Insolvenzschutz zu erreichen.

Die gesamte Argumentation von bbh zur Erforderlichkeit externer Fonds verschleiern, dass originär deren Erforderlichkeit im Hinblick auf die Entsorgungskosten begründet werden müsste. Das Gutachten verwirft zunächst insolvenzrechtliche Maßnahmen als nicht gleich geeignet³⁵⁹ und lehnt sodann die Erforderlichkeit eines externen Fonds im Hinblick auf Stilllegung und (direkten) Rückbau ab.³⁶⁰ Begründet wird Letzteres mit strukturellen Unterschieden zur Entsorgung, nämlich der Erfüllung eigener Handlungspflichten einerseits und der Sicherstellung einer reinen Finanzierungsverantwortung andererseits sowie dem unterschiedlichen Zeithorizont des Kostenanfalls (Entsorgung erst in fernerer Zukunft).³⁶¹ Die Feststellung, dass ein interner Fonds in Bezug auf einen Teil der in Rede stehenden Kosten ausreicht, ersetzt jedoch nicht die Argumentation, warum ein externer Fonds im Hinblick auf die anderen Kosten erforderlich ist – zumal die Erforderlichkeit interner Fonds fälschlicherweise angenommen wird (hierzu oben D.I.3.b)cc)). Eine Begründung lässt bbh vermissen, was einen eklatanten Mangel des Gutachtens an einer zentralen Stelle offenbart.

Im Hinblick auf die Sicherstellung der Finanzierung ist eine Verwaltung der Mittel durch einen externen Dritten (etwa eine öffentlich-rechtliche Stiftung) äußerst eingriffsintensiv. Sie müsste deshalb eindeutig besser geeignet sein, die Finanzierungsaufgabe zu erfüllen, als eine Verwaltung der Mittel durch die Unternehmen selbst. Das ist jedoch nicht der Fall. Die öffentliche Hand generell und eine neu errichtete Stiftung ohne Vorerfahrungen und mit entsprechenden „Reibungsverlusten“ jedenfalls in der Anfangsphase sind nicht per se besser geeignet, eine solide Mittelverwaltung bei angemessenen Renditen zu garantieren.³⁶² Entsprechende Erfahrungen liegen vielmehr bei den EVU, die aufgrund ihrer nunmehr in § 7c Abs. 2 Nr. 2 AtG kodifizierten Pflichten seit vielen Jahren Erfahrungen mit einer entsprechenden Anlagepolitik haben, die sich u.a. in ihren Anlagerichtlinien äußert. Ein externer Fonds ist deshalb nicht erforderlich.

Das bbh-Gutachten meint demgegenüber, ein externer Fonds sei im Hinblick auf die Kosten für Rückbau nach sicherem Einschluss und Entsorgung „die beste, weil einzi-

³⁵⁹ bbh, S. 133.

³⁶⁰ bbh, S. 133 ff.

³⁶¹ bbh, S. 134.

³⁶² Hierzu etwa Renneberg, in: Koch/Roßnagel/Schneider/Wieland, 12. Deutsches Atomrechtssymposium, 89 (95): „Fraglich ist aus meiner Sicht bereits, ob öffentlich verwaltete Stilllegungsfonds das richtige Instrument für die Sicherstellung der erforderlichen Finanzmittel sind. Denn es geht hier nicht um Summen, die man im Rahmen eines Sparvertrages bei der Sparkasse anlegen könnte. Mit Mitteln in Milliardenhöhe muss insgesamt gewirtschaftet werden. [...] Ob die Bewirtschaftung derartiger Mittel bei einem öffentlichen Verwalter in besseren Händen liegt als bei der Wirtschaft, ist fraglich.“

ge Sicherungsmöglichkeit für solche langfristig anfallenden Kosten“.³⁶³ Es sei nämlich nicht auszuschließen, dass Kosten noch anfallen, wenn die KKW-Betreiber bereits liquidiert sind und deshalb nicht mehr existieren. Hieraus ergebe sich die Erforderlichkeit. Diese Annahme ist indes falsch: Es sind jedenfalls interne Fondsmodelle denkbar, die auch nach Liquidation der Betreiber noch (Insolvenz-)Sicherheit der Rückstellungsgegenwerte bieten. Es rächt sich auch an dieser Stelle, dass das bbh-Gutachten **CTA-Treuhand-Modelle** vorschnell verworfen hat. Der Treuhänder „überlebt“ in diesen Modellen den Treugeber. Obligatorische Treuhandmodelle ggf. ergänzt um Vorgaben zur Anlagestrategie stellten deshalb in jedem Fall ein milderes Mittel zu externen Fonds dar. Die bbh-Argumentation erweist sich deshalb auch dann als falsch, wenn man – argumentationshalber – nicht schon die Erforderlichkeit interner Fonds in Frage stellen würde.

cc) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Fehlt es schon an der Erforderlichkeit einer Maßnahme steht auch fest, dass die mit ihr einhergehenden Beeinträchtigungen außer Verhältnis zum mit ihr verfolgten Zweck stehen. Betrachtet man dennoch – hilfsweise – auch die Angemessenheit externer Fonds, erweist sich ihre zwangsweise Errichtung ebenfalls als verfassungswidrig. Zwar sind auch insoweit die für eine exakte Bestimmung der Belastungen und Wirkungen der Dotierung maßgeblichen Parameter im bbh-Gutachten offengeblieben.³⁶⁴ Insbesondere die Kombination aus vollständigem Verlust der Vermögenswerte, unbegrenzter Nachschusspflicht und Verbleib der primären Finanzierungsverantwortung bei den EVU stellt aber eine übermäßige Belastung der Betreibergesellschaften dar. Vor allem fehlt in dem von bbh skizzierten Modell jeder Hinweis darauf, ob die Freistellungsansprüche jedes Betreibers, der Mittel in den Fonds einzahlt, auf die Höhe der selbst eingezahlten Mittel begrenzt sind. Ohne eine solche Regelung kommt es jedoch – das von bbh beschworene Risiko einer Unauskömmlichkeit der Mittel unterstellt – zu einem „Windhundrennen“ der Betreiber: Wer früh viele Mittel abrufen, hat die größte Chance, dass seine Kosten ohne Nachschusspflicht getragen sind. Dies ist sinnwidrig und führt zu einer Unangemessenheit der Regelung insgesamt. Umgekehrt kann es passieren, dass die Unternehmen zwar Mittel einzahlen, von diesen später aber nicht mehr profitieren können, weil sie bereits für die Entsorgungskosten anderer Unternehmen – ihrer Wettbewerber – aufgebraucht wurden. Darin liegt eine wesentliche Steigerung der Eingriffsintensität gegenüber dem unternehmensspezifischen internen Fonds, die zu einer noch größeren Unangemessenheit führt.

Das bbh-Gutachten meint ferner, die in den Fonds einzuzahlenden Mittel seien von vornherein einer höheren Sozialbindung unterworfen gewesen und deshalb „gleichsam vorbelastet“.³⁶⁵ Deshalb erfolge keine Einziehung von Vermögenspositionen, die dem Berechtigten zu seiner unabhängigen Disposition zugestanden hätten. Dies ist

³⁶³ bbh, S. 151.

³⁶⁴ S. schon oben D.II.1.

³⁶⁵ bbh, S. 135.

angesichts des fehlenden Konnexes zwischen Rückstellungen und Gegenwerten der Bilanz-Aktivseite unzutreffend. Ein solcher Zusammenhang wird durch die Fondsbildung erst geschaffen.

Jedenfalls die von bbh vorgeschlagene **Kombination** aus Nachschusspflicht bei Unauskömmlichkeit der Mittel und fehlendem Einfluss der Betreiber auf die Anlage der Fondsmittel ist unverhältnismäßig: Das Risiko eines Investitionsverlustes durch ein Fehlwirtschaften des Verwalters wird einseitig den Betreibergesellschaften auferlegt, die schlimmstenfalls sehenden Auges zusehen müssen, wie der **Fonds Verluste** macht, die angesichts des Verbleibs der primären Finanzierungsverantwortung bei ihnen zu einer **Nachschusspflicht** führen. Auch die Europäische Kommission geht in ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2006 davon aus, dass der Staat den Investitionswert von in Stilllegungsfonds eingezahlten Mitteln gewährleisten muss, weil der Betreiber keinen Einfluss auf die finanzielle Verwaltung der Mittel hat.³⁶⁶

4. Vereinbarkeit mit den weiteren Rechtspositionen der EVU

Der bereits bei der internen Fondslösung konstatierte Eingriff in Art. 2, 3 und 12 GG sowie die Verletzung des Rückwirkungsverbots und der Kapitalverkehrsfreiheit gelten bei externen Fondsmodellen um so mehr:

Im Falle einer Verpflichtung zur Einlage von Mitteln in einen externen Fonds wird der Unternehmer nicht nur (wie im Rahmen einer Verpflichtung zur Bildung eines Sicherungsvermögens in einem internen Fonds) in seiner Entscheidungsfreiheit bezüglich der Art der Verwendung beeinträchtigt. Vielmehr werden den Unternehmen die Vermögenswerte vollständig entzogen. Die Mittel können – obwohl sie überwiegend erst in vielen Jahren für die Finanzierung der Endlagerung gebraucht werden – in der Zwischenzeit nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden und sind der Disposition entzogen. Die Möglichkeit, Gewinne aus vorhandenen Anlagen und Beteiligungen zu ziehen, ist jedoch ebenfalls grundrechtlich geschützt.

Die Betreiber werden durch die Übertragung derart großer Mittelsummen zudem nicht nur wirtschaftlich belastet und in ihrer Dispositionsfreiheit eingeschränkt, sondern mittelbar zu deren vorheriger Liquidierung gezwungen (Vertragsabschlusszwang). Für all das gibt es keinen rechtfertigenden Grund.

5. Fazit

Die einseitig-gesetzgeberische Neugestaltung des Systems der finanziellen Vorsorge für die Endlagerkosten durch obligatorische externe Fonds wäre deshalb ebenfalls verfassungs- und europarechtswidrig. Es wäre ein besonders intensiver Grundrechtseingriff, dessen Verfassungswidrigkeit ihm noch stärker „auf der Stirn geschrieben“ stünde als bei dem von bbh für die Stilllegungs- und Rückbaukosten vorgeschlagenen internen Fonds.

³⁶⁶ Empfehlung der Kommission vom 24. Oktober 2006 für die Verwaltung der Finanzmittel für die Stilllegung kerntechnischer Anlagen und die Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle, ABl. Nr. L 330/31, Abschnitt 7, Ziff. 17.

III. GESETZLICHE VERPFLICHTUNG ZUR FONDSBILDUNG (INTERN ODER EXTERN) KOMBINIERT MIT EINEM SOLIDARISCHEN GARANTIESYSTEM

1. Beschreibung des Modellvorschlages

Das bbh-Gutachten prüft sowohl im Hinblick auf interne als auch im Hinblick auf externe Fondsmodelle an, ob diese mit einem solidarischen Garantiesystem kombiniert werden könnten. Dieses könne einerseits das Risiko absichern, dass bei Insolvenz einer Betreibergesellschaft vor Abschluss der Fondsdotierung die Mittel nicht vollständig aufgebracht werden. Andererseits könne auch eine gesamtschuldnerische Haftung für über die Rückstellungen (d.h. Fondsmittel) hinausgehende ungeplante Kosten vorgesehen werden.³⁶⁷ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Modelle lässt das Gutachten letztlich offen,³⁶⁸ was schon Hinweis auf die besondere Problematik eines solchen Modells ist. Da bbh eine Solidarhaftung jedoch für grundsätzlich denkbar hält, soll auch diesem Modell und seiner verfassungsrechtlichen Bewertung nachgegangen werden.

Was genau sich bbh unter einer Solidarhaftung vorstellt, wird allenfalls kursorisch definiert. Im Zusammenhang mit **internen Fonds** spricht das Gutachten von einem „*solidarische[n] Haftungsverbund der Betreiber auf privatrechtlicher Basis*“.³⁶⁹ Gemeint ist die Verpflichtung zum Beitritt zu einer privatrechtlichen Solidargemeinschaft.³⁷⁰ Beispiele für einen ähnlichen Haftungsverbund seien die Solidarvereinbarung der EVU, Vereine zur gegenseitigen Sicherung von Pensionsansprüchen und die von der BaFin beaufsichtigten Sicherungsfonds für Lebensversicherer und Krankenversicherer.³⁷¹

Diese Beschreibung eines Solidarhaftungsmodells in Kombination mit externen Fonds lässt offen, wer nach dem Ausfall eines Betreibers Gelder von den zur Solidarität verpflichteten anderen Betreibergesellschaften fordern können soll. Interne Fonds sollen nach Vorstellung von bbh als Sicherungsvermögen bei den Betreibergesellschaften gebildet werden. Diese haben jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit. Denkbar wären Modelle, in denen der Insolvenzverwalter des ausfallenden Betreibers Ansprüche geltend machen kann oder die Solidarhaftung durch Gründung einer juristischen Person erfolgt, die nach Ausfall eines Betreibers auf dessen Schulden leistet.

Im Hinblick auf **externe Fonds** erwähnt das bbh-Gutachten eine gesetzliche Regelung, nach der bei Unauskömmlichkeit der Fonds-Mittel die anderen Betreibergesellschaften die fehlenden Mittel nachschießen müssen, wenn der für seinen Anteil primär verantwortliche Betreiber zahlungsunfähig ist.³⁷² Es gehe insofern um eine „*Erhebung weiterer Sonderabgaben*“.³⁷³ Das Risiko eines Ausfalls eines Betreibers noch

³⁶⁷ bbh, S. 87 f.

³⁶⁸ bbh, S. 9, 96, 148.

³⁶⁹ bbh, S. 94.

³⁷⁰ bbh, S. 82.

³⁷¹ bbh, S. 95.

³⁷² bbh, S. 146.

³⁷³ bbh, S. 146.

vor Abschluss der Erstdotierung soll dergestalt abgedeckt werden können, als dass die Mittel des externen Fonds auch dann zum Einsatz kommen können, „wenn einzelne Kraftwerksbetreiber noch keine Einzahlung geleistet haben“.³⁷⁴ De facto werden dann zunächst von anderen eingelegte Fondsmittel für die Zahlungsverpflichtungen eines Dritten aufgebraucht, so dass sich die Nachschusspflicht der verbleibenden solventen Gesellschaften erhöht.

2. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?

a) Eingriff in den Schutzbereich

Schon die Verpflichtung zur Bildung eines internen oder externen Fonds stellt jeweils einen Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit dar. Ein **zusätzliches solidarisches Garantiesystem** in Form einer gesetzlichen Haftung für fremde Schuld **potenziert die Schwere des Eingriffs**.

Aufgrund der unüberschaubaren Haftungsrisiken, die mit Inkrafttreten eines solchen Gesetzes bestehen, liegt insbesondere eine **erdrosselnde Wirkung** sehr nahe,³⁷⁵ so dass ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG auch nach der engsten möglichen Auffassung und bei einer Interpretation der Solidarhaftung als reine Zahlungspflicht (s. oben D.I.3.a)) vorliegt.

b) Rechtfertigung

aa) Legitimer Zweck

Eine solche Solidarhaftung der Betreiber verfolgt bereits keinen legitimen Zweck. Die Haftung für fremde Kostentragungspflichten stellt eine einseitige Abwälzung eines (auch und vor allem) staatlicherseits geschaffenen Risikos dar. Der Bund hat diese Risiken, wie im Einzelnen bereits ausgeführt, insbesondere durch den Konzeptwechsel im Hinblick auf die Endlagerung heraufbeschworen und würde mit der Anordnung einer Solidarhaftung die Folgen seines Versagens bei der Erfüllung seiner Aufgabe (Errichtung und Betrieb der Endlager) in unzulässiger Weise abwälzen und privatisieren.

bb) Geeignetheit

Eine Regelung ist zur Erreichung eines Zwecks geeignet, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte Erfolg eintritt. Fraglich ist, ob die gesetzliche Einführung einer Solidarhaftung geeignet ist, das Risiko von finanziellen Belastungen des Staates zu reduzieren. Angesichts der sofortigen Auswirkungen, die eine solche gesetzlich angeordnete Haftung für die finanziellen Verpflichtungen auch (potentiell) aller anderen Betreiber auf das Rating und die Bewertung der einzelnen Betreibergesellschaften hätte, liegt es nahe, dass diese Solidarhaftung das Risiko einer Insolvenz und damit eines Ausfalls eines der Betreiber erst schafft oder jedenfalls *er-*

³⁷⁴ bbh, S. 147.

³⁷⁵ Vgl. insoweit auch bbh, S. 147.

höht. Sogar eine „Kettenreaktion“ dahingehend, dass nach Eintritt der Insolvenz eines Betreibers auch die anderen Gesellschaften aufgrund der sich dann konkretisierenden Ausfallhaftung für die ggf. noch nicht dotierten Fondsmittel und etwaige Nachschusspflichten in Schieflage geraten, erscheint denkbar. Das Risiko, dass der Staat letztlich auf Kosten im Zusammenhang mit Stilllegung und Entsorgung sitzen bleibt, erhöht sich durch die Maßnahme deshalb eher; sie erweist sich damit von vornherein als ungeeignet.

Der Vergleich mit vermeintlich ähnlichen Beispielen³⁷⁶ für eine Art Haftungsverbund begründet die Geeignetheit einer solchen Maßnahme ebenfalls nicht. Diese regeln keine analogen Fälle und sind auch im Hinblick auf ihren Haftungsumfang nicht vergleichbar. Eine Verallgemeinerung verbietet sich deshalb:

(1) Keine Vergleichbarkeit mit Solidarvereinbarung

Der Hinweis auf die Solidarvereinbarung 2001 geht fehl. Diese begründet gerade keine gemeinsame Haftung der EVU für konkretisierte Finanzierungspflichten, sondern sichert als konsensuale Vereinbarung allein den Fall eines nuklearen Unfalls ab. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 4 AtG hat der Genehmigungsinhaber die erforderliche **Vorsorge für die Erfüllung gesetzlicher Schadensersatzverpflichtungen in Folge eines kerntechnischen Unfalls** zu treffen; es handelt sich um eine Genehmigungsvoraussetzung, die für den individuellen Antragsteller – nicht aber für Konzernobergesellschaften – gilt. Die dementsprechend gemäß § 13 Abs. 3 AtG bis zu einer Höchstgrenze von 2,5 Milliarden Euro pro Kernkraftwerk zu leistende Deckungsvorsorge kann entweder durch eine Haftpflichtversicherung (§ 14 Abs. 1 AtG) oder durch eine „sonstige finanzielle Sicherheit“ erbracht werden (§ 14 Abs. 2 AtG). Letztere kann auch durch einen Dritten gestellt werden. In Umsetzung dieser Regelung haben die vier Muttergesellschaften der kernenergiebetreibenden Unternehmen im Jahre 2001 eine **privatrechtliche** Solidarvereinbarung abgeschlossen, welche die bereits vorhandene Versicherungsdeckung ergänzt. Sie greift **nur für den Fall** eines von einer Kernanlage ausgehenden **nuklearen Ereignisses** i.S.d. § 13 AtG, bezieht sich also von vornherein **nicht** auf die von den Rückstellungen der Betreibergesellschaften erfassten Themenbereiche **Stilllegung und Entsorgung**.

Zur Umsetzung der Vorsorgepflicht gegen Schadensersatzfälle normiert § 1 Abs. 7 der Solidarvereinbarung die Pflicht der Solidarpartner, Ergebnisabführungsverträge, Beherrschungsverträge oder „harte“ Patronatserklärungen der jeweiligen Muttergesellschaften für ihre Kernkraftwerke betreibenden Tochtergesellschaften abzuschließen bzw. abzugeben und während der Laufzeit der Solidarvereinbarung aufrechtzuhalten. Hält das vorgelagerte Unternehmen nach Veräußerung keine Anteile mehr an einer Kraftwerksgesellschaft, **endet** insoweit ihre Stellung als Muttergesellschaft im Sinne dieser Vereinbarung (vgl. § 1 Abs. 7, 2. Unterabsatz Solidarvereinbarung). Die Solidarpflichten treffen nur die den Betreibergesellschaften **unmittelbar vorge-**

³⁷⁶ bbh, S. 95 f.

lagerten Gesellschaften („Partner“ i.S.d. Solidarvereinbarung), nicht jedoch alle weiteren Obergesellschaften innerhalb eines Konzerns.

Die finanzielle Verpflichtung ist für jeden Solidarpartner **summenmäßig begrenzt**. Sie umfasst das Zweifache des die Anteile der einzelnen Gesellschaften an der Kernenergienutzung widerspiegelnden Bruchteils (vgl. § 3 Abs. 1 Solidarvereinbarung).

Gemäß § 5 Abs. 1 ist die Solidarvereinbarung nach zehn Jahren **kündbar**, wobei eine Verlängerung nach dessen Abs. 2 anzustreben ist.³⁷⁷ Es steht somit in der Entscheidungskompetenz der einzelnen Muttergesellschaft, ob die Deckungsvorsorge weiterhin durch die Solidarvereinbarung oder aber auf andere Weise erbracht werden soll. Ausdrücklich anerkannt ist neben einer Versicherungslösung etwa auch die Stellung von Bürgschaften Privater.³⁷⁸

Die **Pflicht zur Deckungsvorsorge** selbst und damit auch die Notwendigkeit, eine sonstige finanzielle Sicherheit für die Solidarabrede zu erbringen, **erlischt, wenn keine Vorsorge gegen ein nukleares Ereignis mehr zu treffen ist**. Wird eine Anlage außer Betrieb gesetzt, insbesondere stillgelegt, reduziert sich die erforderliche Deckungsvorsorge gemäß § 12 der Verordnung über die Deckungsvorsorge (AtDeckV) nach Maßgabe in der Anlage noch vorhandener Aktivität (einschließlich standortnaher Zwischenlager) deutlich. Ist sie kernbrennstofffrei, kann eine Deckungsvorsorge entfallen. Ebenso wäre dann die Erstreckung der Solidarvereinbarung auf solche Anlagen entbehrlich. Das würde auch die Pflicht zur Aufrechterhaltung von BEAV entfallen lassen. Die danach frei werdenden finanziellen Mittel, die zuvor gebunden waren (§ 4 Abs. 4 AtDeckV), dürfen dann für andere Zwecke – insbesondere für Stilllegung und Entsorgung – verwendet werden.

Die in der Solidarvereinbarung 2001 vorgesehene Konzernhaftung ist danach von folgenden Elementen gekennzeichnet:

- Es handelt sich um eine freiwillige, vom Gesetz nicht zwingend vorgegebene – sondern nur anerkannte – privatrechtliche Regelung.
- Sie ist nur eine von mehreren Möglichkeiten, den Anforderungen der atomrechtlichen Deckungsvorsorge nachzukommen.
- Geregelt wird ausschließlich der Bereich der Schadensersatzverpflichtungen nach einem nuklearen Unfall, nicht Stilllegung und Entsorgung.
- Sie betrifft nur das unmittelbare Mutter-Tochter-Verhältnis, erfasst aber nicht den gesamten Konzern.
- Sie ist für jede Muttergesellschaft auf eine bestimmte, betragsmäßig fixierte Einstandspflicht begrenzt.

³⁷⁷ Erstmals wurde sie im Jahre 2011 für 10 Jahre verlängert; derzeitiges Auslaufdatum ist der 27. April 2022, siehe BT-Drs. 17/7777, S. 3.

³⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6890, S. 25; *Schmans*, in: Posser/Schmans/Müller-Dehn, Atomgesetz, 2003, § 14 Rz. 311.



- Die Solidarvereinbarung ist kündbar.
- Die Solidarpartnerstellung und die damit verbundenen Einstandspflichten erlöschen, wenn durch Veräußerung keine Anteile mehr an dem kernkraftwerksbetreibenden Unternehmen gehalten werden.
- Die Deckungsvorsorge wird (weitgehend) obsolet, wenn nukleare Schadensereignisse ausgeschlossen sind oder durch Stilllegung/Außerbetriebsetzung deutlich reduziert werden.
- Die dann frei werdenden Summen i.H.v. rund 4,5 Milliarden Euro können für andere Zwecke, insbesondere Stilllegung und Entsorgung, verwendet werden, erhöhen also insoweit mithin als zusätzlicher Puffer die Vermögensmassen.

Die Solidarvereinbarung ist somit ein Beispiel für eine freiwillige, temporäre und betragsmäßig begrenzte Regelung, kein Vorbild für eine zwangsweise, inhaltlich und zeitlich unbegrenzte Haftung.

(2) Keine Vergleichbarkeit mit Versicherungslösungen

Die von bbh des weiteren genannten Vereine zur gegenseitigen Sicherung von Pensionsansprüchen und die von der BaFin beaufsichtigten Sicherungsfonds für Lebens- und Krankenversicherer beziehen sich ebenfalls auf andere Interessenlagen und Konstellationen (zur fehlenden Vergleichbarkeit mit der Versicherungsbranche vgl. oben D.I.2.). Dass die Sicherung von Pensionsansprüchen im Kontext einer Solidarhaftung ein mit den Pflichten der EVU vergleichbarer Fall sein soll, ist widersprüchlich: Wäre dies richtig, müsste bbh konsequenterweise auch die Übertragung sämtlicher Pensionsrückstellungen aller Unternehmen in Fonds fordern (vgl. oben D.I.6.b)cc)), was zu Recht jedoch von niemandem gefordert wird.

cc) Erforderlichkeit

Die gesetzliche Anordnung einer Solidarhaftung ist zudem nicht erforderlich. Neben sämtlichen gegen interne und externe Fondsmodelle sprechenden Argumenten sind mildere Mittel denkbar, die eine Solidarhaftung aller Betreiber für nicht gedeckte Kosten überflüssig machen. So dürften im Ausgangspunkt sämtliche individuell an die einzelnen Betreiber anknüpfenden und eine Haftung für fremde Schuld vermeidenden Maßnahmen milder sein als eine inhaltlich und zeitlich unbegrenzte Mithaftung für potentiell alle Kernenergieverbindlichkeiten aller Betreiber.

dd) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Die Angemessenheit einer Solidarhaftung für fremde Schuld liegt ebenfalls nicht vor. Mittel und Zweck stehen – insbesondere angesichts der Mitverursachung des zu bekämpfenden Risikos durch den Staat – in keinem angemessenen Verhältnis. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der Rechtsprechung zum „Solidarfonds Abfallrück-

führung“.³⁷⁹ Das bbh-Gutachten zieht dieses Urteil des Bundesverfassungsgerichts als Argument *für* die grundsätzliche Zulässigkeit einer Solidarhaftung heran.³⁸⁰ Zwar hat das Gericht formuliert, dass eine Haftung für die Pflichten in erster Linie Verantwortlicher, die jedoch nicht herangezogen werden können, nach den Grundsätzen über die Zulässigkeit von Sonderabgaben nicht von vornherein ausgeschlossen sei.³⁸¹ Hierin liegt indes keine Generalrechtfertigung für eine Haftung für fremde Schuld und/oder fremdes Fehlverhalten. Das Urteil ist vielmehr äußerst streng. Auch die im konkreten Fall zu überprüfende Regelung hielt das Gericht für **verfassungswidrig**. Die Argumente, die es hierfür herangezogen hat, sind auf die hiesige Konstellation übertragbar und führen deshalb unmittelbar zur Verfassungswidrigkeit.

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im seinerzeitigen Urteil kann wie folgt umrissen werden: Eine Rechtfertigung der streitgegenständlichen Abfallausfuhrabgabe könne nicht als *Gebühr oder Beitrag* gerechtfertigt werden. Insofern fehle es an einer den Abgabepflichtigen individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung.³⁸² Die Abgabe diene allein der Deckung von Kosten, die in Folge normwidrigen Verhaltens anderer Abfallexporteure entstehen. Die Abgabepflichtigen hingegen notifizierten ihre Abfälle und müssten für den Fall ihrer Rückführung Sicherheit leisten.

*„Die Fondszahlungen sind deshalb nicht durch Risiken veranlasst, die von den notifizierenden Abgabepflichtigen geschaffen sind, und bringen diesen angesichts ihrer eigenen Gewährleistung durch Sicherheitsleistung auch **keine potentiellen Vorteile**. Die Zahlungen des Fonds **entlasten vielmehr allein** den für die Rückführung nicht notifizierter, also illegaler Transporte [...] **gewährleistungspflichtigen Staat**.“³⁸³ (Hervorhebungen nur hier)*

Verallgemeinernd lässt sich diesen Ausführungen der Rechtsgedanke entnehmen, dass der **Staat weder ein ihm zugeordnetes Risiko solidarisieren darf, noch eine Haftung für das normwidrige Verhalten Dritter** in Betracht kommt, **ohne** dass dieser ein eigener potentieller **Vorteil** gegenübersteht. Beide Argumente führen zur Unangemessenheit einer Solidarhaftung der Betreibergesellschaften: Das Risiko einer Unauskömmlichkeit der Rückstellungen ist staatlicherseits geschaffen und aufgrund der klaren Aufgabenzuweisung für die Endlagerung in § 9a Abs. 3 S. 1 AtG dem Bund zugeordnet. Ferner bietet eine Solidarhaftung den Betreibern auch keinerlei Vorteile: Sie hafteten für ein nicht den Normen zur finanziellen Vorsorge der Kernenergiebetreiber entsprechendes Verhalten eines Betreibers ohne selbst im Gegenzug von einer ihnen obliegenden Aufgabe oder Pflicht befreit zu werden.

Das Bundesverfassungsgericht führt in dem Urteil zur Zulässigkeit der Solidarhaftung durch Erhebung von *Sonderabgaben* weiter an, sie scheide mangels Grup-

³⁷⁹ BVerfGE 113, 128 ff.

³⁸⁰ bbh, S. 96, 146.

³⁸¹ BVerfGE 113, 128 (152).

³⁸² BVerfGE 113, 128 (148).

³⁸³ BVerfGE 113, 128 (149).

pennützigkeit aus;³⁸⁴ eine solidarische Ausfallhaftung komme in der konkreten Situation nicht für die Folgen fremden Fehlverhaltens in Betracht:

„Voraussetzung dafür ist aber unter anderem, dass es sich, zumindest im Wesentlichen, um eine Ausfallverantwortung für das Verhalten von Angehörigen gerade derjenigen Gruppe handelt, die zur Finanzierung herangezogen wird. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Mit der Abfallausfuhrabgabe belastet wird die Gruppe derjenigen Abfallexporteure, die ihre Notifizierungspflicht [...] erfüllen. Finanziert wird mit Hilfe der Abgabe dagegen im typischen Fall die Beseitigung der Folgen eines Fehlverhaltens von Abfallexporturen, die ihre Notifizierungspflicht und daher auch die damit verbundene Pflicht, Sicherheit zu leisten, gerade nicht erfüllt haben.“³⁸⁵

Die Differenzierung des Bundesverfassungsgerichts zwischen den alle Pflichten erfüllenden Normadressaten und dem Fehlverhalten desjenigen, für dessen Pflichten mitgehaftet wird, griffe auch bei Anordnung einer Solidarhaftung wie der von bbb vorgeschlagenen ein: Diejenigen Betreiber, deren Rückstellungsbildung und Anlage der Gegenwerte den gesetzlichen Vorgaben entsprechen, werden in der Lage sein, ihre Verpflichtungen jederzeit zu erfüllen und nicht ausfallen. Eine weniger sorgfältige Rückstellungsbildung oder ein sorgloserer Umgang mit den Rückstellungsgegenwerten und/oder sonstigen Finanzmitteln führte erst zum Risiko eines Ausfalls. Damit stünde aber eine der seinerzeitigen verfassungsgerichtlichen Entscheidung vergleichbare Konstellation im Raum. Auch hiernach wäre eine Haftung der sorgfältig wirtschaftenden Betreiber für fremdes Fehlverhalten anderer Betreiber unangemessen und verfassungswidrig.

3. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG?

a) Eingriff in den Schutzbereich

Die gesetzliche Anordnung einer Solidarhaftung der Betreibergesellschaften bei einem Ausfall einer Gesellschaft greift auch in den Schutzbereich des Berufsfreiheit in ihrer Ausprägung als Unternehmerfreiheit ein. Die Auferlegung von **Zahlungspflichten** berührt den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG, wenn sie in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufes steht und eine berufsregelnde Tendenz erkennen lässt. So liegt der Fall hier: Die Anordnung einer Haftung für fremde Schuld im Hinblick auf den Rückbau fremder Kernkraftwerke oder die Entsorgung fremden radioaktiven Abfalls beeinflusst unmittelbar die unternehmerische Tätigkeit der Betreibergesellschaften. Die Dispositionsbefugnis des Unternehmers über die ihm und seinem Unternehmen zugeordneten Güter und Rechtspositionen betrifft nicht mehr „nur“ einen gesetzlich festgelegten Anteil der Rechtspositionen der Energieversorgungsunternehmen. Vielmehr steht die Möglichkeit in Rede, den EVU zusätzliche

³⁸⁴ BVerfGE 113, 128 (149).

³⁸⁵ BVerfGE 113, 128 (152).

Vermögenswerte in einem gesetzlich nicht festgelegten, in Art und Höhe unüberschaubaren Umfang zu entziehen. Selbst wenn es zum Sicherungsfall eines Garantieeintritts nicht kommt, werden bereits durch das einzukalkulierende Risiko unternehmerische Entscheidungen über Investitionen als elementarer Bereich der geschützten Tätigkeit massiv beeinträchtigt, was sich auf die gesamte Art und Weise der Führung des Betriebs eines Kernkraftwerks auswirkt. Eine unmittelbare Beeinträchtigung besteht damit von Beginn an. Umso erheblicher wird der Eingriff, wenn der Sicherungsfall eintritt.

b) Rechtfertigung

Auch der mit einer Solidarhaftung einhergehende massive Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG ist nicht gerechtfertigt. Er ist unverhältnismäßig. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

4. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG?

a) Eingriff in den Schutzbereich

Die Pflicht zur Bildung eines Haftungsverbundes auf privatrechtlicher Basis – etwa durch Gründung eines Vereins oder einer Gesellschaft – berührt auch den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG.³⁸⁶ Eine Vereinigung setzt eine Mehrzahl von natürlichen oder juristischen Personen voraus, die sich für längere Zeit zusammenschließen. Darüber hinaus ist eine organisierte Willensbildung und die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks erforderlich, wobei hierfür auch ein voluntatives Element gefordert wird. Dieser Zusammenschluss muss von einer gewissen **Dauerhaftigkeit** und grundsätzlich **freiwillig** sein.³⁸⁷

Die Vereinigungsfreiheit umfasst die Freiheit, privatrechtliche Vereinigungen zu bilden (positive Vereinigungsfreiheit), ihnen beizutreten, wieder auszutreten oder von vornherein fernzubleiben (**negative Vereinigungsfreiheit**). Die Mitgliedschaft in einer solchen darf nicht verpflichtend sein; **Art. 9 Abs. 1 GG schützt gegen privatrechtliche Zwangszusammenschlüsse**.³⁸⁸ Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Schutz der unteilbar positiven und negativen Freiheit, Vereinigungen zu bilden. Seiner Aufgabe, das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung zum Ausdruck zu bringen, kann Art. 9 Abs. 1 GG nur gerecht werden, wenn kein Zwang zum Zusammenschluss oder Beitritt besteht.³⁸⁹

³⁸⁶ Ebenso: bbh, S. 96.

³⁸⁷ *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 30. Aufl., Rz. 782; *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 9 Rz. 13 ff., 25, 27.

³⁸⁸ BVerfG, NJW 2001, 2617 m.w.N.; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 30. Aufl., Rz. 792.

³⁸⁹ BVerfGE 10, 89 (102); 10, 354 (361 f.); 38, 281 (297 f.); 50, 290 (353 ff.); 80, 244 (252); 85, 360 (370); *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 9 Rz. 29, 58; *Cornils*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 9 Rz. 10.

Werden die Betreibergesellschaften durch gesetzliche Anordnung zum Abschluss eines Haftungsverbundes auf privatrechtlicher Basis verpflichtet – so das bbh-Modell für eine Solidarhaftung in Ergänzung interner Fonds – greift dies in ihre negative Vereinigungsfreiheit ein.

b) Rechtfertigung

Ein Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG kann – mangels Einschlägigkeit des Art. 9 Abs. 2 GG – nur aufgrund verfassungsimmanenter Schranken gerechtfertigt werden. Die zwangsweise Solidarhaftung müsste demnach aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts geboten sein. Eine Kollisionslage zwischen einem vorbehaltlosen Grundrecht und weiteren Verfassungsnormen besteht indes nur dann, wenn dem Eingriffsverbot des vorbehaltlosen Grundrechts eine Eingriffspflicht gegenübersteht. Grundsätzlich lässt sich eine solche Pflicht nur aus den Schutzpflichten zugunsten Dritter entnehmen, in seltenen Fällen noch aus Staatszielbestimmungen oder Staatsstrukturprinzipien.³⁹⁰

Zweck des Modells ist die Begrenzung finanzieller Risiken für den öffentlichen Haushalt. Die bloße **Schonung der Staatsfinanzen** ist jedoch **kein** solches **Gut von Verfassungsrang**, das einen Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Konkrete Risiken für den Staatshaushalt sind zudem nicht einmal festgestellt worden und liegen insbesondere im Hinblick auf die Entsorgung – wie ausführlich dargetan – in der alleinigen Risiko- und Verantwortungssphäre des Staates.

5. Vereinbarkeit mit weiteren Rechtspositionen der EVU

Zu Art. 2 und 3 GG, zum Rückwirkungsverbot und der Kapitalverkehrsfreiheit gilt das zuvor Gesagte entsprechend.

6. Fazit

Ein solidarisches Garantiesystem der Betreiber untereinander zur Absicherung des Risikos einer nicht vollständigen Dotierung eines (internen oder externen) Fonds bzw. zur Sicherung etwaiger Nachschusspflichten bei Unauskömmlichkeit der Erstdotierung ist eine **Haftung für fremde Schuld**. Ein solches Modell **verstößt** evident **gegen Verfassungs- und Europarecht** und lässt sich deshalb rechtskonform nicht zwangsweise einführen.

IV. GESETZLICHE ANORDNUNG EINER NEUEN HAFTUNG DER MUTTERGESELLSCHAFTEN FÜR STILLLEGUNGS- UND ENTSORGUNGSKOSTEN

1. Beschreibung des Modellvorschlages

Eine weitere von bbh diskutierte Reformoption ist die **gesetzliche Anordnung einer Haftung der Konzernmütter nach Beendigung eines BEAV**. Insoweit bestünden

³⁹⁰ Lenz/Leydecker, DÖV 2005, 841 (845 f.).

keine wesentlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.³⁹¹ In die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) werde nicht eingegriffen, da nur das Vermögen als solches der jeweiligen Gesellschaft betroffen sei, welches von der Eigentumsfreiheit nicht geschützt werde.³⁹² Das Gutachten nimmt selbst Eingriffe in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) mit ihrem Gehalt der negativen Privatautonomie an, die es jedoch als gerechtfertigt ansieht.³⁹³

Während das bbh-Gutachten das Modell einer Nachhaftung noch abstrakt betrachtet, liegt nunmehr ein entsprechender **Gesetzentwurf** (s. zu Einzelheiten B.IV.) vor, der Grundlage der folgenden verfassungs- und europarechtlichen Beurteilung ist. Darin wird eine Haftung von herrschenden Unternehmen begründet, wenn der Betreiber Zahlungsverpflichtungen, die für die Stilllegung und den Rückbau von Kernenergieanlagen sowie für die geordnete Beseitigung der radioaktiven Abfälle anfallen, bei Fälligkeit nicht erfüllt (§ 1 Abs. 1 REG-E). Dies gilt selbst dann, wenn der Betreiber als Rechtsträger erloschen ist (§ 1 Abs. 3 REG-E) oder die Eigenschaft als herrschendes Unternehmen endet (§ 3 Abs. 1 REG-E). Ein herrschendes Unternehmen haftet wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (§ 1 Abs. 4 REG-E). Herrschende Unternehmen sollen alle Unternehmen sein, denen zumindest die Hälfte der Anteile an einem Betreiber gehört oder denen zumindest die Hälfte der Stimmrechte der Gesellschafter eines Betreibers zusteht oder die unabhängig davon in sonstigen Fällen allein oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf einen Betreiber ausüben können (§ 2 Abs. 1 REG-E).

Wesentlich für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist die Erkenntnis, dass es sich vorliegend **nicht lediglich** um die **Sicherung eines bestehenden Status Quo** hinsichtlich der Haftung der Konzernmütter handelt. Bislang korrespondierte eine Haftung der herrschenden Unternehmen gemäß den BEAV in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht mit ihren tatsächlichen Beherrschungs- und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Betreibergesellschaften. Eine **Nachhaftung**, die **unabhängig von der Eigenschaft als herrschendes Unternehmen** und **unabhängig vom Weiterbestehen der Betreibergesellschaft** existiert, stellt ein **Novum im deutschen Recht** dar. Gleichermassen wird erstmals eine **Außenhaftung** der Konzernmütter für Verpflichtungen der Betreibergesellschaften statuiert. Eine solche gibt es bislang (schon aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips) nicht; es besteht lediglich im Innenverhältnis der Gesellschaften eine Pflicht zur Verlustdeckung. Es geht folglich nicht um Kontinuität, sondern um einen **abrupten Bruch mit dem bisherigen gesellschaftsrechtlichen Haftungssystem**, wonach erstmalig eine ganz neue Haftungsstruktur für Konzernobergesellschaften etabliert wird.

2. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG?

Das Modell einer Nachhaftung der Konzernmütter stellt einen ungerechtfertigten Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar.

³⁹¹ bbh, S. 76.

³⁹² bbh, S. 76.

³⁹³ bbh, S. 77 f.

a) **Eingriff in den Schutzbereich**

Wie bereits dargestellt, umfasst der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1, 2 GG Bestand und Nutzung aller vermögenswerten Rechtspositionen, wozu auch das **Anteilseigentum** und das **Eigentum der Unternehmensträger** zählen (s. dazu D.I.3.a)). In diesen Schutzbereich greift die gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau und Entsorgungskosten ein. Anders als das bbbh-Gutachten annimmt,³⁹⁴ ist vorliegend *nicht lediglich* das *Vermögen* als solches durch die Haftung der herrschenden Unternehmen betroffen. Vielmehr wirkt sich die gesetzliche Anordnung einer Nachhaftung der Konzernmütter mittelbar-faktisch auf das von den herrschenden Unternehmen gehaltene Anteilseigentum an den Betreibergesellschaften aus und geht damit über bloße Zahlungspflichten weit hinaus. Insbesondere wird die gesetzliche Anordnung einer Haftung der Konzernmütter dazu führen, dass die Betreibergesellschaften faktisch unveräußerlich werden, da kein potentieller Erwerber der Anteile bereit sein wird, sich der im Gesetzentwurf vorgesehenen Haftung auszusetzen. Damit kommt die geplante Regelung einem **Veräußerungsverbot** gleich. Dass kein ausdrückliches Veräußerungsverbot statuiert werden soll, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 14 GG irrelevant. Das Gericht hat zu einer restriktiven Kündigungsregelung im Kleingartenrecht ausgeführt:

*„Das Gesetz verbietet zwar nicht ausdrücklich die Veräußerung; diese Möglichkeit ist aber durch die gesetzliche Regelung wirtschaftlich sinnvoll nicht realisierbar. Eine solche Beschränkung berührt die Substanz des grundrechtlich garantierten Eigentums. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung kann nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob durch eine ausdrückliche Norm ein Veräußerungsverbot statuiert wird oder sich dieses im praktischen Ergebnis aus einer anderen Regelung zwangsläufig ergibt.“*³⁹⁵

Nach diesen Maßstäben ist aufgrund der tatsächlichen Folge einer Unveräußerlichkeit durch die gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau- und Entsorgungskosten gleichermaßen die Substanz des grundrechtlich garantierten Eigentums berührt.

In diesem normativen Regelungsansatz liegt zugleich ein faktisches **BEAV-Kündigungsverbot**, da Änderungen der Eigenschaft als „herrschendes Unternehmen“ gem. § 3 Abs. 1 REG-E auf die Haftung keine Auswirkung haben, bei einer Kündigung also eine unbegrenzte Nachhaftung bestünde, der keine Weisungsrechte oder sonstige Einflussnahmemöglichkeiten der Konzernmütter korrespondieren, so dass diese Option nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann.

³⁹⁴ bbbh, S. 76.

³⁹⁵ BVerfGE 52, 1 (31 f.).

Somit ist ein wesentlicher Kern der Eigentumsfreiheit und ihrer privatnützigen Funktion betroffen; denn sie schützt auch die Befugnis, sich nach eigener Entscheidung endgültig von einem Vermögensgegenstand zu trennen.³⁹⁶ Nach bundesverfassungsgerichtlicher Judikatur gehört ein Veräußerungsverbot „zu den schwersten Eingriffen in diesen Freiheitsbereich des Bürgers“³⁹⁷. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen mittelbar-faktischen Eingriff handelt; auch diese sind verfassungsrechtlich relevant.

b) Rechtfertigung

Das Bundesverfassungsgericht legt **strenge Maßstäbe** an die Rechtfertigung eines Veräußerungsverbotes an. Aufgrund der Schwere eines solchen Eingriffs

„kann nicht jedes nur denkbare öffentliche Interesse eine Beschränkung rechtfertigen; es müssen vielmehr solche Gründe des allgemeinen Wohls vorliegen, denen auch bei Beachtung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Vorrang vor dem grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers zukommt.“³⁹⁸

Diesen Anforderungen wird das Modell einer Nachhaftung der Konzernmütter – in seiner Ausgestaltung gemäß den Regelungen des REG-E – bei weitem nicht gerecht.

aa) Zweck des Gesetzes

Ziel der Regelungen des REG-E ist es, „eine langfristige Nachhaftung des gesamten Konzernvermögens für die Kosten der Stilllegung und des Rückbaus der Kernkraftwerke und die Entsorgung der radioaktiven Abfälle zu gewährleisten“, finanzielle Risiken für die öffentlichen Haushalte sollen begrenzt werden (Begründung, A.I.).

Insoweit gilt zunächst auch hier, dass etwaige finanzielle Risiken im **Endlagerbereich** allein **staatlich induziert** sind, da er die Aufgabenerfüllung gem. § 9a Abs. 3 Satz 1 AtG in der Hand hat und den konkret entstehenden Aufwand eigenverantwortlich steuern kann. Zudem sind ein Teil der insoweit anfallenden **Kosten nicht von den EVU zu tragen**, so dass insofern zwar vielleicht eine Belastung der öffentlichen Haushalte droht, die aber nicht von den Abfallablieferungspflichtigen veranlasst wurde und deshalb von vornherein keinen legitimen Sachgrund für eine Unternehmensnachhaftung darstellen kann; hierfür muss der Staat vielmehr selber eintreten. Des Weiteren wird das **Risiko einer Zahlungsunfähigkeit** von Betreibergesellschaften lediglich aufgrund fehlender gesetzlicher Regelungen ohne tatsächliche Auseinandersetzung mit dem wirtschaftlichen Hintergrund, insbesondere **ohne vertiefte Analyse** des geltenden Rückstellungssystems, **unterstellt**. Wie hoch dieses Risiko

³⁹⁶ Zur „Freiheit, den Eigentumsgegenstand zu veräußern“ als Teilgehalt der von Art. 14 GG geschützten freien Verfügungsbefugnis vgl. BVerfGE 79, 292 (304); *Depenheuer*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 111 Rz. 53 f.

³⁹⁷ BVerfGE 26, 215 (222); vgl. auch BVerfGE 50, 290 (340).

³⁹⁸ BVerfGE 26, 215 (222), Hervorhebungen diesseits; daran anknüpfend BVerfGE 50, 290 (340).

konkret ist, wird nicht dargestellt. Bbh geht schlicht davon aus, dass die Finanzierung nicht vollständig sichergestellt sei.³⁹⁹

Das **bisherige Rückstellungssystem** auf der Ebene der kernenergiebetreibenden Unternehmen wird indes **seit 40 Jahren** durchgeführt, **ohne** dass es bis heute jemals einen **Ausfall oder sonstigen Grund zu Beanstandungen** gegeben hätte. Der von der Bundesregierung in Auftrag gegebene „Stresstest“ bestätigt die Adäquanz des Vorgehens (vgl. B.IV.). Aus welchem (sachlichen) Grund hier ein gesetzgeberischer – noch dazu sofortiger – Handlungsbedarf gesehen wird, bleibt offen. Selbst wenn einzelne Risikofelder aufgedeckt würden, könnte mit konkreten Maßnahmen reagiert werden, statt mit der beabsichtigten pauschalen „Haftung für alles und für alle Zeit“. Die **abstrakten Risiken** eines Zahlungsausfalls sind **seit ehedem bekannt** gewesen; wesentliche Änderungen auf Betreiberebene – wo die Rückstellungen nach dem bislang geltenden System abschließend gebildet worden sind –, die einen akuten Handlungsbedarf auslösen könnten, hat es nicht gegeben.

Die gesetzgeberische Zwecksetzung ist danach bereits im Ansatz nicht überzeugend, weil es an einer sachgerechten Ermittlung und Analyse des tatsächlichen wie rechtlichen Befunds und der daraus jedenfalls abzuleitenden Differenzierungsnotwendigkeit fehlt.

Vor diesem Hintergrund vermögen auch die Ausführungen von *Frenz* nicht zu überzeugen, der die Durchgriffshaftung der EVU als beihilferechtlich geboten erachtet.⁴⁰⁰ Denn es ist bereits nicht absehbar, dass der Staat eigene Mittel einsetzen muss, um den Unternehmen einen Vorteil (Entlastung von ihren Stilllegungs- und Entsorgungskosten) zu verschaffen. Sofern die Betreibergesellschaften die Kosten zu tragen haben, verfügen sie über hinreichende Rückstellungen und Vermögenswerte. Sofern hingegen die Kostentragungspflicht staatlich induziert ist, würde eine staatliche Finanzierungsbeteiligung den Betreibergesellschaften und Konzernmüttern keinen Vorteil verschaffen, sondern nur die staatliche Verantwortung zutreffend abbilden. Darüber hinaus geht es – anders als *Frenz* in seinem Fazit insinuiert – nicht darum, die Konzernobergesellschaften von einer bestehenden Kostentragungspflicht zu befreien.⁴⁰¹ Vielmehr gibt es diese Pflicht bislang nicht. Schließlich fehlt es auch an der Kongruenz zwischen einem selektiven wirtschaftlichen Vorteil zu Gunsten der Konzernmütter und einer Belastung des Staatshaushalts. Denn falls der Staat doch Kosten übernehmen müsste, die eigentlich die Betreibergesellschaften betreffen (quod non), würden die Betreibergesellschaften, nicht aber die Konzernmütter entlastet.

bb) Keine Erforderlichkeit einer inhaltlich und zeitlich unbegrenzten Nachhaftung der Konzernmütter

Das Modell greift durch seine Wirkung als faktisches Veräußerungs- und BEAV-Kündigungsverbot besonders tief in die Eigentumsfreiheit ein. Dabei sind die Rege-

³⁹⁹ bbh, S. 77.

⁴⁰⁰ *Frenz*, ZNER 2015, 407 ff.

⁴⁰¹ *Frenz*, ZNER 2015, 407 (412): „Jedenfalls kann das bloße Absehen von der Inanspruchnahme des Verursachers zu einer Beihilfe führen [...]“.

lungen im REG-E denkbar weit ausgestaltet – nahezu in jeder Hinsicht sind **mildere Mittel möglich**. Die Haftung tritt gemäß § 1 REG-E ein, wenn der Betreiber „*diese Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit nicht erfüllt*.“ Vorausgesetzt ist also noch nicht einmal Verzug im schuldrechtlichen Sinne oder gar das Vorliegen von Insolvenzgründen bzw. die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, die tatsächlich zu einem endgültigen Zahlungsausfall führen könnten. Die Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtung hingegen kann auf ganz anderen Gründen beruhen als auf einer (dauerhaften) Zahlungsunfähigkeit im Sinne eines „Ausfalls“ des Betreibers – in Betracht kommt insbesondere ein rechtliches Vorgehen gegen unberechtigte staatliche Forderungen aufgrund der grundgesetzlich (Art. 19 Abs. 4 GG) verbürgten Rechtsschutzgarantie. Milder – und gleichermaßen wirksam hinsichtlich des verfolgten Zwecks, einer Zahlungsunfähigkeit zu begegnen – wäre die **Anknüpfung an Voraussetzungen**, die tatsächlich in unmittelbarem Zusammenhang mit einer **Zahlungsunfähigkeit** stehen. Nach dem derzeitigen Entwurf handelt es sich nicht um eine *Nachhaftung*, sondern letztlich um eine **faktische Gesamtschuld** (unter anderem Deckmantel), die einen noch intensiveren Grundrechtseingriff bewirkt.

Ein milderer Mittel wäre darüber hinaus, zunächst den konkreten **Bedarf von Regelungen zur finanziellen Vorsorge und Sicherung** zu **analysieren** und je nach Ergebnis **konkret zu reagieren**. Eine solche Vorgehensweise kann bestehende Sicherungsbedürfnisse ohne eine unbeschränkte „Haftung für alles“ gleichermaßen befriedigen. Jede in diesem Zusammenhang vorgenommene inhaltliche und zeitliche **Beschränkung der Haftung** – durch zeitliche Haftungsgrenzen, inhaltliche Beschränkungen auf bestimmte Zahlungsverpflichtungen der Betreiber, eine betragsmäßige Deckelung oder eine engere Definition der „herrschenden“ Unternehmen – wäre milder gegenüber den Regelungen des REG-E. Schon deshalb ist die Behauptung in der Begründung des Gesetzentwurfs, „*Alternativen bestehen nicht*“ (Begründung, S. A.III.), offenkundig unzutreffend.

Milder sind zudem alle an die **Betreiber selbst anknüpfenden Regelungen**, um einer drohenden Zahlungsverpflichtung vorzubeugen. Der Gesetzentwurf sieht insoweit seinerseits vor, dass „*vorrangig die Betreibergesellschaft selbst verpflichtet*“ bleiben sollte und die Konzernmütter akzessorisch und subsidiär haften (Begründung, A.II.). Die Regelungen des Entwurfs konterkarieren indes diesen Ansatz, indem bereits an die Nichtzahlung bei Fälligkeit angeknüpft wird und ab diesem Zeitpunkt auf die Konzernmütter zurückgegriffen werden kann. Es soll eine bürgerähnliche Haftung konstruiert werden; entsprechende Schutzmechanismen wie das Institut der Einrede der Vorausklage sollen jedoch nicht zur Anwendung kommen (vgl. § 1 Abs. 4 REG-E). Mildere Mittel können ohne weiteres an diesen Stellschrauben ansetzen. Schließlich sind grundsätzlich auch interne Sicherungsmechanismen der Betreibergesellschaften – wie etwa (freiwillige) Fondslösungen – denkbar; dabei ist allerdings sorgsam zu prüfen, dass diese ihrerseits verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen und nicht mit unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen einhergehen.

Mildere, gleichermaßen geeignete Mittel stellen nicht zuletzt im Dialog mit den EVU erarbeitete **konsensuale Lösungen** dar. Dabei sind die Gestaltungsmöglichkeiten offen – solange finanzielle Sicherungsvorkehrungen in sachlich gebotenem Umfang ge-

regelt werden, lassen solche Lösungen gesetzliche Verpflichtungen unverhältnismäßig werden.

cc) **Unverhältnismäßigkeit i.e.S.**

Ist das Modell einer Nachhaftung in seiner im REG-E gefundenen Gestalt bereits nicht alternativlos, so ist es erst recht unverhältnismäßig i.e.S.

So stehen sich einerseits Haushaltsinteressen des Staates und andererseits die Eigentumsfreiheit als wichtiges Freiheitsrecht und zentrale Säule jedes wirtschaftlichen Handelns gegenüber. Die Haushaltsinteressen des Staates werden in ihrer Gewichtigkeit allerdings dadurch geschwächt, dass konkrete Risiken bzw. ein konkretes Maß an finanziellem Vorsorge- bzw. Sicherungsbedarf noch nicht einmal festgestellt wurden und ein funktionierendes Vorsorgesystem mit internen Rückstellungen bereits existiert. Demgegenüber ergibt sich eine **Belastungskumulation** aus einer zeitlich und inhaltlich unbeschränkten, von einem gültigen BEAV und sogar dem Bestehen der Betreibergesellschaft unabhängigen Nachhaftung für fremde Schuld mit dem gesamten Konzernvermögen. Im Verhältnis der Haushaltsinteressen zu diesen signifikanten Belastungen ergibt sich damit eine gänzlich unausgewogene Zweck-Mittel-Relation.

Eine in jeder Hinsicht unbegrenzte Nachhaftung ist bereits im Ansatz nicht zu rechtfertigen: So wertet das **Bundesverfassungsgericht** in einem Nichtannahmebeschluss die **Nachhaftung eines Verlegers** nach Veräußerung seines Verlages als verfassungsrechtlich unbedenklich, da die „*als ‚lebenslang‘ und damit verfassungswidrig gerügte Nachhaftung des Veräußerers [...] keineswegs unbegrenzt*“ sei. Sie sei *inhaltlich begrenzt* durch die Bestimmungen des in Privatautonomie abgeschlossenen Verlagsvertrages, der den Grund und die Grenzen der Verpflichtungen des Bf. originär festlege und erfahre zudem eine *zeitliche Begrenzung* durch die allgemeinen schuldrechtlichen Verjährungsregeln. Schließlich stünden dem Bf. als Veräußerer die Instrumente des Schuldrechts zu Gebote, um sich seiner *vertraglichen Verpflichtungen zu entledigen*.⁴⁰² All diese vom Bundesverfassungsgericht im damaligen Fall für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit herangezogenen Grenzen sind vorliegend nicht vorgesehen. Die Nachhaftung der Konzernmütter soll im Gegenteil **unausweichlich** und **unbegrenzt** sein. Sie betrifft **nicht eigene Verbindlichkeiten**, sondern diejenigen der Betreibergesellschaften. Zudem entstammt sie nicht eigenen Willenserklärungen im Rahmen einer Vertragsschließung, sondern **gesetzlichen Verpflichtungszuweisungen**, sodass noch strengere Maßstäbe an ihre Rechtfertigung anzulegen sind. Auf der Basis aktueller Erkenntnisse, die konkrete Risiken oder Vorsorgelücken nicht erkennen lassen, steht diese Art der Haftung außerhalb jedes Verhältnisses zum genannten Zweck.

Unabhängig von speziellen Anforderungen an Nachhaftungsregelungen hat die **Haftung von Eigentümern** im deutschen Recht – gerade um verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden – allgemein anerkannte **Grenzen** gefunden, die vor-

⁴⁰² BVerfG, NJW 2006, 1724 (1725).

liegend ebenfalls für eine Verfassungswidrigkeit streiten. So wird die auf der Eigentümerstellung begründete Zustandsstörerverantwortlichkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die **Sachherrschaft des Eigentümers** und die damit verbundene rechtliche und tatsächliche Möglichkeit legitimiert, auf die Sache einzuwirken und den **Nutzen aus der Sache ziehen** zu können.⁴⁰³ Eine Kostenbelastung des Eigentümers darf indes „*nicht auf die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Eigentümers bezogen werden ... Dem Eigentümer ist nicht zumutbar, unbegrenzt für die Sanierung einzustehen, das heißt auch mit Vermögen, das in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück steht.*“⁴⁰⁴ Diese maßgeblichen Weichenstellungen werden im Modell zur Nachhaftung der Konzernmütter ignoriert. Die Haftung wird gerade unabhängig von der Sachherrschaft auch für Haftungsfälle konstruiert, die nach einer Beendigung des BEAV eintreten. Auch der **funktionale Zusammenhang** des Haftungsvermögens und des Haftungsgegenstands **fehlt**. Die EVU haften nach dem Gesetzentwurf mit ihrem gesamten Konzernvermögen – also auch mit Erwirtschaftetem, das nichts mit der Kernenergie zu tun hat. Im bbh-Gutachten wird vorgeschlagen, zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit die Regelung so auszugestalten, dass bei den Konzernmüttern nicht nur Pflichten, sondern auch Weisungsrechte verbleiben.⁴⁰⁵ Abgesehen davon, dass solche Weisungsrechte – außerhalb von BEAV – aktienrechtlich gerade nicht bestehen, könnte angesichts der Kumulation von belastenden Regelungen im beabsichtigten Nachhaftungssystem selbst dies nicht zur Verhältnismäßigkeit führen.

Eine solche unbegrenzte Haftung kann auch nicht mit dem Verursacherprinzip gerechtfertigt werden, wie bbh dies versucht.⁴⁰⁶ Die Verursachung einer Gefahr darf zwar grundsätzlich mit berücksichtigt werden – angesichts der vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegten Kriterien an die Verfassungsmäßigkeit einer Nachhaftung kann sie allerdings lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Ungeachtet dessen sind vorliegend gerade **nicht die Konzernmütter die unmittelbaren Verursacher** der behaupteten Risiken und erst recht nicht potentieller Zahlungsausfälle der Betreibergesellschaften. In erster Linie sind diese selbst in den Fokus zu nehmen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber vor allem, dass gerade der **Staat selbst maßgebliche Verursachungsbeiträge** zur aktuell vorliegenden Situation geleistet hat: Zum einen hat er aktiv die EVU in das Geschäft mit der Kernenergie gedrängt⁴⁰⁷ und damit die Herausforderungen, welche Stilllegung, Rückbau und Entsorgung in technischer wie finanzieller Hinsicht stellen, entscheidend mitbegründet. Sein aktuelles Verhalten stellt damit ein „*venire contra factum proprium*“ dar. Zum zweiten resultiert die bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Endlagerung (einschließlich Finanzierung) maßgeblich auf **staatlichen Interventionen**: Das bestandskräftig festgestellte Endlager Konrad für schwach- und mittelradioaktive Ab-

⁴⁰³ BVerfGE 102, 1 (17).

⁴⁰⁴ BVerfGE 102, 1 (22), Hervorhebung diesseits.

⁴⁰⁵ bbh, S. 78.

⁴⁰⁶ bbh, S. 77.

⁴⁰⁷ *Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 39 ff.; siehe im Einzelnen unter B.I.2.

fälle wurde durch die Vorausleistungen der EVU nach den Vorgaben der Endlager-vorausleistungsverordnung – ohne jegliches Ausfallrisiko – umfassend vorfinanziert. Verzögerungen der Inbetriebnahme sind allein politischen Gründen geschuldet. Für hochradioaktive Abfälle wurden erfolgreiche Erkundungen des Standorts Gorleben durchgeführt, wofür die Betreiber ebenfalls bereits ca. 1,7 Mrd. Euro vorfinanziert haben. Unsicherheiten sind maßgeblich darauf zurückzuführen, dass die Politik mit dem StandAG einen – verfassungswidrigen, s. dazu C.III.2.c) – **vollständigen Konzeptwechsel** hinsichtlich der Entsorgungsarchitektur herbeigeführt hat. Dies führt nicht nur dazu, dass das Verursacherprinzip in Bezug auf die Konzernmütter nicht als Rechtfertigung greift, sondern auch dazu, dass der Ursachen setzende Staat die – auch finanzielle – Verantwortung nicht vollständig abgeben kann.⁴⁰⁸

Das geschaffene Haftungssystem **weicht** darüber hinaus **von geltenden Rechtsmaßstäben signifikant ab**, was nicht nur hinsichtlich der Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung auf Bedenken stößt, sondern auch die Intensität und Unangemessenheit des Grundrechtseingriffs aufzeigt.

- So ist eine **Haftung für Forderungen gegen einen bereits erloschenen Rechtsträger** mit zivilrechtlichen Prinzipien nicht vereinbar – auch im Gesetzentwurf musste ausdrücklich betont werden, dass die Akzessorietät (in Anlehnung an die Bürgschaft) nur so lange gelte, wie die Betreibergesellschaft noch bestehe (insoweit nicht mehr übereinstimmend mit dem Institut der Bürgschaft).
- **Zeitlich unbegrenzte Nachhaftungen** sind dem deutschen Rechtssystem ebenfalls fremd. Die Nachhaftung als solche dient dem Gläubigerschutz – der Ausgleich der widerstreitenden Interessen wird in der zeitlichen Begrenzung von regelmäßig fünf Jahren in verschiedenen handels- und umwandlungsrechtlichen Vorschriften gefunden (z.B. § 133 UmwG bei Spaltungen und § 303 AktG bei der Beendigung eines BEAV sowie § 26 Abs. 1 HGB für die Haftung des früheren Inhabers eines Handelsgeschäfts und § 160 Abs. 1 HGB für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der OHG). Das begründet zugleich Rechtssicherheit, die nunmehr rein fiskalischen Interessen geopfert wird.
- Die Regelungen der Nachhaftung sind zudem auf solche Forderungen beschränkt, die bereits **im Ausscheidenszeitpunkt begründet** waren. Die Abweichung von dem jenen Vorschriften zugrunde liegenden System der beschränkten Nachhaftung wird in zweierlei Hinsicht noch verschärft: Zum einen handelt es sich *nicht* um *eigene Verbindlichkeiten* der Konzernmütter, zum zweiten sollen *nicht Gläubigerschutzinteressen* gewahrt werden, sondern Haushaltsinteressen des Staates. Anders als in rein zivilrechtlichen Gläubigerschutzkonstellationen sind daher nur auf einer Seite Grundrechte betroffen – auf der anderen Seite sichert sich der Staat selbst ab.

⁴⁰⁸

Siehe dazu ausführlich *Di Fabio*, Rechtsgutachten, S. 41 ff. sowie B.I.2. und C.II.3.b).

Diese signifikanten Abweichungen von zivilrechtlichen Prinzipien lassen sich gerade nicht mit einer Sondersituation des Atomrechts rechtfertigen. Denn vorliegend handelt es sich nicht um die Eindämmung von besonderen Gefahren der Kernenergie, die evtl. restriktive Maßnahmen rechtfertigen könnten, sondern um die Begrenzung von finanziellen Risiken für die öffentliche Hand, die noch nicht einmal festgestellt sind. Dies gilt umso mehr, als eine Ausweitung der Haftung auf Konzernmütter dem geltenden Atomrecht fremd ist. Das **AtG** stellt in all seinen Regelungen nur auf den **Betreiber bzw. Genehmigungsinhaber** ab. Eine Konzernstruktur wird weder gefordert noch vorausgesetzt – dies gilt auch unter dem Gesichtspunkt der Kostentragung und der finanziellen Leistungsfähigkeit.

Der zuvor dargestellte Konzeptwechsel im staatlichen Umgang mit der Kernenergie und darauf bezogenen Rechten und Pflichten in Verbindung mit der nunmehr vorgesehenen Abweichung von geltenden zivilrechtlichen Prinzipien ist auch unter dem Gesichtspunkt des **Vertrauensschutzes**, verfassungsrechtlich verankert in **Art. 20 Abs. 3 GG**, relevant. Der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand der vom Gesetzgeber geschaffenen rechtlichen Rahmenbedingungen soll durch Vermeidung widersprüchlichen Staatshandelns oder einer nachträglichen Entwertung von Rechtspositionen dem Einzelnen „individuelle Erwartungssicherheit“ verschaffen.⁴⁰⁹ Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen von Vertrauensschutz ist derjenige der Vertrauensbetätigung,⁴¹⁰ im vorliegenden Fall also die Entscheidung zur Kernenergienutzung und der Aufstellung von Konzernstrukturen – nicht hingegen ein Zeitpunkt innerhalb der letzten Monate oder Jahre, in denen eine Neuregelung möglicherweise absehbar geworden sein könnte. Der REG-E mit seiner unbeschränkten Haftung enttäuscht die Erwartung der Unternehmen, ihre Konzerne nach Maßgabe der geltenden Gesellschafts-, Konzern- und Insolvenzrechtsordnung leiten, gestalten und umstrukturieren zu können – einschließlich der Kündigung eines BEAV und der Veräußerung von Anteilseigentum. Dadurch wird die Eingriffsintensität nochmals verstärkt, was erst recht zur Unangemessenheit führt.

Dem Gesetzentwurf fehlt jede Auseinandersetzung mit der dargestellten Eigentumsproblematik, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass der intensive Grundrechtseingriff gesehen und bestehende Regelungsalternativen hinreichend erwogen wurden. Im Gegenteil geht der Entwurf standardisiert und lapidar davon aus, dass es keine Alternativen gäbe. Das alles ist verfassungsrechtlich unzulänglich.

3. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG?

Das Modell ist auch nicht vereinbar mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zum Schutz der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.

⁴⁰⁹ Vgl. *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl., Art. 20 Rz. 292 ff.; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 652.

⁴¹⁰ Vgl. BVerfGE 122, 374 (395), BVerfG, NVwZ 2007, 1168 (1171): Das Gericht stellt auf das Vertrauen im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung ab.

a) **Schutzbereich**

Die gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau und Entsorgungskosten greift in den Schutzbereich der Berufsfreiheit in verschiedenen Dimensionen ein:

Eine gesetzliche Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau- und Entsorgungskosten betrifft zunächst die **Investitionsfreiheit** als Facette der Unternehmerfreiheit (s. D.I.4.a)), indem schon das Risiko einer Haftung – und bei Eintritt des Sicherungsfalles sogar die Haftung selbst – unternehmerische Entscheidungen hinsichtlich der Kapitalmittelverwendung beeinflusst.

Unabhängig davon ist die Berufsfreiheit in Gestalt der **unternehmerischen Organisationsfreiheit** als Recht des Unternehmers, über die rechtliche und betriebliche Organisation des Unternehmens zu entscheiden,⁴¹¹ betroffen. Diese wird durch das im Rahmen der Eigentumsbeeinträchtigung dargestellte faktische BEAV-Kündigungsverbot nachhaltig beeinträchtigt, da zentrale unternehmerische Entscheidungen über die Spaltung von Konzernen oder deren Rechtsformen beeinflusst oder sogar maßgeblich bestimmt werden. Dies betrifft insbesondere den Fall von unternehmerischen Entscheidungen über die Spaltung eines Konzerns nach Maßgabe verschiedener Energiesparten.

Eine besondere Dimension des Schutzbereichs ist mit der Einflussnahme auf einen möglichen **Berufswechsel** betroffen.⁴¹² Geschützt ist nicht lediglich die **Tätigkeit als Kernkraftwerksbetreiber**,⁴¹³ sondern auch die **unternehmerische Betätigung als Energieversorgungsunternehmen der Energiewende ohne die Nutzung von Kernkraft** bzw. der Wechsel von dem einen in den anderen Beruf. Die genannten Tätigkeiten stellen unterschiedliche Berufe dar: Beruf ist nach der allgemein anerkannten Definition jede *Tätigkeit*, die dem Lebensunterhalt zu dienen bestimmt ist. Der Betrieb eines Kernkraftwerks stellt inhaltlich ein anderes Aufgabenfeld dar als der Betrieb eines vornehmlich auf regenerative Energieversorgung fokussierten Unternehmens. Insbesondere basiert die Kernenergienutzung auf anderen Rohstoffen mit unterschiedlich zu bewältigenden technisch-fachlichen Anforderungen, Ausbildungen und Kompetenzen; dementsprechend divergent sind auch die Anlagen. Daneben unterscheiden sich die Außendarstellung des Unternehmens sowie der potentielle Kundenkreis für „Ökostrom“ einerseits und durch fossile Energien oder Kernenergie gewonnenen Strom andererseits. Die entsprechende Spezialisierung auf die Tätigkeit eines Energieversorgungsunternehmen im Zeichen der Energiewende ist von der durch Art. 12 GG geschützten Freiheit der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit umfasst; diese darf nicht auf bislang geprägte Berufsbilder begrenzt werden, sondern umfasst auch die **Entwicklung neuer Facetten eines Berufsbildes bis hin zu einem**

⁴¹¹ Vgl. BVerfGE 50, 290 (363).

⁴¹² Zum Schutz eines Berufswechsels BVerfGE 55, 185 (196); 62, 117 (146); BVerwGE 4, 167 (170); 35, 146 (148).

⁴¹³ Stürer/Loges, NVwZ 2000, 9 (11).

vollständig neuen Berufsbild.⁴¹⁴ Beabsichtigt nun ein Unternehmen vor dem Hintergrund des energiewirtschaftlichen Wandels, das Geschäft der Energieerzeugung mittels Kernenergie vollständig auszugliedern und den Fokus auf das Geschäft mit erneuerbaren Energien oder nur noch anderen konventionellen Energieträgern zu richten, so kann dies bei einer gesetzlichen Nachhaftungsanordnung der Muttergesellschaften nicht gelingen. Der vollständige Wechsel in den Beruf eines Energieversorgungsunternehmens der Energiewende ohne die Nutzung von Kernenergie bleibt somit versagt. Da es sich bei einem solchen Wechsel nicht lediglich um quantitative Erweiterungen oder Beschränkungen einer einheitlichen beruflichen Tätigkeit handelt, sondern um inhaltlich unterschiedliche Aufgabenfelder, wird durch die gesetzliche Anordnung ein **Berufswechsel ausgeschlossen**. Dies verkennt bbbh, wenn im Gutachten lediglich von einem Eingriff in die *Berufsausübungsfreiheit* mit Blick auf die mögliche Kündigung eines BEAV ausgegangen wird.⁴¹⁵

Auch ohne einen vollständigen Berufswechsel ist als **negative Komponente der Berufswahlfreiheit** die Entscheidung geschützt, eine **bestimmte Tätigkeit nicht mehr auszuüben**. Staatliche Vorgaben können ein Unternehmen in einen nicht gewünschten Beruf drängen und damit in dessen negative Berufswahlfreiheit eingreifen.⁴¹⁶ Die Aufgabe eines inhaltlichen Tätigkeitsfeldes, wie das Geschäft mit der Kernenergie, stellt einen solchen Fall dar. Die Muttergesellschaften bleiben aufgrund des faktischen Kündigungsverbotes stets an der Kernenergie „hängen“.

b) Eingriff

Während die Beschränkung unternehmerischer Dispositionsbefugnis in Form der Investitions- oder Organisationsfreiheit in der Regel einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstellt, ist bei Versagung des Wechsels in einen anderen Berufszweig oder der Aufgabe einer Tätigkeit eine **Berufswahlentscheidung** betroffen, es steht mithin eine **subjektive Berufszulassungsregelung** im Raum. Dies wirkt sich nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts entscheidend auf die Strenge der Verhältnismäßigkeitsprüfung aus.

Unabhängig davon kann auch ein **Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit erhöht rechtfertigungsbedürftig** sein. Dies ist der Fall, wenn die Berufsausübungsfreiheit **so stark betroffen** ist, dass es einer **subjektiven Berufszulassung gleichkommt**.⁴¹⁷ Selbst wenn die Aufgabe des Tätigkeitsfeldes nicht als Beschränkung des Berufswechsels oder negative Berufswahlbeschränkung – mithin als subjektive Zulassungsschranke – verstanden wird, so ist der Umstand, dass ein Tätigkeitsfeld von den Energieversorgungsunternehmen faktisch niemals aufgegeben werden darf, jedenfalls so gravierend, dass er einer solchen Beeinträchtigung *gleichkommt*.

⁴¹⁴ *Schneider*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 113 Rz. 57.

⁴¹⁵ bbbh, S. 76 f.

⁴¹⁶ Hierzu *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, § 111, II.1.c)β), S. 1801; zur negativen Komponente der Berufsfreiheit allgemein BVerfGE 58, 358 (364 f.); 68, 256 (267).

⁴¹⁷ Vgl. BVerfGE 31, 8 (29); 68, 155 (170 f.); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 12 Rz. 37.

c) **Rechtfertigung**

Subjektive Berufszulassungsschranken sind nur zum **Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgutes, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht**, gerechtfertigt. Sie dürfen zu dem angestrebten Zweck **nicht außer Verhältnis** stehen und **keine übermäßige, unzumutbare Belastung** enthalten.⁴¹⁸ Nach diesen Maßstäben ist der mit einer inhaltlich und zeitlich unbegrenzten Nachhaftung verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit der Konzernmütter nicht zu rechtfertigen.

So kann bereits die Begrenzung finanzieller Risiken für die öffentlichen Haushalte jedenfalls dann **kein überragendes Gemeinschaftsgut** in diesem Sinne sein, wenn solche Risiken nicht einmal festgestellt wurden und ein funktionierendes Versorgungssystem über interne Rückstellung bereits seit Jahrzehnten beanstandungsfrei existiert.

Dessen ungeachtet sind die **eklatanten Belastungen** aufgrund der unausweichlichen und unbegrenzten Nachhaftung der Konzernmütter, die nicht eigene Verbindlichkeiten, sondern diejenigen der Betreibergesellschaften betrifft und das gesamte Konzernvermögen einbezieht, schon für sich genommen unzumutbar. Erst recht stehen sie außer Verhältnis zu den verfolgten Zwecken der eigenen finanziellen Absicherung des Staates. Hinzu kommt, dass der **Staat selbst Verursachungsbeiträge** gesetzt hat und nun versucht, die finanzielle Verantwortung hierfür den Konzernmüttern aufzuerlegen. Nochmals verstärkt wird der Eingriff durch die **Abweichung von allgemein geltenden Rechtsmaßstäben**, für die kein sachlicher Grund streitet und die im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung, das Prinzip des Vertrauensschutzes und die damit verbundene Rückwirkungsproblematik nicht legitimiert werden kann. Nach alledem ist der Eingriff nicht gerechtfertigt.

4. **Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG?**

Selbst wenn man die speziellen Freiheitsrechte als nicht einschlägig ansähe und stattdessen auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG abstellte, wäre der Eingriff nicht gerechtfertigt. Die allgemeine Handlungsfreiheit umfasst sowohl die Betätigung auf wirtschaftlichem Gebiet,⁴¹⁹ als auch die Vertragsfreiheit und Privatautonomie.⁴²⁰ Aufgrund des faktischen BEAV-Kündigungsverbotes liegt hier ein ungerechtfertigter Eingriff vor, da die geplante Nachhaftung aus den bereits dargestellten Erwägungen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt. Insbesondere kommen entgegen der Ansicht von bbbh⁴²¹ (S. 77) diverse mildere Mittel in Betracht. Darüber hinaus sind diese im Verhältnis zu den Haushaltsinteressen des Staates aufgrund der unbegrenzten Nachhaftung für fremde Verbindlichkeiten in Abweichung von allgemein gültigen Rechtsprinzipien jedenfalls unangemessen (im Einzelnen oben D.IV.2.b)).

⁴¹⁸ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 13, 97 (107); 19, 330 (337); 59, 302 (316); 69, 209 (218); 119, 59 (83).

⁴¹⁹ BVerfGE 50, 290 (366).

⁴²⁰ Murswiek, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 2 Rz. 55a, Kahl, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 124 Rz. 66.

⁴²¹ bbbh, S. 77.

Soweit bbh versucht, die Belastungen mit dem Verursacherprinzip zu rechtfertigen,⁴²² kann dies nicht gelingen: denn zum einen sind die Konzernmütter keine Verursacher, zum anderen sind dem Staat selbst erhebliche Verursachungsbeiträge zuzurechnen; die Verantwortung dafür muss er selbst tragen (s. ausführlich C.II.3.b)).

5. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG?

Die gesetzliche Anordnung einer Haftung der Konzernmütter für Stilllegungs- und Entsorgungskosten stellt schließlich – was von bbh nicht erkannt wird – einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG dar. Als negative Vereinigungsfreiheit gewährleistet Art. 9 GG auch das Recht zum Austritt aus einer Vereinigung.⁴²³

Der Zusammenschluss von (mindestens) Konzernmutter und Betreibergesellschaft stellt eine Vereinigung im Sinne des Art. 9 GG dar. Weder der Umstand, dass es sich vorliegend um juristische Personen handelt,⁴²⁴ noch etwaige Weisungsrechte der Muttergesellschaft gegenüber der Betreibergesellschaft hindern die Eröffnung des Schutzbereiches.⁴²⁵ Aufgrund der mittelbar-faktisch ausgelösten Unveräußerlichkeit der Betreibergesellschaften bzw. des faktischen BEAV-Kündigungsverbots wird die Muttergesellschaft gehindert, die Betreibergesellschaft auszugliedern, und rechtstat-sächlich gezwungen, weiterhin Gesellschafterin zu bleiben, um so zumindest die Kontrolle über operative Entscheidungen zu behalten. Darin liegt zugleich eine Beschränkung des Austritts aus dem gemeinsamen Zusammenschluss.

Der Eingriff in Art. 9 GG ist auch nicht gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung ist nur aufgrund **verfassungsimmanenter Schranken**, also aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts, möglich.⁴²⁶ Zweck der geplanten Nachhaftung der Konzernmütter ist die Begrenzung finanzieller Risiken für den öffentlichen Haushalt. Die bloße Schonung der Staatsfinanzen ist indes bereits kein solches Gut von Verfassungsrang, das einen Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Anders als beispielsweise Staatsstrukturprinzipien (so z.B. das Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG) oder Staatszielbestimmungen (so z.B. der Umweltschutz, Art. 20a GG) existiert keine materielle Wertentscheidung der Verfassung explizit zugunsten der Schonung der Staatsfinanzen. Umso mehr kann es nicht als verfassungsimmanente Schranke herangezogen werden, zumal *konkrete* Risiken für den Staatshaushalt nicht einmal festgestellt wurden und im Übrigen maßgeblich vom Verhalten des Staates selbst – insbesondere in Wahrnehmung seiner Aufgabe zur Endlagerbereitstellung gem. § 9a Abs. 3 S. 1 AtG – abhängen. Überdies ist die Ausgestaltung der Regelungen im REG-E aufgrund der

⁴²² bbh, S. 77.

⁴²³ BVerfGE 10, 89 (102); 50, 290 (354); *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 9 Rz. 58.

⁴²⁴ *Höfling*, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 9 Rz. 13.

⁴²⁵ Vgl. zum Kriterium der Fremdbestimmung *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 9 Rz. 19 f. Vorliegend handelt es sich indes nicht um eine Fremdbestimmung von außen, sondern lediglich die Überlegenheit eines Mitglieds.

⁴²⁶ Vgl. BVerfGE 30, 227 (243); 124, 25 (36); *Ziekow*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 107 Rz. 63; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 9 Rz. 22.

Kumulierung eklatanter Belastungen, der Mitverursachung des Staates, der Durchbrechung geltender Rechtsprinzipien und der Enttäuschung von geschütztem Vertrauen nicht verhältnismäßig und auch aus diesem Grund nicht gerechtfertigt.

6. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG?

Die Anordnung einer Haftung der Konzernmütter in ihrer Ausgestaltung im REG-E verstößt zudem gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG – auch diese verfassungsrechtliche Problematik wird im bbh-Gutachten nicht erkannt.

a) Ungleichbehandlung

Die gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften stellt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG in mehrfacher Hinsicht dar:

Zum einen werden die hier betroffenen Konzernmütter gegenüber den Muttergesellschaften von Konzernen **anderer Branchen** ungleich behandelt, da derartige unbegrenzte Nachhaftungspflichten (und damit einhergehende faktische Veräußerungs- und BEAV-Kündigungsverbote) in keinem anderen Bereich zu finden sind – dies gilt insbesondere auch für andere umweltrelevante Branchen mit hohem Schadenspotential wie beispielsweise der Großchemie. Dort besteht bereits keine Außenhaftung der Muttergesellschaften für Stilllegungs-, Entsorgungs- oder sonstige Kosten ihrer Tochterunternehmen.

Zum anderen werden unterschiedliche Haftungsmaßstäbe geschaffen, die allein von der **Konzernstruktur** abhängen: Während in einem mehrstufigen Konzern mehrere Gesellschaften der geplanten Haftung unterliegen und eine faktische Gesamtschuldnerschaft bilden, ist in zweistufigen Konzernen „nur“ die Muttergesellschaft betroffen.

b) Rechtfertigung

Diese (Un-)Gleichbehandlungen sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Da zugleich mehrere Freiheitsrechte betroffen sind, müssen über die allgemeine Willkürprüfung hinaus **strenge Maßstäbe** an die Prüfung eines rechtfertigenden Sachgrunds gestellt werden.⁴²⁷ Die Differenzierungsgründe müssen von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass sie die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen. Sachlich vertretbare Unterscheidungsgründe in diesem Sinne sind hinsichtlich keiner der genannten Fallkonstellationen erkennbar. Weder der REG-E noch das bbh-Gutachten setzen sich mit möglichen **Differenzierungsgründen** auseinander. Auch der im REG-E genannte Gesetzeszweck kann die Differenzierung nicht rechtfertigen;

⁴²⁷ Sog. „neue Formel“ des BVerfG; vgl. BVerfGE 55, 72 (88 f.); 71, 39 (58 f.); 120, 125 (144); 124, 199 (219 f.).

ebenso verhält es sich bei den im Zusammenhang mit den Freiheitsrechten durch bbb genannten Rechtfertigungsgründen.

Der Gesetzeszweck, die finanzielle Risikobegrenzung für den Staatshaushalt, könnte ebenso für die Nachhaftung von Konzernmüttern anderer Branchen geltend gemacht werden, bietet also keinen ausreichenden Differenzierungsgrund. In umgekehrter Hinsicht ist hinsichtlich der Gleichbehandlung bei unterschiedlichen Konzernstrukturen gerade nicht ersichtlich, dass ein finanzieller Vorsorgebedarf gleichermaßen für alle EVU bestehen soll.

Der Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG soll nach Ansicht von bbb damit gerechtfertigt werden, dass die Konzernmütter derzeit aufgrund der BEAV über umfassende Weisungsrechte verfügen und von Erlösen aus dem operativen Geschäft profitieren; nach dem Verursacherprinzip könnten sie deshalb neben den Betreibergesellschaften finanziell zur Verantwortung gezogen werden.⁴²⁸ Auch dieser Ansatz – unabhängig davon, dass er inhaltlich zu kurz greift und bereits den Eingriff in Freiheitsrechte nicht zu rechtfertigen vermag – bietet keine hinreichenden Differenzierungsgründe. Insbesondere ist die Argumentation vollständig auf solche Konzernmütter anderer Branchen übertragbar, welche Weisungsrechte und Gewinnbeteiligungen an Tochterunternehmen haben, die umweltrelevante Tätigkeiten mit möglichen Folgepflichten nach den einschlägigen Vorschriften ausführen. Deren Haftung unterliegt indessen lediglich den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, denen sie sich in Ausübung ihrer Privatautonomie unterworfen haben. Aus welchem Grund in jenen Bereichen keine umfassende und eigene Haftung der Konzernmütter für die Gefahr eines Zahlungsausfalls ihrer Tochterunternehmen statuiert wird, ist nicht ersichtlich. Weitere Differenzierungsgründe sind nicht erkennbar – insbesondere handelt es sich nicht um eine Sondersituation aufgrund der besonderen Gefahren der Kernenergie, da es vorliegend nicht um deren Begrenzung, sondern allein den Umgang mit behaupteten finanziellen Risiken geht.

7. Vereinbarkeit mit Rückwirkungsverbot?

Der (neu einzuführenden) Haftung der Muttergesellschaften für die Stilllegungs- und Entsorgungskosten käme in mehrfacher Hinsicht Rückwirkung⁴²⁹ zu. Insofern ist schon die Annahme verfehlt, ein Gesetz, das ex-nunc in Kraft tritt, könne keine Rückwirkung entfalten.⁴³⁰

a) Tatbestandliche Rückanknüpfung/unechte Rückwirkung

Eine tatbestandliche Rückanknüpfung ist schon dann anzunehmen, wenn das Gesetz für noch andauernde Sachverhalte mit Wirkung für die Zukunft veränderte Rechtsfolgen vorsieht oder erstmals Belastungen auferlegt. Dies wäre hier der Fall. So hat z.B. die E.ON SE mit der Aufteilung ihres Konzerns in zwei voneinander getrennte

⁴²⁸ bbb, S. 77.

⁴²⁹ Näher zum Problem der Rückwirkung oben D. I. 7.

⁴³⁰ So aber bbb, S. 78, 92

Teile begonnen; dieser Umstrukturierungsprozess ist noch nicht abgeschlossen. Auch der Vattenfall-Konzern wurde im Jahr 2013 grundlegend umstrukturiert.⁴³¹

Das Gleiche gilt bei allen EVU und Betreibergesellschaften für einzelne Kostentatbestände (Stilllegung, Rückbau und Entsorgung); auch hier sind bereits spezifische Lebenssachverhalte angelegt. Deren Erfassung ist nur unter strenger Wahrung des Übermaßverbots zulässig. Insoweit ist zuvörderst auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach die Angemessenheit der vorgesehenen Regelungen zu verneinen ist. Das Vorliegen einer Rückwirkung verschiebt die Gewichte indessen nochmals weiter in Richtung Unangemessenheit.⁴³²

b) **Rückbewirkung von Rechtsfolgen/echte Rückwirkung**

Mit Blick auf die bereits erfolgte **Rückstellungsbildung** steht sogar eine echte Rückwirkung in Rede. Der Rückstellungsaufbau mit seiner 25-jährigen Laufzeit ist abgeschlossen – und als ausreichend testiert worden. Darauf gleichwohl eine Nachhaftung aufzusatteln, entwertet nachträglich jene Ansammlung und ihre Funktion. Denn der maßgebliche Lebenssachverhalt – die Etablierung hinreichender finanzieller Leistungsfähigkeit für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung – ist durch den Abschluss des Aufbaus beendet. Da die Ausfallhaftung tatbestandlich an eine unzureichende finanzielle Leistungsfähigkeit bei den Betreibern ansetzt, hätten diese von Beginn an über die Laufzeit von 25 Jahren (oder mehr) größere Vorsorge treffen können und müssen, wenn sie schon seinerzeit von der jetzigen Haltung der Politik Kenntnis gehabt hätten. Diese Möglichkeit wird ihnen und den Konzernmüttern durch den Abschluss der Rückstellungsbildung mit der nunmehr beabsichtigten Haftungserweiterung genommen. Ebenso wenig wie nachträglich eine Neubewertung der Rückstellungen selbst vorgenommen werden dürfte, darf für jenen Lebenssachverhalt deshalb ein zweites Sicherungssystem etabliert werden, ohne dass dies an den strengen Regelungen für eine echte Rückwirkung zu messen wäre. Legt man jene Kriterien an, wird evident, dass die Neuregelung verfassungswidrig ist. Denn im Gegensatz zur unechten ist eine echte Rückwirkung von Rechtsfolgen auf einen schon abgeschlossenen Sachverhalt grundsätzlich unzulässig. Die vom Bundesverfassungsgericht insoweit akzeptierten, strengen Voraussetzungen für eine Ausnahme⁴³³ liegen nach dem Vorstehenden erkennbar nicht vor. Die beabsichtigte Neuregelung ist somit auch aus diesem Grund verfassungswidrig.

Eine weitere echte Rückwirkung liegt zudem darin begründet, dass die Etablierung der Konzernstruktur, an die nunmehr die unbegrenzte Nachhaftung anknüpfen soll, **vor Jahrzehnten unter gänzlich anderen Voraussetzungen** erfolgte und im Laufe der Jahre aufrechterhalten blieb. Die jetzige Regelung knüpft nicht nur an diesen Le-

⁴³¹ Damit ist auch im Hinblick auf die Vattenfall-Umstrukturierung noch nicht der Zeitraum der umwandlungsrechtlichen Nachhaftung von grundsätzlich fünf Jahren (bei Pensionsverbindlichkeiten: zehn Jahren) abgelaufen; vgl. § 133 UmwG.

⁴³² Vgl. zu diesem Effekt einer Rückwirkung *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz. 137.

⁴³³ BVerfGE 88, 384 (403 f.); 114, 258 (300); 122, 374 (394).

benssachverhalt an und gibt ihm für die Zukunft einen neuen Inhalt, sondern sie verändert rückwirkend die – rechtliche wie wirtschaftliche – Bedeutung der vor rund einem halben Jahrhundert getroffenen Entscheidungen. Auch unter diesem Gesichtspunkt liegt deshalb eine echte, unzulässige Rückwirkung vor.

Zwar meint bbh, eine Rückwirkung sei jedenfalls zulässig, weil wegen des Verursacherprinzips jederzeit mit einer Änderung der Rechtslage zu rechnen gewesen sei. Diese Argumentation vermag aber in keiner Weise zu überzeugen. Denn das **Verursacherprinzip als solches begründet noch keinerlei Rechtsfolgen**. Vielmehr bedarf es der konkreten Ausgestaltung. Sofern eine solche konkrete Ausgestaltung vorliegt, begründet diese *gerade umgekehrt* Vertrauen – nämlich dahingehend, dass eine Einhaltung der Rechtslage ausreicht und nicht später von weiteren Maßnahmen konterkariert und entwertet wird. Folglich steht die bloße Existenz des Verursacherprinzips einer Vertrauensbildung und unzulässigen Rückwirkung nicht entgegen.

8. Vereinbarkeit mit Europarecht?

Die vorgesehene weitreichende Haftung herrschender Unternehmen ist nicht nur verfassungs- sondern auch europarechtswidrig. Sie verstößt insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit nach **Art. 49 AEUV** und die Kapitalverkehrsfreiheit gem. **Art. 63 AEUV**.

a) Niederlassungsfreiheit

aa) Beeinträchtigung des Anwendungsbereichs

Art. 49 AEUV enthält ein grundsätzliches Verbot aller Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit – auch ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. In Anlehnung an die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelte *Dassonville*-Formel des EuGH⁴³⁴ sollen unter Beschränkungen **alle staatlichen Maßnahmen** verstanden werden, **die geeignet sind, die Ausübung der grundlegenden Freiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen**.⁴³⁵

Die Regelungen der geplanten Nachhaftung erscheinen aufgrund ihrer inhaltlichen und zeitlichen Reichweite durchaus geeignet, die Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit im Bereich der Kernenergie in Deutschland für ausländische Unternehmen weniger attraktiv zu machen.

Dem steht auch die Entscheidung des EuGH zu einer portugiesischen Regelung über die Haftung von Muttergesellschaften nicht entgegen. Dem Urteil lag eine andere – und weniger beschränkende – Konstellation zugrunde: Das portugiesische Recht sah eine gesamtschuldnerische Haftung von Muttergesellschaften gegenüber den Gläubigern ihrer Tochtergesellschaften vor, die sich jedoch ausschließlich – anders als im deutschen Entwurf – auf im Inland ansässige Muttergesellschaften bezog. Der EuGH

⁴³⁴ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, C-8/74, Slg. 1974, 837 – Dassonville.

⁴³⁵ EuGH, Urteil vom 31. März 1993, C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (Rz. 32) – Kraus.

führte aus, die Unanwendbarkeit der Regelung auf Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat sei nicht geeignet, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit für Muttergesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat weniger attraktiv zu machen.⁴³⁶ Nichtsdestoweniger ist anlässlich dieser Entscheidung die Frage aufgeworfen worden, inwieweit eine konzernrechtlich begründete Haftung der ausländischen Muttergesellschaften deutscher Gesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.⁴³⁷ Erst recht ist dann eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgrund einer derart weitgehenden Haftungsregelung, wie sie der REG-E vorsieht, anzunehmen.

bb) Rechtfertigung

Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist weder durch geschriebene noch ungeschriebene Gründe gerechtfertigt.

Die Rechtfertigungsgründe des Art. 52 Abs. 1 AEUV liegen nicht vor. Danach beeinträchtigen die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Vorliegend handelt es sich indes lediglich um finanzielle Interessen der öffentlichen Hand – nicht um die Begrenzung von Gefahren aus der Kernenergie, die der öffentlichen Sicherheit unterliegen könnten. Die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke, wie beispielsweise die Verringerung des Steueraufkommens, ist indes keine normative Beschränkungsmöglichkeit.⁴³⁸

Auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des EuGH⁴³⁹ können die Regelungen des REG-E nicht rechtfertigen. Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH seine ursprünglich zur Warenverkehrsfreiheit ergangene Rechtsprechung dahingehend erweitert, dass nationale Maßnahmen, die nichtdiskriminierend angewendet werden, auf zwingenden Gründen des Allgemeinwohls beruhen und sowohl geeignet als auch erforderlich zur Zielerreichung sind, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.⁴⁴⁰ Hier sind zwingende Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung der Regelungen des REG-E indes nicht ersichtlich. Wie bereits im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung ausgeführt, handelt es sich lediglich um die Begrenzung unterstellter finanzieller Risiken für die öffentliche Hand, die durch Analysen nicht belegt wurden. Da zudem seit Jahrzehnten ein funktionierendes System interner Rückstellungen zur Finanzierungsvorsorge betrieben wird, dessen Leistungsfähigkeit im „Stresstest“ nochmals bestätigt wurde, kann nicht von zwingenden Erfordernissen ausgegangen werden. Darüber hinaus gilt

⁴³⁶ EuGH, Urteil vom 20. Juni 2013, C-186/12, EuZW 2013, 664 (665).

⁴³⁷ *Lehmann*, LMK 2013, 352735.

⁴³⁸ EuGH, Urteil vom 18. September 2003, C-168/01, Slg. 2003, I-9409 (Rz. 42) – Bosal.

⁴³⁹ EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, C-120/78, Slg. 1979, 649 (Rz. 8) – Cassis.

⁴⁴⁰ EuGH, Urteil vom 31. März 1993, C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (Rz. 32) – Kraus; Urteil vom 30. November 1995, C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (Rz. 37) – Gebhard.

auch für die Niederlassungsfreiheit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁴⁴¹ In diesem Zusammenhang ist eine Erforderlichkeit klar zu verneinen, da zahlreiche mildere Mittel existieren, die auch hinsichtlich der Ausübung der Niederlassungsfreiheit mit einer geringeren Beschränkung einhergehen. Erst recht ist die Ausgestaltung der Regelungen des REG-E aufgrund der Kumulierung der Belastungen nicht verhältnismäßig.

b) Kapitalverkehrsfreiheit

Neben einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit liegt ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 2 AEUV vor.

Eine Pflicht zur Nachhaftung der Konzernmütter nach den Regelungen des REG-E lässt eine Investition in Aktien der Muttergesellschaften weniger attraktiv für im europäischen Ausland ansässige Investoren erscheinen und ist insoweit geeignet, deren Anlageverhalten negativ zu beeinflussen. Insbesondere handelt es sich bei dem Modellvorschlag nicht lediglich um die gesetzliche Sicherung eines bereits bestehenden Status Quo, sondern es werden neue, inhaltlich und zeitlich unbegrenzte und unausweichliche Haftungsrisiken geschaffen, die Anleger von einer Investition abzuhalten geeignet sind. Diese Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit kann ebenfalls weder durch geschriebene noch durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne zwingender Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden und ist ungeachtet dessen nicht verhältnismäßig.

9. Fazit

Nach alledem ist festzuhalten, dass ein Gesetz des Inhalts, wie ihn der Entwurf „zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich“ vorsieht, verfassungs- und europarechtswidrig wäre. Ein entsprechendes Sonderrecht, das mit etablierten und seit Jahrzehnten bewährten Strukturen „auf Verdacht“ und entgegen den vorhandenen Erkenntnissen bricht, könnte vor den Gerichten folglich keinen Bestand haben.

V. KUMULATION MEHRERER MAßNAHMEN

Die Unvereinbarkeit der Modellvorschläge mit den relevanten Grundrechten der Betreibergesellschaften bzw. ihrer Konzernmütter kann zusätzlich und erst recht aus einer Kombination mehrerer selbstständiger Maßnahmen resultieren. Einzelne Regelungen sind dabei nicht isoliert zu bewerten. Vielmehr ist auf die durch verschiedene Maßnahmen hervorgerufene Gesamtbelastung abzustellen und bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit jedes der kumuliert wirkenden Einzelinstrumente zu berücksichtigen.

⁴⁴¹ Vgl. *Frenz*, Hb Europarecht Bd. 1, 2. Aufl., Kap. 8, S. 837 f.; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 56. EL, Art. 52 AEUV, Rz. 29.

1. Grundrechtsdogmatischer Hintergrund

Grundrechtsverletzungen können nicht nur aus einzelnen, punktuell wirkenden staatlichen Beeinträchtigungen folgen. Vielmehr ergibt sich häufig die Konstellation, dass ein Eingriff in Grundrechte für sich allein betrachtet zwar verfassungsrechtlich noch unbedenklich ist, in Kombination mit anderen gleichzeitig wirksamen Grundrechtseingriffen jedoch zu einer unzumutbaren Gesamtbelastung führt. Dieses Phänomen wird seit längerer Zeit unter dem Begriff des „**additiven**“ oder „**kumulativen**“ **Grundrechtseingriffs** diskutiert und beruht auf der Erwägung, dass der Staat nicht durch eine Vielzahl von Einzelbeeinträchtigungen geringer Eingriffsintensität den Grundrechtsschutz unterlaufen darf.⁴⁴²

Das Bundesverfassungsgericht befasste sich erstmals ausdrücklich mit der Problematik solcher Grundrechtseingriffe in BVerfGE 112, 304. Die dieser Entscheidung zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Verwendung verschiedener, zeitgleich durchgeführter und somit kumulierender Observationsmaßnahmen im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Der Senat bestätigte in dieser Entscheidung, dass die Grundrechte auch vor kumulativen Belastungen durch verschiedene staatliche Maßnahmen schützen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts wohnt additiven Grundrechtseingriffen demnach ein **spezifisches Gefährdungspotential für grundrechtlich geschützte Freiheiten** inne, sodass der Staat im Einzelfall besondere Anforderungen zu beachten hat.⁴⁴³

Wie sich aus nachfolgenden Urteilen ergibt, ist diese Rechtsprechung auch auf andere Bereiche übertragbar. So wurden additive Grundrechtseingriffe vom Bundesverfassungsgericht etwa im Zusammenhang mit der Belastung privater Krankenversicherungsunternehmen durch die Gesamtwirkung verschiedener gesetzlicher Regulierungsmaßnahmen diskutiert.⁴⁴⁴ Dies ist der hier in Rede stehenden Kumulation vergleichbar. Auch bzgl. der sozialversicherungsrechtlichen Zulässigkeit einer unterbliebenen Rentenerhöhung bei gleichzeitiger Erhöhung der Krankenkassenbeiträge der Rentner wurde vom Bundesverfassungsgericht eine kumulative Gesamtbetrachtung durchgeführt.⁴⁴⁵ Additive Grundrechtseingriffe sind folglich eine **allgemeine Kategorie der Grundrechtsdogmatik** und damit auch bezogen auf die hier in Rede stehenden Maßnahmen zu berücksichtigen. Im Ergebnis können demnach mehrere für sich betrachtet möglicherweise angemessene oder zumutbare Grundrechtseingriffe in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet.⁴⁴⁶

⁴⁴² Grundlegend *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 m.w.N.; vgl. aktuell Schaks, DÖV 2015, 817ff m.z.w.N.

⁴⁴³ BVerfGE 112, 304 (320); 130, 372 (392).

⁴⁴⁴ BVerfGE 123, 186 (265 f.).

⁴⁴⁵ BVerfG, NJW 2014, 3634 (3638).

⁴⁴⁶ Vgl. BVerfGE 112, 304 (319 f.); 114, 196 (247); 123, 186 (266); 130, 372 (392); BVerfG, NJW 2014, 3634 (3638); BGH, NJW 2009, 3448 (3458).

Ob dies der Fall ist, hängt von einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ab, in die auch gegenläufige Verfassungsbelange einzubeziehen sind.⁴⁴⁷ Im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (i.e.S.) sind somit **mehrere Maßnahmen zusammenzurechnen**. Dadurch **erhöht** sich das **Gewicht** des **Eingriffs** und damit die Anforderungen an die Rechtfertigung. Es ergibt sich folglich eine *doppelte Prüfung*: In einem ersten Schritt muss jede Einzelmaßnahme für sich genommen verhältnismäßig sein. Ein zweiter Prüfungsschritt verlangt, dass auch alle Maßnahmen kumulativ gerechtfertigt werden können.⁴⁴⁸ Aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit erwächst somit nicht bloß ein Verbot übermäßiger Einzelbeeinträchtigungen, sondern (ergänzend und verstärkend) das Verbot einer übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers.⁴⁴⁹

Als tatbestandliche Voraussetzungen für einen additiven Grundrechtseingriff wird auf folgende Kriterien abgestellt:⁴⁵⁰ Die Beeinträchtigungen müssen den gleichen Adressaten treffen, im gleichen Zeitraum auftreten und im Wesentlichen demselben Zweck dienen sowie das gleiche Grundrechtsgut⁴⁵¹ berühren.

Unerheblich ist dabei, ob sämtliche Einzelmaßnahmen in einem einzigen Gesetz angeordnet werden oder ob sich der additive Grundrechtseingriff erst – **gesetzesübergreifend** – aus dem Zusammenspiel mehrerer Gesetze ergibt.⁴⁵²

Schließlich folgt aus diesen Grundsätzen, dass bei der Beurteilung neuer Belastungen auch bereits aktuell bestehende Beeinträchtigungen (deren erstmaliges Einwirken auf den Bürger schon der Vergangenheit angehört) – wie hier etwa die Belastungen durch die 13. AtG-Novelle, der Kernbrennstoffsteuer oder das StandAG – zu berücksichtigen sein können. Entscheidend hierfür ist, dass zur Zeit des neuen Grundrechtseingriffs von früheren Maßnahmen anhaltende Belastungen ausgehen. Sofern die üb-

⁴⁴⁷ BVerfGE 130, 372 (392).

⁴⁴⁸ BVerfGE 123, 186 (265 f.); *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1476 f.); *Peine*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, § 57 Rz. 54; *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl., § 200 Rz. 100; *Kirchhof*, NJW 2006, 732; *Schaks*, in: Sodan, Krankenversicherungsrecht, 2. Aufl., § 16 Rz. 46.

⁴⁴⁹ *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1477).

⁴⁵⁰ *Peine*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, § 57 Rz. 53; *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1470 f.); *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl., § 200 Rz. 97; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Vorb. Art. 1 Rz. 46; *Kirchhof*, NJW 2006, 732 (734). Auch das OVG Münster (Beschl. v. 26.11.2013, 14 A 2401/13, Rz. 17 – *Juris*) hat sich dieser Ansicht angeschlossen.

⁴⁵¹ Gemeint ist damit nicht zwangsläufig die Identität der grundrechtlichen Schutzbereiche, sondern dass die Eingriffsakte den gleichen Lebensbereich bzw. einen vergleichbaren Gegenstand betreffen. Vgl. dazu *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl., § 200 Rz. 97; *Kirchhof*, NJW 2006, 732 (734); *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1470 f.). Auch BVerfGE 112, 304 liegt die Annahme zugrunde, dass ein additiver Grundrechtseingriff unabhängig davon vorliegen kann, welche Grundrechte für die einzelnen Maßnahmen einschlägig sind.

⁴⁵² *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1474).

rigen Voraussetzungen gegeben sind, können somit solche noch **fortwirkende Beeinträchtigungen** in den additiven Grundrechtseingriff aufgenommen werden.⁴⁵³

2. Anwendung auf die Modellvorschläge und deren Kombination

Werden mehrere der diskutierten Vorschläge kumulativ umgesetzt, so folgt aus den dargelegten Grundsätzen, dass deren belastende Wirkung zusammenzurechnen wäre, denn alle Reformoptionen dienen dem Schutz der finanziellen Interessen des Staates durch Vermeidung einer Einstandspflicht für Stilllegungs- oder Entsorgungskosten. Die bereits für die einzelnen Maßnahmen festgelegte Verfassungswidrigkeit bestünde dann erst recht (nochmals verstärkt durch die Gesamtbelastungssituation der EVU im Kernenergiebereich). Selbst wenn man – hier lediglich argumentationshalber – eine einzelne von bbh diskutierte Reformoptionen für noch nicht unverhältnismäßig halten wollte, könnte spätestens durch ihre kumulative Umsetzung die Grenze der Zumutbarkeit überschritten sein.

Die finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich ist bereits umfassend geregelt (oben B.I.2.c). Dies ist bei der Beurteilung etwaiger Neuregelungen zu beachten, so dass sich deren Unverhältnismäßigkeit gerade aus dem Fehlen einer *Entlastung* von bisherigen Pflichten ergeben kann.

Unzutreffend ist auf Basis dieser Grundsätze deshalb die im bbh-Gutachten vertretene Ansicht, dass die Reformmodelle in unterschiedlicher Weise *beliebig* miteinander kombiniert werden könnten und die Entscheidung für ein konkretes Kombinationsmodell *überwiegend politischer Natur* sei.⁴⁵⁴ Die Einführung eines **Kombinationsmodells** ist vielmehr eine **Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit**. Es stellt einen schweren Mangel des bbh-Gutachtens dar, dass diese grundgesetzlichen Anforderungen vollkommen unerwähnt bleiben.

E. KONSSENSUALE LÖSUNGEN ALS VERFASSUNGSKONFORME OPTION ZUR SICHERUNG VON STILLLEGUNG UND ENTSORGUNG

Die Prüfung der Verfassungskonformität der von bbh vorgeschlagenen Reformoptionen hat gezeigt, dass diese – schon jeweils einzeln, erst recht aber im Falle einer Kumulation mehrerer Maßnahmen – vom **Gesetzgeber nicht einseitig angeordnet** werden können. Der für eine Reform des Systems finanzieller Vorsorge durch das Grundgesetz gezogene Rahmen ist sehr viel enger als bbh dies annimmt.

Dies bedeutet nicht, dass konsensuale Modelle zur Gesamtlösung der Aufgaben Stilllegung und Entsorgung nicht möglich sind. Diese könnten, aus Sicht der EVU, auch das Eingehen von Verpflichtungen zur Gewährleistung einer Dotierungs- und Haftungssymmetrie umfassen. Aufgrund konsensualen Vorgehens sind derartige Lösungen verfassungsrechtlich unproblematisch, wenn die aktienrechtliche Verantwortung

⁴⁵³ Lücke, DVBl. 2001, 1469 (1470 f.); Kirchhof, NJW 2006, 732 (734); Schaks, in: Sodan, Krankenversicherungsrecht, 2. Aufl., § 16 Rz. 44.

⁴⁵⁴ bbh, S. 149.

von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber den Eigentümern der Unternehmen gewahrt wird. Mit der Vereinbarung 2002 zwischen EVU und Bundesregierung oder dem Förderfondsvertrag im Zuge der Reform 2010 gibt es Beispiele für verfassungsrechtlich unproblematische und politisch befriedende konsensuale Lösungen. Aus rechtlicher wie auch politischer und wirtschaftlicher Sicht sollte eine konsensuale Lösung der einseitigen und zwangsweisen Neugestaltung und Erweiterung des Vorsorge- und Haftungssystems, die zu weiterer Rechtsunsicherheit, Prozessen und Belastungen führte, vorgezogen werden. Dabei wären jedoch nicht nur die Unternehmens-, sondern auch die Aktionärsinteressen zu beachten. Daher kann es erforderlich werden, die Zustimmung der Aktionäre zu konsensualen Lösungen einzuholen. Eine derartige Zustimmung setzt voraus, dass die konkrete Lösung auch für die Aktionäre tragbar ist, was z.B. im Falle der Befüllung eines externen Fonds aufgrund konsensualer Vereinbarung eine Enthftung der betreffenden Unternehmen gebieten dürfte.

Grundrechtsdogmatisch stellt die Einwilligung des Betroffenen in eine staatliche Maßnahme ein den Eingriffstatbestand ausschließendes, „*negatives Tatbestandsmerkmal*“ dar. Mit anderen Worten setzt die Bejahung eines Grundrechtseingriffs einen entgegenstehenden Willen des Betroffenen voraus.⁴⁵⁵

Ein rechtfertigungsbedürftiger staatlicher Eingriff scheidet daher schon aus, wenn der Grundrechtsinhaber freiwillig die staatliche Beeinträchtigung seiner Freiheit duldet oder gar fordert (Stichwort: **Grundrechtsausübungsverzicht**). In Abgrenzung zu einem verfassungsrechtlich unzulässigen Totalverzicht⁴⁵⁶ einerseits und einem schlichten Nichtgebrauch eines Grundrechts andererseits, verpflichtet sich der Grundrechtsträger durch einen solchen Verzicht dazu, unter grundsätzlicher Beibehaltung seiner Grundrechtswahrnehmung ein Freiheitsrecht (partiell) nicht auszuüben, indem er auf den Schutz vor einem konkreten Eingriff verzichtet.⁴⁵⁷ Ein so verstandener Grundrechtsverzicht ist grundsätzlich zulässig. Seine Statthaftigkeit ergibt sich bereits aus dem **Schutzzweck** der Freiheitsrechte, der dem einzelnen Grundrechtsträger Autonomie, Selbstbestimmung und Selbstentfaltung ermöglichen soll.⁴⁵⁸ Zur Selbstbestimmung gehört indessen insbesondere das Recht, über das „Ob“ und das „Wie“ der Freiheitsbetätigung zu verfügen.⁴⁵⁹ Diese Verfügungsbefugnis schließt die Verweh- rung eines Verzichts denklogisch aus. Zur Verfügungsbefugnis zählt folglich auch das Recht, bei Fortbestand des generellen Grundrechtsschutzes bestimmte Ausprägungen der gewährleisteten Rechte aufzugeben.⁴⁶⁰ Dementsprechend bejaht auch das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit eines wirksamen Ausübungsverzichts.⁴⁶¹

⁴⁵⁵ Dreier, in: ders., GG, 2. Aufl., Vorb. Rz. 129.

⁴⁵⁶ Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 1 Rz. 301

⁴⁵⁷ Vgl. Bethge in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl., § 203 Rz. 104.

⁴⁵⁸ Bethge in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl., § 203 Rz. 109.

⁴⁵⁹ Vgl. Bethge in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl., § 203 Rz. 109.

⁴⁶⁰ Sachs, in: ders., GG, 7. Aufl., vor Art. 1 Rz. 53.

⁴⁶¹ Für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: BVerfGE 65, 1 (43): „Das Grundrecht gewährleistet [...] die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung sei-

Da die einseitig auferlegten Pflichten zur Bildung von Fonds und/oder eine nicht auflösbare Haftung der Konzernobergesellschaften ausschließlich in Grundrechte mit individualschützendem Charakter eingreifen, bestünde für die Betroffenen die Möglichkeit, auf den Schutz vor konkreten Grundrechtseingriffen zu verzichten. Hieraus folgt, dass der zuvor aufgezeigte enge grundrechtliche Rahmen im Hinblick auf die einseitige Auferlegung der bezeichneten Pflichten einer konsensualen Lösung grundsätzlich nicht entgegensteht. Eine solche ist umfassend möglich und führt angesichts der bereits jetzt erkennbaren Diskussion über die Reichweite der gesetzgeberischen Regelungsmöglichkeiten mit größerer Rechtssicherheit zu einer nachhaltigen Gewährleistung finanzieller Vorsorge.

Ein „Angebot“ der EVU, bestimmte Sicherungsmaßnahmen im Hinblick auf die Rückstellungsgegenwerte vorzunehmen, wäre im Übrigen selbst dann nicht unbeachtlich, wenn die Bundesregierung keine Verhandlungslösung in Erwägung zöge. Im Ordnungsrecht ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz die Statthaftigkeit von **Austauschmitteln** anerkannt. Wird danach vom Pflichtigen ein gleichwertiges Mittel zur Abwehr der polizeirechtliche Maßnahmen auslösenden Gefahr angeboten, muss die zuständige Behörde dies akzeptieren.⁴⁶² Diesem Rechtsgedanken entsprechend beseitigte das Angebot eines Austauschmittels die Erforderlichkeit einer einseitig-gesetzgeberischen Auferlegung neuer Pflichten. Da solche Vorschläge von den EVU bereits gemacht wurden, steht einem einseitig-gesetzgeberischen Handeln in Form von Zwangslösungen jener ordnungsrechtliche Grundsatz entgegen.

ner persönlichen Daten zu bestimmen“; für das Fernmeldegeheimnis: BVerfGE 85, 386 (398): „Am Eingriff kann es nur dort fehlen, wo die Beteiligten selber den Kommunikationsvorgang offengelegt oder in dessen Erfassung durch die öffentliche Gewalt eingewilligt haben“; für das Recht aus Art. 19 Abs. 4 GG: BVerfGE 9, 194 (199).

⁴⁶² Vgl. z.B. § 3 Abs. 2 S. 2 PolG NRW; Art. 5 Abs. 2 S. 2 BayPAG; § 5 Abs. 2 S. 2 HessSOG. Dass der Betroffene, auch wenn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, ein ihn weniger belastendes Mittel anbieten können muss, folgt unmittelbar aus dem Verfassungsgrundsatz des geringstmöglichen Eingriffs; so ausdrücklich *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, S. 429.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
AtDeckV	Verordnung über die Deckungsvorsorge nach dem Atomgesetz
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
bbh	Kanzlei Becker Büttner Held
bbh-Gutachten	Gutachten der Kanzlei Becker Büttner Held im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums vom 10. Dezember 2014
BBodSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz)
BEAV	Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag
BfS	Bundesamt für Strahlenschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz)
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
CTA	Contractual Trust Arrangement (Treuhand-Modell)
ECT	Energy Charter Treaty
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EndlagerVIV	Verordnung über Vorausleistungen für die Einrichtung von Anlagen des Bundes zur Sicherstellung und zur Endlagerung radioaktiver Abfälle (Endlagervorausleistungsverordnung)
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVU	Energieversorgungsunternehmen
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)

HGB	Handelsgesetzbuch
IAS	International Accounting Standards (internationale Rechnungslegungsstandards)
IFRIC	International Financial Reporting Interpretation Committee (internationale Auslegungsstandards)
IFRS	International Financial Reporting Standards (internationale Rechnungslegungsstandards)
InsO	Insolvenzordnung
KKW	Kernkraftwerk
KrWG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz)
KStG	Körperschaftsteuergesetz
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
NaPro	Programm für eine verantwortungsvolle und sichere Entsorgung bestrahlter Brennelemente und radioaktiver Abfälle (Nationales Entsorgungsprogramm)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OSPAR-Übereinkommen	Übereinkommen zum Schutz der Meeresumwelt des Nordost-Atlantiks (Oslo-Paris Konvention)
RefE	Referentenentwurf „eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich“
Rio-Deklaration	Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung
StandAG	Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle (Standortauswahlgesetz)
THTR	Thorium-Hoch-Temperatur-Reaktor
UN/ECE-Gewässerübereinkommen	Übereinkommen zum Schutz und zur Nutzung grenzüberschreitender Wasserläufe und internationaler Seen
UmwG	Umwandlungsgesetz
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)
