

Die Neuordnung der Verantwortung in der kerntechnischen Entsorgung im Spannungsfeld von Öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht

Markus Ludwigs*

A. Einleitung	110	1. Haftung im Konzern	122
B. Entwicklungslinien	111	2. Verfassungsrechtliche Kritik	124
I. Ausgangslage und beschleunigter Kernenergieausstieg als Zäsur	111	a) Freiheitsrechte und Vertrauensschutz	125
II. Warth & Klein-Gutachten v. 9. Oktober 2015	113	aa) Eigentumsgarantie	125
III. Entwurf für ein Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz v. 9. November 2015	114	bb) Berufsfreiheit und Vereinigungsfreiheit	126
IV. Abschlussbericht der KFK v. 27. April 2016 und Follow-up	115	cc) Vertrauensschutz	127
C. Kerninhalte des Entsorgungskonsenses	116	b) Allgemeiner Gleichheitssatz	128
I. Überblick	116	c) Verhältnismäßigkeit als Dreh- und Angelpunkt	129
II. Entsorgungsfondsgesetz	117	aa) Freiheitsrechtliche Perspektive	129
III. Entsorgungsübergangsgesetz	118	bb) Gleichheitsrechtliche Perspektive	131
IV. Nachhaftungsgesetz	119	II. „Schutzschild“-Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages	132
V. Transparenzgesetz	120	1. Einordnung	132
VI. Vertrag über die Finanzierung der Kosten des Kernenergieausstiegs	121	2. Offene Fragen und erste Antworten	133
D. Kernprobleme des Entsorgungskonsenses	121	E. Resümee	135
I. Nachhaftungsgesetz als Durchbrechung des Trennungsprinzips	121		

Das Artikelgesetz zur Neuordnung der Verantwortung in der kerntechnischen Entsorgung von 2017 hat den Diskurs um die Finanzierung des Kernenergieausstiegs zum (vorläufigen) Abschluss gebracht. Mit dem neuen Entsorgungsregime soll sowohl eine einseitige Auferlegung der Kosten auf die Gesellschaft abgewendet als auch eine wirtschaftliche Gefährdung der Energieversorgungsunternehmen (EVU) vermieden werden. Hierzu erfolgt zum einen die Etablierung des „Fonds zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung“. Zum anderen kommt es im Bereich der nuklearen Nachhaftung zur Schaffung von Sondergesellschaftsrecht, wobei die hohe Eingriffsintensität der Regelungen durch Enthaltungsoptionen der EVU und den Einsatz konsensualer Techniken abgefedert wird. Der Beitrag zeichnet die Entwicklungslinien der Debatte nach, stellt den neuen Regelungsrahmen vor und dis-

* Prof. Dr. Markus Ludwigs ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Dem Beitrag liegt ein Vortrag zugrunde, den er auf der 15. Tagung der deutschen INLA am 28.9.2017 in Bonn gehalten hat und der in einer längeren Fassung auch im zugehörigen Sammelband erscheint. Die Schriftfassung ist im Rahmen des von der Fritz Thyssen Stiftung geförderten Projekts „Das Recht der Energiewende“ entstanden. Für wertvolle Unterstützung bei der Durchführung von Recherchen sowie weiterführende Hinweise beim Korrekturlesen danke ich meinem Mitarbeiter *Christopher Langer*, Dipl. Vw.-Wirt (FH).

kutiert die Verfassungskonformität des Sondergesellschaftsrechts sowie die Tragweite des flankierend zum Artikelgesetz geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrags.

A. Einleitung

Die Verteilung der Kosten des Atomausstiegs zählt zu den umstrittensten Fragen der Energiewende. In der politischen Diskussion wurden wiederholt Bedenken geäußert, ob die Betreibergesellschaften der Kernkraftwerke dauerhaft in der Lage sein werden, ihrer finanziellen Verantwortung für die Folgekosten der Kernenergienutzung nachzukommen.¹ Zugleich entstand die Sorge, die Konzernobergesellschaften könnten sich ihrer Haftungsverantwortung durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen oder Kündigung bestehender Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge entziehen. Dies hat Forderungen nach strukturellen Vorsorgemaßnahmen laut werden lassen.² Im Zentrum stand das Bedürfnis sowohl nach einer Konservierung der von den Energieversorgungsunternehmen (EVU) gebildeten Rückstellungen als auch einer Haftungserstreckung auf das gesamte Konzernvermögen. Auf diese Weise sollte das Risiko einer finanziellen Belastung der öffentlichen Hand (und damit des Steuerzahlers) reduziert werden.

Zwischenzeitlich hat die Debatte einen (zumindest vorläufigen) Abschluss gefunden. Das am 16. Juni 2017 in Kraft getretene Artikelgesetz zur Neuordnung der Verantwortung in der kerntechnischen Entsorgung vom 27. Januar 2017 zielt darauf ab, die Finanzierung für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung langfristig zu gewährleisten.³ Dabei sollen die Kosten weder einseitig auf die Gesellschaft übertragen noch die wirtschaftliche Situation der Betreiber gefährdet werden. Hierzu erfolgt neben der Etablierung eines *Entsorgungsfonds* auch die Schaffung von *Sondergesellschaftsrecht* im Bereich der nuklearen Nachhaftung. Zugleich wird die hohe Eingriffsintensität der neuen Regelungen durch Enthaftungsoptionen der EVU und den Einsatz konsensualer Techniken abgefedert.

Inwieweit dieser schwierige Spagat im Spannungsfeld zwischen Öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht gelingt, bedarf im Folgenden näherer Betrachtung. Dabei

- 1 Exemplarisch C. v. Hirschhausen et al., DIW Wochenbericht 2015, 523 (527 ff.): „Handlungsbedarf ist hoch“; instruktiv zur Entwicklung der Diskussion: B. Meyer/S. Küchler/R. Wronski, ZNER 2015, 203; aus der Tagespresse etwa H. Steltzner, F.A.Z. v. 16.9.2015, S. 15; zur Paralleldiskussion im Hinblick auf die Ewigkeitskosten der Braunkohle vgl. die Entschließung des Bundesrats v. 6.7.2018 zur Erweiterung des Arbeitsauftrags der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“, BR-Drs. 202/18 (B).
- 2 Vgl. in diesem Zusammenhang bereits den Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD „Deutschlands Zukunft gestalten“ v. 27.11.2013, S. 43, wo Gespräche zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen über die Realisierung ihrer rechtlichen Verpflichtungen angekündigt wurden.
- 3 BGBl. 2017 I S. 114, 1222; näher W. Frenz, RdE 2017, 393 (394 ff.); A. Kessler/ P.-M. Schulz, NVwZ 2017, 577 (581 f.); C. König, Der Konzern 2017, 61; H. Schmitz/M. Helleberg/S. Martini, NVwZ 2017, 1332 (1333 ff.); im Vorfeld O. Däuper/A. Dietzel, EnWZ 2016, 542.

gilt es zunächst die Entwicklungslinien vom Stand des Atomrechts vor der Nuklearkatastrophe von Fukushima bis hin zur aktuellen Rechtslage nachzuzeichnen (B.). Daran anknüpfend werden die Kerninhalte sowohl des Artikelgesetzes als auch des zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den EVU geschlossenen flankierenden Vertrags über die Finanzierung des Kernenergieausstiegs vom 26. Juni 2017 näher beleuchtet (C.). In problemorientierter Perspektive ist der Fokus schließlich auf zwei zentrale Fragestellungen zu richten: Zum einen bedarf die Verfassungskonformität des mit dem Nachhaftungsgesetz (NachhG) geschaffenen Sondergesellschaftsrecht näherer Betrachtung (D.I.). Zum anderen ist klärungsbedürftig, inwieweit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag die ihm von den EVU zuge dachte Schutzschild-Funktion gegenüber einem erneuten Politikwechsel zukommt (D.II.).

B. Entwicklungslinien

Als Grundlage für die rechtliche Einordnung des neuen Regelungssystems zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung sollen zunächst die zentralen Eckpfeiler der Rechtsentwicklung nachgezeichnet werden.

I. Ausgangslage und beschleunigter Kernenergieausstieg als Zäsur

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass sich die Verantwortung für Stilllegung und Rückbau der Kernkraftwerke sowie für die Entsorgung des radioaktiven Abfalls bis zum beschleunigten Kernenergieausstieg im Jahr 2011 allein nach Maßgabe des Atomgesetzes (AtG) bestimmte. Ausweislich von § 7 Abs. 3 S. 1 AtG lag die Zuständigkeit sowohl für die *Stilllegung* als auch für den *sicheren Einschluss*⁴ bzw. den *Abbau* der Kernkraftwerke bei den Betreibergesellschaften. Gleiches galt gemäß § 9a Abs. 2 S. 3 AtG grundsätzlich auch für die Errichtung und den Betrieb *standortnaher Zwischenlager*.⁵ Mit Blick auf die *Endlagerung* wurden die – bislang noch nicht realisierte – Errichtung und der Betrieb von Endlagern in § 9a Abs. 3 S. 1 Hs. 2 AtG zwar der Erfüllungsverantwortung des Bundes zugewiesen. Zugleich verpflichtete § 9a Abs. 2 S. 1 AtG den Besitzer radioaktiver Abfälle zur Ablieferung. Für die Benutzung der Anlagen nach § 9a Abs. 3 AtG konnten gemäß § 21a Abs. 1 S. 1 AtG Kosten in Form von Gebühren und Auslagen erhoben werden. Darüber hinaus enthielt § 21b Abs. 1 AtG eine weitergehende Ermächtigung, Beiträge von demjenigen zu erheben, dem sich durch die bloße Möglichkeit einer Nutzung der Anlagen zur geordneten Beseitigung radioaktiver Abfälle nach § 9a Abs. 1 S. 1 AtG ein Vorteil bot. Von den Genehmigungsinhabern konnten unter den Voraussetzungen des § 21b Abs. 2 und 3 AtG i.V.m. der Endlagervorausleis-

4 § 7 Abs. 3 S. 4 AtG idF des Artikelgesetzes v. 27.1.2017 sieht nunmehr einen weitgehenden Ausschluss der Option des sicheren Einschlusses vor.

5 Zum Übergang der Handlungspflicht für die Wahrnehmung der Zwischenlagerung als Folge des Artikelgesetzes v. 27.1.2017 vgl. unter C.III.

tungsverordnung (EndlagerVIV)⁶ entsprechende Vorausleistungen für die Endlagerung gefordert werden.⁷

Eine grundlegende Umgestaltung erfuhr dieses Finanzierungssystem als Konsequenz des mit der 13. AtG-Novelle⁸ vollzogenen und vom BVerfG⁹ im Wesentlichen bestätigten beschleunigten Kernenergieausstiegs bis Ende 2022. Im Nachgang hierzu entschloss sich der Gesetzgeber, auch die Frage der Entsorgung hochradioaktiver Abfälle mit dem Standortauswahlgesetz (StandAG) vom 23. Juli 2013¹⁰ neu zu regeln. In Überlagerung der §§ 21a und 21b AtG etablierten die §§ 21 bis 28 StandAG a.F. (Art. 28-35 StandAG n.F.) eine Umlage zur Finanzierung der notwendigen Kosten der Standortsuche für ein Endlager, die von den ablieferungspflichtigen Besitzern hochradioaktiver Abfälle getragen werden sollte.¹¹

Die derart verschärften Regelungen im StandAG lösten kontroverse Debatten aus. Neben der grundsätzlichen Frage eines Verstoßes der Umlagefinanzierung gegen die Finanzverfassung¹² wurde einerseits diskutiert, inwieweit die Kosten einer alternativen Standortsuche in Anbetracht der für die Erkundung von Gorleben bereits geleisteten Vorauszahlungen noch weiter von den Kraftwerksbetreibern zu tragen sind.¹³ Andererseits ist zunehmend die Besorgnis geäußert worden, dass die von den KKW-Betreibern für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der Kernkraftwerke gebildeten Rückstellungen nicht ausreichen könnten und die Konzernobergesellschaften einer Haftung durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen

- 6 Endlagervorausleistungsverordnung (EndlagerVIV) v. 28.4.1982, BGBl. I S. 562, zuletzt geändert durch Art. 21 des Gesetzes v. 27.6.2017, BGBl. I S. 1966.
- 7 Zum Übergang der Finanzierungspflicht für Anlagen zur Endlagerung radioaktiver Abfälle als Folge des Artikelgesetzes v. 27.1.2017 vgl. unter C.III.
- 8 Dreizehtes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes v. 31.7.2011, BGBl. I S. 1704.
- 9 BVerfGE 143, 246; hierzu aus der Lit.: J. Berkemann, DVBl. 2017, 793; O. Däuper, NuR 2017, 169; M. Fehling/P. Overkamp, ZJS 2017, 486; W. Frenz, DVBl. 2017, 121; J. Froese, NJW 2017, 444; L. Knappel/J. P. Seibert, NuR 2017, 32; M. Ludwigs, NVwZ-Beil. 1/2017, 3; G. Roller, ZUR 2017, 277; A. Roßnagel/A. Hentschel/F. Emanuel, UPR 2017, 128; F. Shirvani, DÖV 2017, 281; C. Ziehm, ZUR 2017, 172.
- 10 Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde Abfälle (Standortauswahlgesetz – StandAG) v. 23.7.2013, BGBl. I S. 2553; neu erlassen mit Fortentwicklungsgesetz v. 5.5.2017, BGBl. I S. 1074; zur Novelle vgl. M. Fillbrandt, NVwZ 2017, 855.
- 11 Näher O. Däuper/K. Bosch/R. Ringwald, ZUR 2013, 329 (330 ff.); C. Moench, DVBl. 2015, 213 (215 ff.); s. noch den Verweis in Fn. 7.
- 12 Kritisch C. Moench, DVBl. 2015, 213 (215 ff.); H. Posser, in: FS K.-P. Dolde, 2014, 251 (278 ff.); a.A. O. Däuper/K. Bosch/R. Ringwald, ZUR 2013, 329 (331 ff.); O. Däuper/A. v. Bernstoff, ZUR 2014, 24 (29 f.); U. Smeddinck, DVBl. 2014, 408 (413 ff.).
- 13 Vgl. C. Moench, DVBl. 2015, 213 (215 ff.); O. Däuper/K. Bosch/R. Ringwald, ZUR 2013, 329 (332 f.); B. Wolfers/H. Posser/T. Larisch, Stilllegung Kernenergie – Rechtsgutachten zur finanziellen Vorsorge für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung in der Kernenergiewirtschaft v. 11.11.2015, abrufbar unter: www.handelsblatt.com (letzter Abruf: 17.7.2018), S. 24, 31; s. auch H. Posser, atw 2015, 590 (593), wonach die Betreiber in den Standort Gorleben bereits 1,8 Mrd. Euro investiert haben.

oder die Kündigung von haftungsbegründenden Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen (s. § 302 Abs. 1 AktG)¹⁴ entgehen könnten.¹⁵

II. Warth & Klein-Gutachten v. 9. Oktober 2015

Angesichts der bisweilen öffentlichkeitswirksam geäußerten Zweifel an der Auskömmlichkeit der gebildeten Rückstellungen¹⁶ überrascht es nicht, dass die Praxis der KKW-Betreiber in mehreren Gutachten beleuchtet wurde. Dabei gelangte die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) beauftragte Kanzlei *Becker Büttner Held* bereits im Dezember 2014 zu dem Befund, dass im Falle der Insolvenz eines KKW-Betreibers gewisse Kostenrisiken für die öffentlichen Haushalte nicht auszuschließen seien.¹⁷ Als besonders wirkmächtig erwies sich sodann die ebenfalls vom BMWi beauftragte „Gutachtliche Stellungnahme zur Bewertung der Rückstellungen im Kernenergiebereich“ der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft *Warth & Klein Grant Thornton*.¹⁸ Im Rahmen dieses sog. Stresstests wurde zwar einerseits bestätigt, dass die von den EVU gebildeten Rückstellungen in Höhe von 38,288 Mrd. Euro (Stand: 31.12.2014) auf einer nachvollziehbaren Kostenschätzung beruhten, die alle Entsorgungsschritte vollständig abbildete. Insbesondere konnten keinerlei Beanstandungen an der Bilanzierung der Rückstellungen festgestellt werden.¹⁹ Andererseits betonten die Gutachter aber auch, dass „[d]ie Prognosen sowohl der Nettoeinnahmen als auch der Entsorgungskosten (...) mit erheblichen Schätzunsicherheiten verbunden [sind].“²⁰

14 Zur entsprechenden Anwendung auf die GmbH vgl. BGHZ 95, 330 (345 f.) = NJW 1986, 188; aus der Lit.: V. *Emmerich*, in: ders./M. Habersack (Hrsg.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8. Aufl. 2016, § 302 Rn. 25.

15 Näher J. *Wieland*, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (45 f.); B. *Meyer/S. Küchler/R. Wronski*, ZNER 2015, 203, (204 ff.); C. *Ziehm*, ZUR 2015, 658 (658 f.).

16 Siehe z.B. Handelsblatt online v. 13.3.2015: „Rückstellungen nicht sicher – Endlagerung des Atom- mülls gefährdet“; Handelsblatt v. 3.7.2015: „Teurer Abschied“; WirtschaftsWoche v. 31.7.2015: „ATOMKRAFT – Rechnung mit zu vielen Unbekannten“.

17 Vgl. O. *Däuper/D. Fouquet/W. Irrek*, *Finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich – Etwaige Risiken des Status quo und mögliche Reformoptionen*, 2014, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-rueckstellung-kernenergie.html> (letzter Abruf: 17.7.2018); s. daneben noch Boston Consulting Group, *Lösung der Nuklearproblematik in Deutschland*, 2015; S. *Küchler/B. Meyer/R. Wronski*, *Atomrückstellungen für Stilllegung Rückbau und Entsorgung*, Studie im Auftrag des BUND, 2014, www.foes.de/pdf/2014-09_FOES_Atomrueckstellungen.pdf (letzter Abruf: 17.7.2018).

18 *Warth & Klein Grant Thornton*, *Gutachtliche Stellungnahme zur Bewertung der Rückstellungen im Kernenergiebereich v. 9.10.2015*, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/stresstestkernenergie.html> (letzter Abruf: 17.7.2018); im Vorfeld z.B. G. *Volk*, DStR 2015, 2193; kritisch H. *Lenz/M. Pfautz*, KOR 2017, 262.

19 Siehe auch die zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse des Gutachtens im Monatsbericht des BMWi 11-2015, S. 25 (26).

20 *Warth & Klein Grant Thornton* (Fn. 18), Rn. 60. Die Bewertungsbandbreite der Entsorgungsverpflichtungen reichte von ca. 32,4 Mrd. Euro bis ca. 68,9 Mrd. Euro je nach angesetzttem HGB-Zinssatz und nuklearspezifischer Kostensteigerung (aaO, Rn. 43 f.).

III. Entwurf für ein Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz v. 9. November 2015

Ungeachtet der differenzierten Erkenntnisse des *Warth&Klein*-Gutachtens unterbreitete die Bundesregierung bereits kurz darauf, am 9. November 2015, den Entwurf eines eingriffsintensiven Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetzes.²¹ Hiermit sollte den Folgen möglicher gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen sowie Kündigungen von Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen innerhalb der Konzerne speziell für den Nuklearbereich entgegengewirkt werden. Den Hintergrund bildete der zutreffende Befund, wonach es im Falle derartiger Veränderungen nur für maximal fünf Jahren zu einer Nachhaftung oder einer Pflicht zur Sicherheitsleistung der Konzernmutter bzw. anderer Konzerngesellschaften kommen kann. Nach diesem Zeitraum tritt grundsätzlich eine „Enthftung“ ein.²² Die einschlägigen Regelungen sind Ausdruck des auch im Konzern geltenden *Trennungsprinzips*,²³ wonach im Außenverhältnis nur das eigene Vermögen der Gesellschaft haftet. In bewusster Loslösung hiervon wurde mit dem Gesetzentwurf eine dauerhafte (bis zum Verschluss des Endlagers reichende) Nachhaftung der herrschenden Unternehmen für die von ihnen dominierten Betreibergesellschaften angestrebt.²⁴ Hiervon sollten alle Folgekosten der Kernenergienutzung, d.h. für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung nach AtG und StandAG erfasst werden. Der Gesetzentwurf zielte mithin auf eine „allumfassende Haftung“ der herrschenden Konzernobergesellschaften für die Verbindlichkeiten der nachgeordneten Betreibergesellschaften.²⁵ Den konkreten Anlass für diesen einschneidenden Schritt lieferte eine Ankündigung des E.ON-Konzerns, die konventionellen Energiesparten (einschl. des Nuklearsektors) in die neu zu gründende Tochter *Uniper* auszulagern.²⁶

Gegen den Entwurf des Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetzes wurden sogleich Einwände erhoben. Die Bedenken stützten sich insbesondere auf die Wirtschaftsgrundrechte aus Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 GG, den Grundsatz des Vertrauensschutzes sowie den allgemeinen Gleichheitssatz

21 BT-Drs. 18/6615.

22 Näher unter D.I.1.

23 Hierzu *M. Klotz*, Der Konzern 2016, 1 (2); *M. Beurskens/P. Mainka*, Der Konzern 2017, 425 (425 f.); allgemein *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 198 f.

24 *M. Klotz*, Der Konzern 2016, 1 (1).

25 *J. Wieland*, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (46).

26 Vgl. insb. E.ON, Pressemitteilung v. 30.11.2014, abrufbar unter <http://www.eon.com/de/presse/pressemittteilungen/pressemittteilungen.html> (letzter Abruf: 17.7.2018); aus der Lit.: *M. Klotz*, Der Konzern 2016, 1 (1), der auch noch sowohl auf den Konzernumbau bei RWE (Innogy) als auch auf den bereits 2012 beendeten Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag zwischen der schwedischen *Vattenfall AB* und der seinerzeit für Deutschland zuständigen *Vattenfall Europe AG* eingeht.

in Art. 3 Abs. 1 GG.²⁷ Dabei ist pointiert vorgetragen worden, dass gleichsam „auf Verdacht“ mit einem etablierten und seit Jahrzehnten bewährten Strukturprinzip des Gesellschaftsrechts – dem Trennungsgrundsatz – gebrochen werde. Demgegenüber betonten andere Stimmen im Schrifttum den einfachrechtlichen Charakter des Trennungsprinzips und ordneten den Gesetzentwurf als verhältnismäßige Einschränkung der unternehmerischen Rechtspositionen ein.²⁸

IV. Abschlussbericht der KFK v. 27. April 2016 und Follow-up

Parallel zur Diskussion des Gesetzentwurfs beschäftigte sich auch die im Oktober 2015 von der Bundesregierung eingesetzte *Kommission zur Überprüfung der Finanzierung des Kernenergieausstiegs (KFK)* mit den Fragen der Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung. Der explizite Auftrag des aus 19 Mitgliedern bestehenden und unter dem Ko-Vorsitz von O. v. Beust, M. Platzeck und J. Trittin tagenden Gremiums bestand darin, zu prüfen, „wie die Sicherstellung der Finanzierung von Stilllegung und Rückbau der Kernkraftwerke sowie Entsorgung der radioaktiven Abfälle so ausgestaltet werden kann, dass die Unternehmen auch langfristig wirtschaftlich in der Lage sind, ihre Verpflichtungen aus dem Atombereich zu erfüllen“.²⁹

In ihrem am 27. April 2016 vorgelegten Abschlussbericht verständigte sich die KFK einstimmig auf eine sog. Fonds-Lösung.³⁰ Danach sollten die Energieversorgungsunternehmen 23,3 Mrd. Euro in einen öffentlich-rechtlichen Fonds einzahlen, um einerseits die Finanzierung der *Zwischen- und Endlagerung* sicherzustellen und andererseits in den Genuß einer Enthftung für etwaige überschießende Kosten der Entsorgung zu kommen. Der Betrag setzte sich zusammen aus den bis dahin (Stand: 31.12.2014) von den EVU gebildeten Rückstellungen für Zwischen- und Endlagerung in Höhe von 17,2 Mrd. Euro sowie einem Risikoaufschlag von

27 M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1151 ff.); T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565 ff.); ders., ZRP 2016, 30; H. Posser, atw 2015, 590; ders., Ausschuss-Drs. 18(9)621, S. 4 ff. (s. auch S. 26 ff., zu Bedenken im Hinblick auf Art. 49 und Art. 63 AEUV); M. Ruttloff, Ausschuss-Drs. 18(9)621, S. 4 ff., 11 f., 13; a.A. O. Däuper, Ausschuss-Drs. 18(9)624, S. 9 ff.; W. Frenz, RdE 2017, 393 (397); G. Hermes, ZRP 2016, 30; J. Wieland, in: FS F.-J. Peine, 2016, S. 245 (253 ff.); C. Ziehm, Ausschuss-Drs. 18(9)620, S. 5 ff.

28 Vgl. J. Wieland, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (47 ff.); G. Hermes, ZRP 2016, 30; M. Klotz, Der Konzern 2016, 1; s. auch E. Hofmann, ZfU 2/2017 Beilage, S. 9 (24).

29 Vgl. S. 2 des Einsetzungsbeschlusses, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/s/Einsetzung-einer-kommission-zur-ueberpruefung-der-finanzierung-des-kernenergieausstiegs.html> (letzter Abruf: 17.7.2018).

30 KFK, Verantwortung und Sicherheit – Ein neuer Entsorgungskonsens, Abschlussbericht v. 25.5.2016, http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/bericht-der-expertenkommission-ke-rnenergie.pdf?__blob=publicationFile&v=11 (letzter Abruf: 17.7.2018), S. 20 ff., 34 ff.; hierzu L. Brandmair, atw 2016, 460; O. Däuper/A. Dietzel, EnWZ 2016, 542 (543); M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1151); J. Wieland, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (46 f.); kritisch C. Ziehm, ZNER 2016, 199 (200): „vorgeschlagene Enthftung (...) konterkariert das Verursacherprinzip“; E. Jänsch/A. Brunnengräber/C. v. Hirschhausen/C. Möckel, GAIA 26/2 (2017), 118 (119): „klare Verletzung des Verursacherprinzips“.

rund 35% auf deren Barwert. Vorab diskutierte Modelle, wie eine privatrechtliche Stiftung mit Enthftungsmöglichkeit oder ein als öffentlich-rechtliches Sondervermögen verfasster Fonds samt Nachhaftung, wurden ausdrücklich abgelehnt.³¹ *Stilllegung* und *Rückbau* der kerntechnischen Anlagen sowie die *Verpackung* der radioaktiven Abfälle sollten nach Auffassung der KFK dagegen weiterhin im Verantwortungsbereich der Konzerne verbleiben und einer dauerhaften Nachhaftung (ohne Enthftungsmöglichkeit) unterliegen.

C. Kerninhalte des Entsorgungskonsenses

Die Umsetzung des von der KFK angestrebten Entsorgungskonsenses erfolgt durch ein Zusammenspiel des am 16. Juni 2017 in Kraft getretenen Gesetzes zur Neuordnung der Verantwortung in der kerntechnischen Entsorgung mit dem kurz darauf unterzeichneten Vertrag über die Finanzierung der Kosten des Kernenergieausstiegs. Nachfolgend soll zunächst ein Überblick zum Artikelgesetz gegeben werden (I.), bevor dessen einzelne Elemente, einschließlich des auf seiner Grundlage geschlossenen Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den EVU, näher beleuchtet werden (II.).

I. Überblick

Nachdem die Bundesregierung bereits durch Kabinettsbeschluss vom 1. Juni 2016 beschlossen hatte, die Empfehlung der KFK anzunehmen,³² wurde das Gesetz zur Neuordnung der Verantwortung in der kerntechnischen Entsorgung am 27. Januar 2017 verabschiedet.³³ Ausweislich seines Art. 10 stand es zunächst noch unter dem Vorbehalt einer beihilferechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission.³⁴ Nachdem diese am 16. Juni 2017 auf Grundlage von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV erteilt wurde,³⁵ konnte das Regelwerk mit Wirkung vom gleichen Tag in Kraft treten.³⁶

Das Artikelgesetz umfasst zunächst in Art. 1 die Errichtung eines Fonds zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung als rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts nach Maßgabe des Entsorgungsfondsgesetzes (EntsorgFondsG) (II.). Das

31 KFK (Fn. 30), S. 17 ff.; instruktiv zu den im Vorfeld diskutierten Stiftungs- und Fonds-Lösungen: *H. Schmitz/H. Grefrath*, NVwZ 2015, 169 (170 f., 171 f.); *C. Schulz*, in: A. Brunnengräber (Hrsg.), Problemfälle Endlager, 2016, S. 261 (267 ff.); ferner *E. Hofmann*, ZfU 2/2017 Beilage, S. 9 (15 ff.), der auch auf die „RAG-Stiftung“ im Kohlesektor eingeht.

32 Vgl. <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/06/2016-06-01-gesetzesaenderung-n-energie.html> (letzter Abruf: 17.7.2018).

33 Nachweis in Fn. 3.

34 Zur Beihilfendiskussion vgl. *W. Frenz*, ZNER 2015, 407 (412; s. auch S. 408 r. Sp.), mit der (fragwürdigen) These, dass eine „dauerhafte Durchgriffshaftung der Muttergesellschaft [sic] (...) beihilfenrechtlich geboten [ist]“.

35 Europäische Kommission, C (2017) 4249 final v. 16.6.2017, SA.45296.

36 BGBl. 2017 I S. 1676.

Entsorgungsübergangsgesetz (EntsorgÜG) aus Art. 2 regelt den Übergang künftiger Verpflichtungen der Betreiber gemäß §§ 21a und 21b AtG bzw. § 28 StandAG n.F. nach erfolgter Einzahlung an den Fonds (III.). Während die Art. 3 bis 6 notwendige Folgeänderungen von AtG und StandAG sowie der EndlagerVIV und der Strahlenschutzverordnung enthalten, statuiert das Transparenzgesetz (TransparenzG) in Art. 7 umfangreiche Publizitätsverpflichtungen hinsichtlich der Kosten für die Stilllegung und den Rückbau der Kernkraftwerke sowie die Verpackung der radioaktiven Abfälle (IV.). Das Nachhaftungsgesetz (NachhG) aus Art. 8 etabliert ein Sonderhaftungsregime für den atomaren Entsorgungsbereich (V.). Die abschließenden Art. 9 und 10 umfassen die ausdrückliche Ermächtigung zum Abschluss eines flankierenden öffentlich-rechtlichen Vertrages mit den EVU zur weiteren Absicherung des Entsorgungskonsenses (VI.) sowie Regelungen über das Inkrafttreten des Artikelgesetzes.

II. Entsorgungsfondsgesetz

Im Zentrum des EntsorgFondsG steht die durch § 1 Abs. 1 erfolgte Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung des öffentlichen Rechts. In den „Fonds zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung“ soll(t)en die Rückstellungen der EVU sowie (optional) der zur Abbildung des Kosten- und Zinsrisikos dienende Risikoaufschlag eingezahlt werden.³⁷ Die überführten Mittel werden dergestalt dem Insolvenzrisiko der KKW-Betreiber entzogen. Zentrale Aufgaben des Fonds bilden nach § 3 Abs. 1 EntsorgFondsG die Erstattung der für *Zwischen- und Endlagerung* entstehenden Kosten sowie die Anlage der übertragenen Mittel. Organfunktion nehmen das Kuratorium und der Vorstand (§ 3 Abs. 2 EntsorgFondsG) wahr.³⁸ Während Ersteres über alle grundsätzlichen Fragen entscheidet, obliegen dem dreiköpfigen Vorstand die Ausführung jener Beschlüsse sowie die Führung der Stiftungsgeschäfte (§§ 4 und 5 EntsorgFondsG). Zum Fondsvermögen rechnet § 7 EntsorgFondsG den von den KKW-Betreibern zu übertragenden Grundbetrag sowie den optionalen Risikoaufschlag. Die Einzahlung des *Grundbetrags* (in Barmitteln) musste nach § 7 Abs. 2 (i.V.m. Anhang II) des EntsorgFondsG am 1. Juli 2017 erfolgen, wobei ab 1. Januar 2017 eine Verzinsung mit 4,58% vorgesehen war.³⁹ Daneben bestand gemäß Art. 7 Abs. 3 (i.V.m. Anhang II) EntsorgFondsG für den *Risikoaufschlag* eine Einzahlungsoption in der Zeit vom 1. Juli 2017 bis zum 31. Dezember 2022. Den entscheidenden Anreiz hierfür setzte § 7 Abs. 3 S. 2

37 Zur Qualifizierung der Mittelübertragung als (zulässige) Sonderabgabe vgl. J. Wieland, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (49).

38 Zur Wirtschaftlichkeit des Entsorgungsfonds näher: H.-C. Pape, in: FS M. Schmidt-Preuß, 2018, S. 935 (939 ff.).

39 Nähere Vorgaben zur Abwicklung von Zahlungen sowie zur Höhe von verzinnten Einzahlungsbeträgen enthält die Verordnung über die Vereinnahmung von Zahlungen nach dem EntsorgungsfondsG (EntsorgFondsGZVO), BGBl. 2017 I S. 1674.

i.V.m. § 8 Abs. 2 EntsorgFondsG. Danach enden ab Einzahlung des Risikoaufschlags die ansonsten bestehenden Nachschusspflichten und es tritt eine Enthaltung der EVU für Kosten der Zwischen- und Endlagerung ein. Die Finanzierungsverantwortung geht insoweit vollständig und endgültig auf den Fonds über.⁴⁰ In der Praxis musste von der in Art. 7 Abs. 4 EntsorgFondsG eingeräumten Ratenzahlungsoption kein Kernkraftwerksbetreiber Gebrauch machen. Vielmehr erfolgte bereits am 3. Juli 2017⁴¹ die fristgerechte und vollständige Einzahlung der Grundbeträge und Risikoaufschläge i.H.v. insgesamt rund 24,1 Mrd. EUR.⁴²

III. Entsorgungsübergangsgesetz

Das EntsorgÜG regelt in § 1 zunächst den Übergang der *Finanzierungspflichten* für Endlageranlagen gemäß §§ 21a und b AtG sowie § 28 StandAG n.F. auf den Entsorgungsfonds. Den Stichtag bildet die Einzahlung des nach § 7 Abs. 2 EntsorgFondsG fälligen Grundbetrages oder der ersten Rate. Des Weiteren sieht § 2 Abs. 1 S. 1 EntsorgÜG ab diesem Zeitpunkt auch die Möglichkeit der KKW-Betreiber vor, radioaktive Abfälle an einen vom Bund mit der Wahrnehmung der Zwischenlagerung beauftragten Dritter abzugeben.⁴³ Der Dritte ist in privater Rechtsform zu organisieren, wobei der Bund als alleiniger Gesellschafter fungiert (§ 2 Abs. 1 S. 2 EntsorgÜG). In Erfüllung dieser Verpflichtung wurde die Gesellschaft für Zwischenlagerung (BGZ) am 1. August 2017 zu 100 Prozent auf den Bund übertragen.⁴⁴ Mit Abgabe der radioaktiven Abfälle nach § 2 Abs. 1 S. 1 EntsorgÜG geht die Verpflichtung zur geordneten Beseitigung aus § 9a Abs. 1 AtG auf den bundeseigenen Zwischenlagerbetreiber über (§ 2 Abs. 2 EntsorgÜG). In diesem Kontext macht § 3 EntsorgÜG weitergehend Vorgaben zur unentgeltlichen Übertragung der Zwischenlager an den bundeseigenen Zwischenlagerbetreiber ab 1. Januar 2019 bzw. 1. Januar 2020 (Anhang Tabelle 1 bzw. 2). Die Verantwortung für die Zwischenlagerung der radioaktiven Abfälle der EVU liegt dergestalt ab 2020 zentral in einer Hand.

40 O. Däuper/A. Dietzel, EnWZ 2016, 542 (545).

41 Vgl. insoweit § 3 Abs. 2 EntsorgFondsGZVO.

42 Der obligatorische Grundbetrag hatte eine Höhe von 17,930 977 226 Mrd. Euro, während der optionale Risikoaufschlag 6,216 875 476 Mrd. Euro betrug (vgl. BMWi, Pressemitteilung v. 3.7.2017, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de> [letzter Abruf: 17.7.2018]).

43 Nach § 2 Abs. 3 S. 1 EntsorgÜG kann die Abgabe gem. § 2 Abs. 1 S. 1 EntsorgÜG für bestrahlte Kernbrennstoffe und radioaktive Abfälle aus der Aufarbeitung bestrahlter Kernbrennstoffe frühestens ab dem 1.1.2019 erfolgen. Hiermit wird die notwendige Vorlaufzeit für den Aufbau des bundeseigenen Zwischenlagerbetreibers sichergestellt (W. Frenz, RdE 2017, 393 [395]).

44 BMWi, Bund übernimmt atomare Zwischenlager, Pressemitteilung v. 1.8.2017, <https://www.bmu.de/pressemitteilung/bund-uebernimmt-atomare-zwischenlager/> (letzter Abruf: 17.7.2018).

IV. Nachhaftungsgesetz

Ein weiteres Herzstück des Artikelgesetzes bildet das NachhG.⁴⁵ In Anknüpfung an den bereits unter B.III. skizzierten isolierten Entwurf für ein Rückbau- und Entorgungskostennachhaftungsgesetz vom 9. November 2015 wird hier eine Mithaftung aller den KKW-Betreiber beherrschenden Unternehmen für Kosten nach AtG und StandAG geregelt. Im Zentrum steht die Absicherung der Betreibergesellschaften durch die Konzernobergesellschaften auch bei Kündigung existierender Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge oder im Falle gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen (Konzernspaltung). Rechtstechnisch wird dies durch die in § 1 Abs. 1-5 NachhG verankerten Nachhaftungsregelungen verwirklicht. Der grundlegende § 1 Abs. 1 etabliert eine subsidiäre Haftung „herrschende[r] Unternehmen“ für alle gegenwärtigen und zukünftigen (!) öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen der Betreiber von Kernkraftwerken für die Stilllegung, den Rückbau und die geordnete Beseitigung radioaktiver Abfälle. Nach § 1 Abs. 2 erstreckt sich die Verantwortung auch auf Kosten für staatliche Ersatzvornahmen. Ausweislich von § 1 Abs. 3 (i.V.m. § 2 Abs. 3 NachhG) besteht die Haftung des herrschenden Unternehmens selbst nach einem Erlöschen des Betreibers als Rechtsträger fort. Sie erfolgt wie bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft ohne Einrede der Vorausklage (§ 1 Abs. 4 S. 1). Allerdings setzt eine Inanspruchnahme des herrschenden Unternehmens besondere rechtfertigende Umstände voraus, die in § 1 Abs. 4 S. 2 benannt werden.⁴⁶ Mehrere herrschende Unternehmen eines Betreibers (denkbar bei gestuften Beteiligungsstrukturen) haften als Gesamtschulder (§ 1 Abs. 5).

Hinsichtlich des zentral bedeutsamen *Beherrschungstatbestands* legt § 2 NachhG ein Konzept fest, das im Kern den allgemein-konzernrechtlichen Bestimmungen der §§ 16, 17 AktG entspricht.⁴⁷ Danach ist von einem „herrschenden Unternehmen“ auszugehen, wenn ein Unternehmen mindestens die Hälfte der Anteile bzw. der Stimmrechte der Gesellschafter innehat oder in sonstiger Weise einen beherrschenden Einfluss auf den KKW-Betreiber ausüben kann.⁴⁸

In § 3 NachhG finden sich des Weiteren Regelungen zur *Rückwirkung* des Nachhaftungsregimes sowie *Umgehungstatbestände*. Als Stichtag fungiert mit dem

45 Hierzu instruktiv O. Däuper/A. Dietzel, EnWZ 2016, 542 (546 ff.); W. Frenz, RdE 2017, 393 (397 f.); C. König, Der Konzern 2017, 61 (63 ff.); kritisch zum Terminus der „Nachhaftung“ G. Krieger, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (31); ablehnend zur Ausdehnung auch auf andere Wirtschaftssegmente M. Beurskens/P. Mainka, Der Konzern 2017, 425 (432).

46 Zur Anlehnung der Ausfallhaftungsgründe an die §§ 17-19 InsO und § 281 Abs. 2 BGB vgl. C. König, Der Konzern 2017, 61 (63); s. auch schon BT-Drs. 18/10469, S. 43 f. (Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

47 Darauf mit Recht hinweisend A. Kessler/P.-M. Schulz, NVwZ 2017, 577 (581); s. auch C. König, Der Konzern 2017, 61 (63); M. Klotz, Der Konzern 2016, 1.

48 Daneben gilt jeder persönlich haftende Gesellschafter eines Betreibers oder eines den Betreiber beherrschenden Unternehmens in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft als herrschendes Unternehmen (§ 2 Abs. 2 NachhG).

1. Juni 2016 das Datum des Kabinettsbeschlusses zur Annahme der KFK-Empfehlungen (s. oben unter C.I.). Nach diesem Zeitpunkt entfalten weder die Beendigung der Eigenschaft als herrschendes Unternehmen (Abs. 1) noch der Haftungsübergang auf einen Dritten befreiende Wirkung (Abs. 2). Mittels dieser *Rückwirkungsregelungen* sollte verhindert werden, dass sich Konzerne durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen vor Inkrafttreten des Gesetzes der Haftung entziehen.⁴⁹

Eine Beendigung der Haftung tritt ein, sobald die in § 1 genannten Zahlungsverpflichtungen erlöschen. Dies ist spätestens in dem Zeitpunkt der Fall, zu dem die ablieferungspflichtigen Stoffe des Betreibers vollständig an das Endlager des Bundes abgeliefert wurden und dieses verschlossen ist (§ 4 NachhG). In der Praxis ist eine Nachhaftung der EVU für Zwischen- und Endlagerung seit der am 3. Juli 2017 erfolgten vollständigen Einzahlung von Grundbetrag und Risikoaufschlag in den staatlichen Entsorgungsfonds ausgeschlossen.⁵⁰ Etwas anderes gilt indes für die Stilllegung und den Rückbau der KKW sowie die Verpackung der Abfälle. In soweit sind die einschneidenden Regelungen des NachhG unverändert anwendbar.

V. Transparenzgesetz

Das TransparenzG strebt schließlich einen verbesserten Überblick zur Entwicklung der Rückstellungen und der korrespondierenden Vermögenswerte an. Dergestalt soll eine effektive staatliche Aufsicht über die Sicherung der Finanzierung für diejenigen Aufgaben sichergestellt werden, die auch künftig in Betreiberverantwortung liegen werden.⁵¹ Um dies zu gewährleisten werden umfangreiche Auskunftspflichten der KKW-Betreiber gegenüber dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA).⁵² Konkret sieht etwa § 2 Abs. 1 TransparenzG eine jährliche detaillierte Aufstellung der in der Bilanz gebildeten Rückstellungen für die Stilllegung und den Abbau der Anlagen sowie für die Verpackung der radioaktiven Abfälle vor. § 3 Abs. 1 TransparenzG fordert eine Darstellung des Haftungskreises sämtlicher Gesellschaften, die nach § 1 NachhG für die Rückbauverpflichtungen haften.

49 C. König, Der Konzern 2017, 61 (64).

50 Die Beihilfekonformität der Enthafungsregelung hat die Kommission mit der Genehmigungsentcheidung v. 16.6.2017 (SA.45296) bestätigt (näher W. Frenz, RdE 2017, 393 [393 f.]). Darin bejahen die Brüsseler Wettbewerbsbehörden zwar in einem ersten (zweifelhaften) Schritt das Vorliegen des Beihilfetestands in Art. 107 Abs. 1 AEUV und begründen dies mit den Unsicherheiten hinsichtlich der tatsächlichen Höhe der Entsorgungskosten in Anwendung des Market-Operator-Tests (Rn. 30 ff.). In einem zweiten Schritt erfolgt dann aber die Beihilfegenehmigung in direkter Anwendung von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV (Rn. 42 ff.). Dabei wird sowohl die schlüssige Kalkulation von Grundbetrag und Risikoaufschlag (Rn. 62 ff.) als auch die begrenzte Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung (Rn. 76 ff.) hervorgehoben.

51 O. Däuper/A. Dietzel, EnWZ 2016, 542 (545); W. Frenz, RdE 2017, 393 (398 f.).

52 Vgl. auch die konkretisierende Rückbaurückstellungs-Transparenzverordnung v. 9.7.2018, BGBl. I S. 1090.

Schließlich sieht § 7 TransparenzG einen jährlichen Bericht der Bundesregierung gegenüber dem Deutschen Bundestag mit zusammenfassender Bewertung vor.

VI. Vertrag über die Finanzierung der Kosten des Kernenergieausstiegs

Flankierend zum gesetzlichen Regelungssystem haben die Bundesrepublik Deutschland und die beteiligten EVU am 26. Juni 2017 auf Grundlage von Art. 9 § 1 des Artikelgesetzes einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über die Finanzierung der Kosten des Kernenergieausstiegs geschlossen.⁵³ Darin wurde die gesetzlich festgelegte Aufteilung der Verantwortung für die kerntechnische Entsorgung nochmals bekräftigt und der mit Einsetzung der KFK im Oktober 2015 eingeleitete Prozess abgeschlossen. Den Hintergrund des Vertragsschlusses bildete das Verlangen nach „sehr langfristige[r] Rechtssicherheit“.⁵⁴ Im Rahmen des Vertrags verpflichteten sich die EVU dazu, „Barmittel in erheblichem Umfang“ auf den staatlichen Entsorgungsfonds zu übertragen und Rechtsbehelfe zurückzunehmen⁵⁵ bzw. darauf zu verzichten. Der letztgenannte Rechtsbehelfsverzicht umfasst ausweislich von § 4 S. 3 des Vertrags auch das Artikelgesetz selbst. Im Gegenzug werden die EVU und die KKW-Betreiber dauerhaft von Finanzierungs- und Handlungspflichten für die End- und Zwischenlagerung befreit.

D. Kernprobleme des Entsorgungskonsenses

Sind damit sowohl die Entwicklungslinien der Diskussion um die kerntechnische Entsorgung umrissen als auch die zentralen Inhalte des Artikelgesetzes sowie des flankierenden Vertrags zwischen Bund und EVU skizziert, gilt es im Weiteren zwei Kernprobleme des neuen Regelwerks näher zu analysieren. Hierbei handelt es sich um die mit dem NachhG verbundene Durchbrechung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips (I.) sowie die Reichweite der „Schutzschild“-Funktion des Vertrags über die Finanzierung des Kernenergieausstiegs (II.).

I. Nachhaftungsgesetz als Durchbrechung des Trennungsprinzips

Richtet man den Blick in einem ersten Schritt auf das Nachhaftungsgesetz, so gilt es zunächst die Grundsätze der Haftung im Konzern zu skizzieren (1.), bevor die

53 Der Vertragstext ist abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2017/20170626-vertrag-brd-energieversorgungsunternehmen-finanzierung-des-kernausstiegs.html> (letzter Abruf: 17.7.2018); näher hierzu *H. Schmitz/M. Helleberg/S. Martini*, NVwZ 2017, 1332.

54 BMWi, Vertrag zwischen Bundesrepublik Deutschland und Energieversorgungsunternehmen über Finanzierung des Kernenergieausstiegs unterzeichnet, Pressemitteilung v. 26.6.2017, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2017/20170626-vertrag-brd-energieversorgungsunternehmen-finanzierung-des-kernausstiegs.html> (letzter Abruf: 17.7.2018).

55 Ausgenommen hiervon blieb die weiter vor dem ICSID-Schiedsgericht der Weltbank in Washington anhängige Klage von *Vattenfall* (hierzu auch noch unter D.II.2.); vgl. ICSID Case No ARB/12/12, *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany* (No. 2); näher *H.-G. Dederer*, in: C. Raetzke/U. Feldmann/A. Frank (Hrsg.), *Aus der Werkstatt des Nuklearrechts*, 2016, S. 119; *J. Gundel*, in: M. Ludwigs (Hrsg.), *Der Atomausstieg und seine Folgen*, 2016, S. 47; *M. Ludwigs*, NVwZ 2016, 1 (4 ff.); *M. Krajewski*, in: *GS für H. Rittstieg*, 2015, S. 80 (89 ff.).

Verfassungskonformität der mit dem NachhG bewirkten Durchbrechung des Trennungsprinzips erörtert werden kann (2.).

1. Haftung im Konzern

Nach dem u.a. in § 1 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. § 13 Abs. 2 GmbHG zum Ausdruck kommenden *Trennungsprinzip*⁵⁶ bleibt auch im Konzern jeder Rechtsträger eigenständig und ist gesondert zu betrachten. Im Außenverhältnis haftet daher auch nur das eigene Vermögen der jeweils verpflichteten Einzelgesellschaft. Demgegenüber scheidet eine (über die Höhe der Einlage hinausreichende) Gesellschafterhaftung im AG- und GmbH-Konzern grundsätzlich aus. Insbesondere haftet die Obergesellschaft eines Konzerns nicht etwa automatisch für Verbindlichkeiten eines anderen Konzernunternehmens.⁵⁷ Dies gilt selbst dann, wenn gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden, um Risiken oder Haftungsmasse einem bestimmten Rechtsträger zuzuordnen. Kurz gefasst: Dem deutschen Recht ist eine Haftung fremd, die allein in der Beherrschung eines Unternehmens durch ein anderes wurzelt.⁵⁸ Für die Schulden einer konzernverbundenen Gesellschaft haftet im Grundsatz nur diese, nicht aber andere Konzernunternehmen bzw. die Muttergesellschaft.⁵⁹

Ausnahmen von diesem Trennungsprinzip sind klar umgrenzt und führen regelmäßig nicht zu einer „Ewigkeitshaftung“, wie sie das NachhG etabliert. Praktisch bedeutsam sind vor allem die *Spaltungshaftung* sowie die Nachhaftung bei Kündigung bestehender *Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge*. Was die *Konzernspaltung* nach § 123 UmwG betrifft, so haften die beteiligten Rechtsträger zwar zunächst als Gesamtschuldner (§ 421 BGB) für solche Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind (§ 133 Abs. 1 UmwG). Diejenigen Rechtsträger, denen eine Verbindlichkeit im Spaltungsvertrag nicht zugewiesen wurde, sind für diese Verbindlichkeiten aber nur dann verantwortlich, wenn sie vor Ablauf von *fünf Jahren* nach der Spaltung fällig werden und Ansprüche daraus gegen sie geltend gemacht sind (§ 133 Abs. 3 UmwG).⁶⁰

56 G. Krieger, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (28, 37 f.).

57 Zutreffend A. Kessler/P.-M. Schulz, NVwZ 2017, 577 (578).

58 D. Uwer, ZfU 2/2017 Beilage, S. 2 (5); zur Eingliederung nach §§ 319 ff. AktG als in der Praxis bedeutungslosem Ausnahmefall einer Mithaftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft vgl. G. Krieger, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (29 f.), s. dort auch noch zur Sonderkonstellation von Betreibergesellschaften in der Rechtsform der oHG.

59 D. Uwer, ZfU 2/2017 Beilage, S. 2 (5).

60 Für Einzelheiten siehe z.B. G. Krieger, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (34 f.); G. Seulen, in: J. Semler/A. Stengel (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 133 UmwG Rn. 77 ff.; vgl. auch Wissenschaftliche Dienste (Deutscher Bundestag), Einstandspflicht eines Unternehmens für öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten eines Tochterunternehmens nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts, 2015, S. 6.

Von besonderer Bedeutung ist des Weiteren die Kündigung der verbreiteten *Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge* zwischen Betreibergesellschaften und den sie beherrschenden Konzerngesellschaften.⁶¹ Für diesen Fall folgt eine Pflicht zur Leistung von Sicherheiten aus § 303 Abs. 1 AktG. Der dortige Nachhaftungsanspruch ist auf Sicherheitsleistung (§§ 232 ff. BGB) gerichtet und umfasst sämtliche Verbindlichkeiten, die bis zur Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrags entstanden sind, aber erst danach fällig werden. Die zeitliche Reichweite jener Nachhaftung ist im Einzelnen umstritten. Für die Praxis zentral ist ein Grundsatzurteil des BGH vom 7. Oktober 2014 zu Ansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen.⁶² Dort plädiert das Gericht im Einklang mit der herrschenden Ansicht im Schrifttum⁶³ für eine Analogie zu den §§ 26, 160 HGB und § 327 Abs. 4 AktG.⁶⁴ Hieraus folgt eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung herrschender Gesellschaften auf Ansprüche, die vor Ablauf von fünf Jahren nach der Bekanntmachung fällig werden.

Weitergehende Ausnahmen standen und stehen im Kontext der Kosten für die Verantwortung in der kerntechnischen Entsorgung nicht zur Debatte.⁶⁵ Vielmehr setzen die im allgemeinen Gesellschaftsrecht anerkannten Durchbrechungen des Trennungsprinzips ein *pflichtwidriges Handeln* voraus,⁶⁶ woran es vorliegend ersichtlich fehlt.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die mit dem NachhG verbundene, voraussetzungslose sowie prinzipiell dauerhafte und unbegrenzte Nachhaftung erkennbar über die anerkannten Fallgruppen gesellschaftsrechtlicher Nachhaftung hinausgeht.⁶⁷ Mit Blick auf das Ausmaß der Modifikationen ist dabei freilich weiter zwischen Stilllegung, Rückbau und Verpackung einerseits sowie Zwischen- und

61 Näher G. Krieger, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (28 f., 32 f.).

62 BGH, NZG 2014, 1340; zur Übertragbarkeit auf den vorliegenden Kontext näher L. Beck, NZI 2015, 258 (263).

63 Statt vieler U. Hüffer/J. Koch, Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018, § 303 Rn. 3 m.w.N.; für ein Abstellen auf das konkrete Sicherungsinteresse des Gläubigers dagegen noch H. Altmeyen, in: W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5, 3. Aufl. 2010, § 303 Rn. 30.

64 BGH, NZG 2014, 1340 Rn. 9 ff.

65 D. Uwer, ZfU 2/2017 Beilage, S. 2 (5); zur mangelnden Vergleichbarkeit des NachhG mit der Haftung des Grundstückseigentümers für Altlasten nach dem Bundesbodenschutzgesetz (s. § 4 Abs. 3 S. 4 und Abs. 6 BBodSchG) vgl. insb. M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1154 f.), die u.a. zutreffend auf die dort geforderte notwendige verfassungskonforme Reduktion im Lichte der Judikatur des BVerfG zur Reichweite der Zustandsstörerhaftung (BVerfGE 102, 1 [14 ff.]) rekurrieren.

66 Ebenso G. Krieger, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (39); zu denken ist insoweit an die Zfügung von Nachteilen gem. §§ 311 ff. AktG, die Existenzvernichtungshaftung bei vorsätzlich sittenwidrigen Eingriffen im GmbH-Recht oder auch die Einstandspflicht von Konzernmüttern für Verstöße ihrer Tochtergesellschaften gegen das EU-Kartellrecht; instruktiver Überblick bei A. Kessler/P.-M. Schulz, NVwZ 2017, 577 (578 ff.).

67 D. Uwer, ZfU 2/2017 Beilage, S. 2 (5); s. auch E. Hofmann, ZfU 2/2017 Beilage, S. 9 (20); C. König, Der Konzern 2017, 61 (65 f.).

Endlagerung andererseits zu differenzieren. Während für letztere Bereiche immerhin die Möglichkeit der Enthftung bei Einzahlung von Grundbetrag und Risikoaufschlag besteht, fehlt eine entsprechende Befreiungsoption für erstere vollständig.

2. Verfassungsrechtliche Kritik

Die Frage einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des einschneidenden Nachhaftungsregimes wird kontrovers diskutiert.⁶⁸ Die *Befürworter* machen geltend, dass sich die Nachhaftung lediglich als Ausgleich für jahrzehntelange Gewinne der Konzerne darstelle, Ausdruck des atom- und umweltrechtlichen Verursacherprinzips sei und dem Schutz der öffentlichen Kassen durch Vergrößerung des Schuldnerkreises im Rahmen der kerntechnischen Entsorgung diene.⁶⁹

Dem wird entgegengehalten, dass dem existierenden Recht bereits ausgefeilte Schutzmechanismen entnommen werden könnten, mittels derer die Fähigkeit der Betreibergesellschaften zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen angemessen abgesichert werde.⁷⁰ Im Übrigen erweise sich das Schlagwort vom „Verursacherprinzip“ als inhaltsleer, weil es im Gesellschaftsrecht nur ein Trennungsprinzip gebe, welches eine Haftung der Konzernmutter für ihre Tochtergesellschaften gerade ausschließe.⁷¹

Bei einer kritischen Würdigung ist im Ausgangspunkt hervorzuheben, dass bisweilen nicht hinreichend zwischen einer rechtspolitischen und einer rechtlichen Kritik unterschieden wird. Zu betonen ist insoweit, dass das Trennungsprinzip im Gesellschaftsrecht und damit im *einfachen Recht* wurzelt. Ungeachtet der Einordnung als „nahezu sakrosankt“⁷² bzw. als „fundamentale[s] Prinzip unserer Wirtschaftsverfassung“⁷³ handelt es sich mithin nicht um einen verfassungsrechtlichen Maßstab.⁷⁴ Gesellschaftsrechtliche Prinzipien und seien sie noch so fundamental, hindern den Gesetzgeber grundsätzlich nicht daran, Anpassungen vorzunehmen, die bis hin zu einem echten Paradigmenwechsel reichen können. Vor diesem Hintergrund erscheinen Aussagen im Schrifttum, wonach das Nachhaftungsgesetz „mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip nicht vereinbar ist“,⁷⁵ von vornhe-

68 Medienberichten zufolge hat ein EnBW-Großaktionär Verfassungsbeschwerde erhoben, die sich freilich spezifisch gegen § 2 Abs. 1 Var. 3 NachhG zu richten scheint (vgl. Handelsblatt online v. 12.12.2017: „Und doch noch eine Atomklage“).

69 Deziert *J. Wieland*, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (43, 47 ff.); s. auch *O. Däuper/A. Dietzel*, EnWZ 2016, 542 (546 f.); *W. Frenz*, RdE 2017, 393 (397); *C. Ziehm*, ZUR 2015, 658 ferner BT-Drs. 18/10469, S. 42 (Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

70 *G. Krieger*, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (36).

71 *Ibid.*, S. 37 f.

72 *D. Uwer*, ZfU 2/2017 Beilage, S. 2 (4 f.).

73 *Ibid.*, S. 38.

74 Darauf hinweisend bereits *J. Wieland*, zitiert bei *F. Geber/M. Schramm*, ZfU 2/2017 Beilage, S. 51 (57).

75 *C. König*, Der Konzern 2017, 61 (65).

rein als unscharf. Den Prüfungsmaßstab bilden vielmehr allein die Freiheits- und Gleichheitsrechte sowie der Grundsatz des Vertrauensschutzes.

a) Freiheitsrechte und Vertrauensschutz

In freiheitsrechtlicher Perspektive stehen Verstöße gegen Art. 14 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG)⁷⁶ im Raum.⁷⁷

aa) Eigentumsgarantie

Was zunächst die *Eigentumsgarantie* betrifft, so lässt sich deren Einschlägigkeit zum einen damit begründen, dass die Einbeziehung etwaiger Erwerber (von Anteilen) des Unternehmens in die Ewigkeitshaftung *de facto* zu einem *Veräußerungsverbot* der Betreibergesellschaften führt.⁷⁸ Es wird sich schwerlich ein Käufer finden lassen, wenn dieser als neues herrschendes Unternehmen auf Dauer mit ungewissen Lasten in erheblicher Größenordnung kalkulieren muss. Die besondere Eingriffsinintensität derartiger Veräußerungsverbote wird auch in der BVerfG-Judikatur durch erhöhte Anforderungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gespiegelt.⁷⁹

Zum anderen hat die Nachhaftung ein faktisches *Kündigungsverbot* im Hinblick auf bestehende Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge im Konzern zur Folge.⁸⁰ Entfaltet die Kündigung nicht mehr ihre in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte Enthaltungswirkung, wird sie funktionslos. Ihre Vornahme bewirkt nur noch den Verlust jeglicher Einflussmöglichkeit, lässt aber die Einstands- und Haftungspflichten unberührt.⁸¹

76 Mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG ist ein Dreifaches festzuhalten: *Erstens* sind die in Rede stehenden Wirtschaftsgrundrechte durchgängig auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar (für Art. 12 Abs. 1 GG zwar str., aber st. Rspr., z.B. BVerfGE 105, 252 [265]). *Zweitens* kann sich nach dem Atomausstiegsurteil des BVerfG v. 6.12.2016 auch eine erwerbswirtschaftlich tätige inländische juristische Person des Privatrechts, welche vollständig von einem Mitgliedstaat der EU getragen wird „in Ausnahmefällen auf die Eigentumsfreiheit berufen und Verfassungsbeschwerde erheben“ (BVerfGE 143, 246, LS 2 und Rn. 184 ff.). Demgegenüber scheidet *drittens* eine Grundrechtsberechtigung des staatlich beherrschten EnBW-Konzerns nach Maßgabe der schwerlich überzeugenden, aber ständigen BVerfG-Judikatur zum personalen Substrat (zuletzt bestätigt durch BVerfG NVwZ 2018, 51 [62] und Ls. 4), aus (Kritik bei M. Ludwigs/C. Friedmann, NVwZ 2018, 22 [23 ff.]).

77 Zur (Fort-)Geltung der verfassungsrechtlichen Grenzen auch bei konsensualer Begründung der Nachhaftung (wie sie durch den Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den EVU v. 26.6.2017 etabliert wurde) vgl. M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1156 f.), unter Hinweis auf die umfassende Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand aus Art. 1 Abs. 3 GG.

78 M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1151); T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565); H. Posser, atw 2015, 590; s. auch B. Wolfers/H. Posser/T. Larisch (Fn. 13), S. 120 f.; bereits die Eröffnung des Schutzbereichs (mit isolierter Diskussion des Vermögens als eigentumsrechtlicher Position) ablehnend C. Ziehm, ZUR 2015, 658 (662).

79 Prägnant BVerfGE 26, 215 (222): „Ein Veräußerungsverbot gehört somit zu den schwersten Eingriffen in diesen Freiheitsbereich des Bürgers“.

80 M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1151); T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565); H. Posser, atw 2015, 590.

81 Prägnant M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1151): „Trennung der eigentumspezifischen Verbundenheit von Nutzen und Lasten, von Einflussmöglichkeit und Haftungsverantwortung“.

Mit Blick auf die dogmatische Einordnung des derart begründeten Eingriffs in Art. 14 Abs. 1 GG, bestehen – zumal im Lichte des vom BVerfG für eine Enteignung geforderten Güterbeschaffungsvorgangs⁸² – keine Zweifel an der Qualifizierung als Inhalts- und Schrankenbestimmung.⁸³

bb) Berufsfreiheit und Vereinigungsfreiheit

Hinsichtlich der vorliegend in Idealkonkurrenz zur Eigentumsgarantie stehenden *Berufsfreiheit*⁸⁴ ist die These vertreten worden, dass die mit einer Enthaltung der Konzernobergesellschaften einhergehende Neuaufstellung zum „modernen Energieversorgungsunternehmen“ einen Akt der *Berufswahl* darstelle.⁸⁵ Dies zugrunde gelegt werden die Nachhaftungsregelungen im Rahmen der überkommenen Drei-Stufen-Theorie nicht nur als Berufsausübungsregelungen qualifiziert⁸⁶ sondern weitergehend als Berufswahlregelungen begriffen.⁸⁷ Bei einer kritischen Würdigung dürfte eine solche Einordnung zwar schon deshalb ausscheiden, weil es das eigenständige Berufsbild des „Energieversorgungsunternehmens der Energiewende ohne die Nutzung von Kernenergie“ nicht gibt.⁸⁸ Zutreffend ist aber, dass sich die in Teilen (Stilllegung, Rückbau und Verpackung) unausweichliche und unbegrenzte Nachhaftung als Berufsausübungsregelung mit besonders hoher Eingriffsintensität darstellt. Dem ist im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung zu tragen. Ausweislich der BVerfG-Judikatur gilt dabei eine von der formalen Stufenzuordnung unabhängige *Je-desto-Formel*: „Je stärker [eine Einschränkung] die Be-

82 BVerfGE 143, 246 LS 4 und Rn. 251 ff., in Anknüpfung an BVerfGE 104, 1 (10); die Frage nach der konstitutiven Bedeutung eines Güterbeschaffungsvorgangs offenlassend noch BVerfGE 134, 242 (289); s. aber auch BVerfGE 126, 331 (359); zustimmend M. Ludwigs, NVwZ-Beil. 1/2017, 3; G. Roller, ZUR 2017, 277 (281); im Vorfeld bereits W. Kabll/J. Bews, JURA 2014, 1004 (1016); M. Kloepfer, DVBl. 2011, 1437 (1439); J. Kersten/A. Ingold, ZG 2011, 350 (358); ablehnend J. Berkemann DVBl. 2017, 793 (798 f.); J. Froese, NJW 2017, 444; C. Moench, in: FS M. Schmidt-Preuß, 2018, S. 215 (224 ff.); im Vorfeld F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen des beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 36 ff.; K.-A. Schwarz, DVBl. 2013, 133 (138).

83 Zuvor bereits J. Wieland, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (43, 47 f.).

84 Zur Annahme von *Idealkonkurrenz* zwischen Art. 12 und Art. 14 GG bei gleichzeitiger Betroffenheit beider Schutzbereiche vgl. exemplarisch: BVerfGE 50, 290 (339 ff., 361 f.); 128, 1 (36 ff.); 143, 246 Rn. 372; s. im vorliegenden Kontext auch M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1151 f.), unter zutreffendem Rekurs auf die beiden Wirtschaftsgrundrechten gleichermaßen zuzuordnende gesellschaftsrechtliche Beherrschung einer Betreibergesellschaft; a.A. M. Klotz, Der Konzern 2016, 1 (2), der nur auf allgemeine Handlungsfreiheit und Berufsfreiheit abstellen will.

85 In diese Richtung H. Posser, atw 2015, 590; B. Wolfers/H. Posser/T. Larisch (Fn. 13), S. 127 ff.; s. auch T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565).

86 Dafür J. Wieland, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (47); ebenso E. Hofmann, ZfU 2/2017 Beilage, S. 9 (23); C. Ziehm, ZUR 2015, 658 (662).

87 Vgl. z.B. T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565), der allerdings keine klare Zuordnung zur 2. oder 3. Stufe vornimmt; für eine Einordnung als subjektive Berufswahlregelung (2. Stufe): B. Wolfers/H. Posser/T. Larisch (Fn. 13), S. 129.

88 Ablehnend auch J. Wieland, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (47 f.); anders aber B. Wolfers/H. Posser/T. Larisch (Fn. 13), S. 128 f.

rufstätigkeit einengt, um so gewichtiger müssen die sie rechtfertigenden Gründe sein“.⁸⁹

Die *Vereinigungsfreiheit* schließlich umfasst als Kehrseite der Gründungs- und Beitrittsfreiheit auch das Recht zum Austritt aus einer Vereinigung.⁹⁰ Das mit der Nachhaftung begründete faktische Veräußerungsverbot zwingt nun aber faktisch zur Beibehaltung der Gesellschafterstellung und erweist sich daher als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff auch in Art. 9 Abs. 1 GG.⁹¹

cc) Vertrauensschutz

Intensiver Diskussionsgegenstand ist des Weiteren ein möglicher Verstoß gegen den verfassungsrechtlich garantierten Vertrauensschutz.⁹² In kritischer Perspektive erfolgt dabei z.T. eine Einordnung des Nachhaftungsregimes als nur ausnahmsweise zulässige *echte Rückwirkung*.⁹³ Der Gesetzgeber greife mit dem Nachhaftungsge-
setz rückwirkend in abgeschlossene Sachverhalt – in Gestalt der vor Jahrzehnten etablierten Konzernstrukturen und der abgeschlossenen Rückstellungsbildung – ein.

Richtigerweise dürfte indes ein differenzierender Ansatz vorzugswürdig sein. Eine *Rückbewirkung von Rechtsfolgen*⁹⁴ impliziert zunächst in der Tat die Rückdatierung der Nachhaftung auf den 1. Juni 2016 in den (unter C.IV. skizzierten) Fallgruppen des § 3 Abs. 1-3 NachhG. Zu bedenken ist insoweit aber, dass die Zulässigkeit einer solchen *echten Rückwirkung* zur Vermeidung sog. Ankündigungseffekte in der BVerfG-Judikatur anerkannt ist. Danach kann die Ankündigung einer Gesetzesänderung durch das initiativberechtigte Organ ausreichen, um schutzwürdiges Vertrauen zu beseitigen.⁹⁵ Eine solche Konstellation ist vorliegend geradezu modellhaft gegeben, fungiert als Stichtag im Rahmen von § 3 Abs. 1-3 NachhG

89 BVerfGE 33, 125 (168); s. auch für das Umschlagen einer Berufsausübungsregelung in eine Berufswahlregelung BVerfGE 11, 30; 30, 292 (313); 38, 61 (85 f.); näher zu Aufweichungen der Stufenlehre: T. Mann, in: M. Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 137 ff., 142 ff. m.w.N.

90 Vgl. allgemein BVerfGE 10, 89 (102); 50, 290 (354).

91 T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565); H. Posser, atw 2015, 590; s. auch M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1152, 1156).

92 Zur dogmatischen Verankerung im Rechtsstaatsprinzip oder der Eigentumsgarantie vgl. P. Axer, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 37. Edition 2018, Art. 14 Rn. 98 ff. m.w.N. Die BVerfG-Judikatur (z.B. BVerfGE 101, 239 [257]; zuletzt BVerfGE 143, 246 Rn. 372) nimmt an, dass die rechtsstaatlichen Grundsätze zur Rückwirkung im Bereich von Art. 14 durch den grundrechtlichen Eingriffsschutz verdrängt werden, wobei die inhaltlichen Anforderungen an die Rückwirkung gleichbleiben (BVerfGE 95, 64 [86 f.]).

93 B. Wolfers/H. Posser/T. Larisch (Fn. 13), S. 134 f.; s. auch T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1564, 1567); H. Posser, atw 2015, 590 (593).

94 Zur heute anerkannten inhaltlichen Parallelität der Begriffe „echte Rückwirkung“ und „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ bzw. „unechte Rückwirkung“ und „tatbestandliche Rückanknüpfung“ vgl. BVerfGE 127, 1 (17) – Zweiter Senat; 132, 302 (318) – Erster Senat.

95 BVerfGE 97, 67 (82); M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 134; s. auch BT-Drs. 18/10469, S. 45; kritisch J. Hey, NJW 2007, 408; A. Leisner-Egensperger, NVwZ 2012, 985.

doch mit dem 1. Juni 2016 das Datum des Kabinettsbeschlusses, in dem die Bundesregierung (als nach Art. 76 Abs. 1 GG initiativberechtigtes Organ) eine entsprechende Gesetzesinitiative angekündigt hatte.⁹⁶

Außerhalb des § 3 Abs. 1-3 NachhG entfaltet das Artikelgesetz dagegen „nur“ eine *unechte Rückwirkung*. Eine solche *tatbestandliche Rückanknüpfung*⁹⁷ liegt vor, wenn der Gesetzgeber auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte einwirkt und abweichende Regelungen für die Zukunft trifft. Im vorliegenden (Nachhaftungs-)Kontext ist insoweit die Modifikation der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelungen mit daraus resultierender Durchbrechung des Trennungsprinzips maßgeblich.⁹⁸ Die Regelungen sind in die haftungsrechtliche Zukunft gerichtet und greifen nicht nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ein. Insbesondere soll ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung (ausgenommen § 3 Abs. 1-3 NachhG) nicht schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten.⁹⁹

Die Zulässigkeit einer *unechten Rückwirkung* ist zwar grundsätzlich zu bejahen,¹⁰⁰ weil kein genereller Vertrauensschutz auf den Fortbestand der jeweils geltenden Rechtslage besteht. Dessen ungeachtet bleibt aber auch hier zu fragen, ob sich die Rückwirkung mit Blick auf die Erreichung des Gemeinwohlzwecks als verhältnismäßig erweist.¹⁰¹ Bedenkt man weiter, dass sich die Bedeutung der berührten Vertrauensschutzbelange in Abhängigkeit von der Schwere des Eingriffs in das sachlich berührte Grundrecht erhöht,¹⁰² wird man vorliegend einen strengeren Maßstab anzulegen haben.¹⁰³

b) Allgemeiner Gleichheitssatz

Auf gleichheitsrechtlicher Ebene wird ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG in zweifacher Hinsicht diskutiert.¹⁰⁴ Zum einen werden die EVU untereinander in Bezug auf die unterschiedlichen Konzernstrukturu-

96 Vgl. auch schon die Erklärung der Bundesregierung zur Umsetzung der Empfehlungen der KFK v. 27.4.2016, Anl. 3 zur Kabinettsvorlage des BMWi, Datenblatt-Nr. 18/09 153; aus der Lit.: O. Däuper/A. Dietzel, EnWZ 2016, 542 (548 f.).

97 Siehe zur Terminologie bereits den Hinweis in Fn. 94.

98 Gleiches gilt auch für die Verpflichtung zur Übertragung der gebildeten Rückstellungen auf den Entsorgungsfonds mit damit verknüpfter eingeschränkter Verwendbarkeit der Mittel.

99 Im Ergebnis auch J. Wieland, ZfU 2/2017 Beilage, S. 42 (48); ferner E. Hofmann, ZfU 2/2017 Beilage S. 9 (21 f.); M. Klotz, Der Konzern 2016, 1 (5 f.).

100 BVerfGE 132, 302 (318); 135, 1 (13); BVerfG, NVwZ 2016, 300.

101 BVerfGE 72, 200 (242 f.); 95, 64 (86); 101, 239 (263); 116, 96 (132); 123, 186 (257); 127, 1 (17 f.); 127, 31 (47 f.); zu verbleibenden Uneinheitlichkeiten zwischen Erstem und Zweitem Senat: O. Lepsius, Jura 2018, 577 (584 f.).

102 BVerfGE 134, 33 (59 f.).

103 Ähnlich M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1155 ff.), unter Rekurs auf das Vorliegen besonderer Vertrauenstatbestände aufgrund konkret verfestigter Vermögensdispositionen.

104 Zum Folgenden T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565); H. Posser, atw 2015, 590 (592).

ren (zwei- oder mehrstufig) und Haftungsmassen verglichen. Die Nachhaftung wirke sich je nach Unternehmensstruktur unterschiedlich aus, ohne dass hierfür hinreichende Gründe erkennbar wären. Zum anderen erfolgt ein Vergleich zu anderen Branchen mit ähnlichem Risikopotenzial, wie der Großchemie oder dem Banken- und Finanzsektor.¹⁰⁵

Im Rahmen der Rechtfertigung rückt die in der jüngeren BVerfG-Judikatur entwickelte *Stufenlos-Formel* in den Fokus. Danach ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können.“¹⁰⁶ Maßgeblich für die Einordnung ist die Intensität der Ungleichbehandlung. Bei Ungleichbehandlungen geringer Intensität nähert sich der Prüfungsmaßstab einer Willkürprüfung an, während bei höherer Intensität eine zunehmend strengere Verhältnismäßigkeitskontrolle erfolgt. Vorliegend spricht für einen intensivierten Kontrollmaßstab vor allem der Umstand, dass die fragliche Maßnahme zugleich mit einem erheblichen Eingriff in den Schutzbereich spezieller Freiheitsgrundrechte verbunden ist (s.o.).¹⁰⁷

c) Verhältnismäßigkeit als Dreh- und Angelpunkt

Insgesamt ist deutlich geworden, dass die Verhältnismäßigkeit auf allen Prüfungsebenen den Dreh- und Angelpunkt der Verfassungskonformität des NachhG bildet.

aa) Freiheitsrechtliche Perspektive

In *freiheitsrechtlicher Perspektive* sind insoweit gewichtige Einwände vorgetragen worden. Dies gilt zum einen für den Hinweis bzgl. der *Erforderlichkeit*, wonach das bisherige Rückstellungssystem seit 40 Jahren beanstandungsfrei durchgeführt wurde.¹⁰⁸ Zu bedenken ist allerdings, dass mit der Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Rückstellungspraxis die durch das Nachhaftungsgesetz angestrebte Sicherung einer ausreichenden Haftungsmasse¹⁰⁹ nicht in gleichem Maße gefördert wird, wie durch die Vergrößerung des Schuldnerkreises.¹¹⁰ Es handelt sich mithin zwar um ein milderes, nicht aber gleich geeignetes Mittel.

105 M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1156); s. auch T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565); H. Posser, atw 2015, 590 (592); C. König, Der Konzern 2017, 61 (66).

106 Vglexemplarisch BVerfGE 129, 49; instruktiv G. BritzNJW 2014, 346, die auch auf verbleibende Divergenzen zwischen Erstem und Zweitem Senat eingeht; ausführlich U. Kischel, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 37. Edition 2018, Art. 3 Rn. 24 ff., 28 f., 30 ff., 34 ff.

107 Siehe zum Einfluss von Freiheitsrechten etwa BVerfGE 82, 126 (146); 107, 27 (46); 139, 285 (309).

108 Dies hervorhebend M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1153); T. Leidinger, NVwZ 2015, 1564 (1565 f.); H. Posser, atw 2015, 590 (592).

109 BT-Drs. 18/10469, S. 23, 42.

110 Ähnlich E. Hofmann, ZfU 2/2017 Beilage, S. 9 (22).

Zum anderen ist im Rahmen der *Angemessenheit* sowohl das schutzwürdige Vertrauen der Betreibergesellschaften und der herrschenden Unternehmen in den Fortbestand der haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen als auch die singuläre Eingriffstiefe einer zeit- und höhenmäßig unbegrenzten Nachhaftung einzustellen. Im Übrigen erscheint der von den Befürwortern vorgebrachte Rekurs auf das umwelt- und atomrechtliche Verursacherprinzip als zu pauschal. Zu bedenken ist insoweit bereits, dass die Verursacherrolle im Kontext der kerntechnischen Entsorgung keineswegs eindeutig verteilt ist. Insbesondere lassen sich Kosten qua politischer Opportunität schwerlich den EVU zuordnen.¹¹¹ Hinzu kommt, dass das Verursacherprinzip auf eine normative Konkretisierung angewiesen ist.¹¹² Aus sich heraus kann es keine unmittelbaren Pflichten für den Einzelnen erzeugen.¹¹³ Bis zum Inkrafttreten des Nachhaftungsgesetzes adressierten die öffentlich-rechtlichen Vorschriften (AtG, StandAG) indes die KKW-Betreiber, während eine zusätzliche Haftung der Konzernobergesellschaften nicht vorgesehen war. Dies zugrunde gelegt wird deutlich, dass jedenfalls der ursprüngliche, jede Enthaltungsmöglichkeit der EVU ausschließende Gesetzentwurf für ein Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz vom 9. November 2015 schwerlich mit der Verfassung in Einklang zu bringen war. Mit Blick auf das Nachhaftungsgesetz vom 27. Januar 2017 erscheint demgegenüber ein anderes Ergebnis tragfähig, wenn man ein Zweifaches einstellt. *Erstens* kommt der in § 7 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 EntsorgFondsG eingeräumten Enthaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Zwischen- und Endlagerung tragende Bedeutung für die Beurteilung der Nachhaftung zu. Zwar führt die Höhe des Risikoaufschlags (35,47%) weiterhin zu einem erheblichen Eingriff nahe der verfassungsrechtlichen Belastungsgrenze, überschreitet diese aber aufgrund des weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums¹¹⁴ nicht.¹¹⁵ *Zweitens* lässt sich die bessere Kalkulierbarkeit der Kosten für Stilllegung, Rückbau und Verpackung zugunsten der Verhältnismäßigkeit i.e.S. anführen. Mit Recht wird insoweit darauf hingewiesen, dass „hierzu Erfahrungswerte vorliegen und nach allge-

111 H. Posser, in: FS K.-P. Dolde, 2014, S. 251; dies anerkennend W. Frenz, ZNER 2015, 407 (411). Hiermit korrespondierend fordert auch die Richtlinie 2011/70/Euratom (ABl. 2011, Nr. L 199/48) nicht zwangsläufig eine vollständige Kostentragung durch die KKW-Betreiber. Vielmehr sieht ihr Art. 9 lediglich vor, dass bei der Bereitstellung der Finanzmittel „die Verantwortung der Erzeuger abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle angemessen zu berücksichtigen ist“ (B. Wolfers/H. Posser/T. Larisch [Fn. 13], S. 51 f.; a.A. C. Ziehm, ZUR 2015, 658 [658]).

112 Allgemein R. Schmidt/W. Kahl/K. F. Gärditz, Umweltrecht, 10. Aufl. 2017, § 4 Rn. 29.

113 Deutlich zuletzt EuGH, Rs. C-534/13, ECLI:EU:C:2015:140, Rn. 41 – Fipa Group; aus der Lit. statt vieler: A. Epiney, Umweltrecht der EU, 3. Aufl. 2013, Kap. 5 Rn. 28; M. Nettesheim, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL 2015, Art. 191 AEUV Rn. 107, 110.

114 Siehe zum „besonders weiten Gestaltungsspielraum“ des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Atomrechts BVerfGE 49, 89 (145 ff.); BVerfGE 143, 246 Rn. 219; zur Würdigung des Risikoaufschlags durch die EU-Kommission im Beihilfeverfahren vgl. C (2017) 4249 final v. 16.6.2017, SA. 45296, Tz. 70 ff.; zu den Kapitalmarktreaktionen C. Welkoborsky, ZfU 1/2017, 85 (92 ff.).

115 Zutreffend M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1157).

meiner Lebenerfahrung eine Überschreitung der Belastungsgrenze nahezu ausgeschlossen oder jedenfalls unwahrscheinlich ist“.¹¹⁶

bb) Gleichheitsrechtliche Perspektive

Als noch diffiziler erweist sich die gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung. Zwar lässt sich der Kritik im Hinblick auf die unterschiedlichen Konzernstrukturen noch unter Bezugnahme auf die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers begegnen.¹¹⁷ Auch kann hinsichtlich der gerügten Ungleichbehandlung gegenüber anderen Branchen schlüssig auf die einzigartig langfristig zu planende und daher mit spezifischen Prognoserisiken verbundene Abwicklung der Kernenergie verwiesen werden.¹¹⁸ Der letztgenannte Hinweis auf die Singularität der Fallkonstellation trägt aber allein für die Bereiche Zwischen- und Endlagerung. Demgegenüber lässt sich aufgrund der deutlich besseren Kalkulierbarkeit der entstehenden Kosten für Stilllegung, Rückbau und Verpackung¹¹⁹ von einer solchen Einzigartigkeit schwerlich ausgehen.

Den hieraus resultierenden Bedenken kann auch nicht entgegeng gehalten werden, dass den Gesetzgeber keine Pflicht trifft, alle sachlich vergleichbaren Sachverhalte auf einmal einer gleichen Regelung zu unterwerfen.¹²⁰ Insoweit ist zu bedenken, dass keinerlei Anzeichen für eine reflektierte Abkehr vom Trennungsprinzip und die sukzessive Einführung eines Systems der echten Konzernaußenhaftung für Branchen mit vergleichbarem Risikopotenzial erkennbar sind.¹²¹ Die Etablierung eines Sonderregimes lässt sich für die Bereiche Stilllegung, Rückbau und Verpackung auch schwerlich mit den in der BVerfG-Judikatur formulierten Geboten der *Systemgerechtigkeit* und *Folgerichtigkeit* in Einklang bringen. Danach sind bei der Regelung eines bestimmten Lebensbereichs „die von ihm zugrunde gelegten Grundwertungen folgerichtig durchzuhalten und Ausnahmen nur bei Vorliegen eines besonderen sachlichen Grundes zuzulassen“.¹²² Die Systemwidrigkeit einer

116 M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1155).

117 M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1156): „äußerstenfalls“.

118 H. Schmitz/M. Hellerberg/S. Martini, NVwZ 2017, 1332 (1335); s. auch M. Klotz, Der Konzern 2016, 1 (4); a.A. M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1156).

119 Vgl. insoweit KfK (Fn. 30), S. 33; s. auch Warth & Klein Grant Thornton (Fn. 18), Rn. 196, mit dem Hinweis, dass die Entsorgung in den ersten 25 Jahren durch Stilllegung und Rückbau geprägt sein wird, während die wesentlichen Ausgaben für die Endlagerung erst danach erfolgen; aus der Lit.: M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1153); E. Hofmann, ZfU 2/2017 Beilage, S. 9 (11); H. Posser, atw 2015, 590 (593).

120 So aber E. Hofmann, ZfU 2/2017 Beilage, S. 9 (23).

121 Ähnlich M. Hitzer/M. Ruttloff, DVBl. 2016, 1148 (1156); zu ersten Forderungen für eine Nachhaftung im Kontext des Braunkohletagesbaus vgl. S. Fiedler et al., Am Ende ohne Kohle?, böll.brief GRÜNE ORDNUNGSPOLITIK #4, 12/2016, S. 15 ff.

122 BVerfG, ZIP 2014, 464 Rn. 42; eingehend aus der Lit.: P. Kirchhof, in: T. Maunz/G. Dürig, GG-Kommentar, 81. EL 2017, Art. 3 Rn. 404 ff.; A. Nußberger, in: M. Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 98 ff.; kritisch U. Kischel, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 37. Edition 2018, Art. 3 Rn. 95 ff.

Norm führt zwar allein noch nicht zur Annahme eines Gleichheitsverstoßes, kann aber ein Indiz hierfür liefern.¹²³ In jedem Fall bedürfen gegensätzliche Regelungen eines folgerichtigen Grundes.¹²⁴ Stellt man nun weiter ein, dass mit dem NachhG eine Durchbrechung des Trennungsprinzips als „ehernem Grundsatz“¹²⁵ des Gesellschaftsrechts erfolgt, spricht viel für die Annahme, dass eine mit dem „Sonderfall Kernenergie“ begründete Nachhaftung auf die Bereiche Zwischen- und Endlagerung beschränkt bleiben muss.

II. „Schutzschild“-Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Nach dieser differenzierten Würdigung der Verfassungskonformität des NachhG, gilt es sich im Weiteren einem zweiten Kernproblem des Entsorgungskonsenses zuzuwenden: Der Frage, inwieweit dem am 26. Juni 2017 geschlossenen flankierenden Vertrag die zgedachte Schutzschild-Funktion gegenüber einem erneuten Politikwechsel zukommt. Dabei ist zunächst die Rechtsnatur des Vertrags zu klären (1.), bevor erste Antworten auf offene Fragen zur Reichweite der Bindung gegeben werden können (2.).

1. Einordnung

Was die Rechtsqualität des „Vertrag[s] über die Finanzierung des Kernenergieausstiegs“ angeht, so wurde dieser von den Parteien ausdrücklich als „Öffentlich-rechtlicher Vertrag“ ausgeflaggt. Daneben erklärt auch sein § 5 Abs. 2 den Teil IV des VwVfG explizit für anwendbar.¹²⁶ Hiermit zogen die Vertragspartner zum einen die Lehren aus dem *Atomkonsens I* des Jahres 2000, dessen Rechtsnatur als bloße politische Vereinbarung oder rechtlich verbindlicher Vertrag bis heute umstritten ist.¹²⁷ Zum anderen wurde die erst kurz zuvor im Atomausstiegsurteil des BVerfG vom 6. Dezember 2016 unterstrichene Bedeutung konsensualer Techniken zur Herstellung rechtlicher Verlässlichkeit reflektiert.¹²⁸

123 BVerfGE 122, 1 (36).

124 BVerfGE 84, 239 (271).

125 G. Krieger, ZfU 2/2017 Beilage, S. 25 (28).

126 Vgl. auch schon § 5 des Förderfondsvertrags von 2010, der explizit auf § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG verwies.

127 Zwar wurde bisweilen eine Passage aus der *Biblis A*-Entscheidung zur Anlage 2 des Atomkonsens I verallgemeinert, die sich für ein Verständnis als „typische und politisch übliche Absichtserklärungen“ ausspricht (BVerfGE 104, 249 [268]). Im Atomausstiegsurteil v. 6.12.2016 hat der Erste Senat aber klargestellt, dass aus den spezifischen Ausführungen zur Anlage 2 kein Rückschluss auf den Gewährleistungsgehalt der im Atomkonsens I zugrunde gelegten Reststrommengen gezogen werden konnte (BVerfGE 143, 246 Rn. 343). Für eine nähere Auseinandersetzung jüngst U. Kischel, *Der Atomkonsens als rechtsverbindlicher Vertrag*, 2017.

128 BVerfGE 143, 246 Rn. 334 ff.

2. Offene Fragen und erste Antworten

Ungeachtet der zweifelsfreien Rechtsverbindlichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages bleiben offene Fragen, wobei hier eine Konzentration auf *drei Problemkomplexe* erfolgen soll:

Erstens wurde noch im Vorfeld des Vertragsschlusses kontrovers diskutiert, ob ein etwaiges Obsiegen der EVU in anhängigen Gerichtsverfahren als „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ zu werten sein könnte.¹²⁹ Zu denken wäre diesbezüglich insbesondere an das noch immer laufende *Vattenfall II*-Verfahren vor dem ICSID-Schiedsgericht in Washington.¹³⁰ Maßgeblich erscheint insoweit aber, dass die Vertragsparteien eine Klagerücknahme für Verfahren, die nicht in Anlage 4 des Vertrags aufgenommen wurden, gerade nicht vorausgesetzt haben. Dann kann der Ausgang des Verfahrens aber weder in die eine noch in die andere Richtung dazu genutzt werden, um eine Anpassung des Vertrags unter Rekurs auf die in § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG vorausgesetzte wesentliche Änderung der Verhältnisse zu reklamieren. In beiden Fällen handelt es sich vielmehr um eine Entwicklung, mit der die Vertragspartner bereits bei Abschluss des Vertrages rechnen mussten.

Klärungsbedürftig ist *zweitens* die Reichweite der Bindung des Gesetzgebers an den öffentlich-rechtlichen Vertrag.¹³¹ Dabei gilt es im Ausgangspunkt festzuhalten, dass die demokratisch legitimierte Legislative zwar grundsätzlich nicht gehindert ist, Rechtsnormen zu erlassen, mittels derer in bestehende Verträge eingegriffen wird.¹³² Sollte in Zukunft aber tatsächlich die mit der Einzahlung von Grundbetrag und Risikoaufschlag am 3. Juli 2017 bereits erfolgte Enthftung für Zwischen- und Endlagerung in Frage gestellt werden, kämen aufgrund des Eingriffs in einen abgeschlossenen Sachverhalt die strengen Grundsätze der „echten Rückwirkung“ zur Anwendung.¹³³ Der Gesetzgeber ist hier beweispflichtig und bleibt auf die in der Judikatur anerkannten Fallgruppen begrenzt. In Betracht kommen dürfte

129 Dafür *O. Däuper/A. Dietzel*, EnWZ 2016, 542 (544).

130 Vgl. bereits die Nachweise in Fn. 55. Daneben wurde auch auf das Verfahren zur Kernbrennstoffsteuer rekuriert (s. *O. Däuper/A. Dietzel*, EnWZ 2016, 542 [544]). Der insoweit maßgebliche Beschluss des Zweiten Senats v. 13.4.2017 (BVerfGE 145, 171; hierzu *M. Ludwigs*, NVwZ 2017, 1509; *R. Wernsmann*, JZ 2017, 954; *A. v. Weschpfennig*, DVBl. 2017, 899) wurde allerdings schon am 7.6.2017 und damit vor dem Vertragsschluss zwischen BMWi und EVU veröffentlicht. Die Entscheidung kann schon deshalb keinen Anlass für eine Berufung auf § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG bieten.

131 *H. Schmitz/M. Hellerberg/S. Martini*, NVwZ 2017, 1332 (1335, 1338 dort Fn. 77).

132 Dies betonend *O. Däuper/A. Dietzel*, EnWZ 2016, 542 (544); s. auch *H. Schmitz/M. Hellerberg/S. Martini*, NVwZ 2017, 1332 (1335, 1338); kritisch zur „paktierten Gesetzgebung“: *M. Kloepfer/D. Bruch*, JZ 2011, 377 (381 f.).

133 Als Maßstabnorm dürfte aufgrund des Eigentumsschutzes öffentlich-rechtlicher Vertragsrechte (der Eigenanteil ist vorliegend in der Verpflichtung der EVU zur Übertragung der Barmittel an den Fonds sowie in der Rücknahme von bzw. dem Verzicht auf Rechtsbehelfe[n] zu sehen) Art. 14 Abs. 1 GG fungieren; vgl. allgemein *E. Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 541 ff.; s. auch bereits *M. Klußmann*, Zulässigkeit und Grenzen von nachträglichen Eingriffen des Gesetzgebers in laufende Verträge, 1970, S. 50 ff.

vorliegend allenfalls der Schutz überragender bzw. zwingender Gründe des Gemeinwohls.¹³⁴ Ein entsprechender Nachweis wird freilich kaum zu erbringen sein. Das gilt umso mehr, als der Erste Senat im Atomausstiegsurteil vom 6. Dezember 2016 den durch konsensuale Instrumente bewirkten erhöhten Vertrauensschutz gegenüber künftigen Gesetzesänderungen nochmals nachdrücklich unterstrichen hat.¹³⁵ Wenn dies bereits für den im Grad der Rechtsverbindlichkeit durchaus zweifelhaften *Atomkonsens I* anzunehmen war, muss Gleiches erst recht für den insoweit zweifelsfreien Vertrag über die Finanzierung der Kosten des Kernenergieausstiegs vom 26. Juni 2017 gelten.

Drittens fragt sich, ob zumindest flagrante Kostensteigerungen bei der Zwischen- und Endlagerung als Anwendungsfall von § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG¹³⁶ qualifiziert werden könnten.¹³⁷ Zu betonen ist allerdings, dass schon die dort vorausgesetzte „wesentliche Änderung der Verhältnisse“ allenfalls dann in Betracht kommen dürfte, wenn die Bewertungsbandbreiten aus dem *Warth & Klein* Gutachten¹³⁸ (auf die auch die KFK rekurriert hatte)¹³⁹ signifikant überschritten werden. Mit einer Realisierung der hier identifizierten Unter- und Obergrenzen müssen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss rechnen. Hinzu kommt, dass auch hohe Anforderungen an die „Unzumutbarkeit“ eines Festhaltens an den Vertrag gestellt werden.¹⁴⁰ Zu fordern ist insoweit, dass der Risikorahmen überschritten ist und ein

134 Vgl. exemplarisch BVerfGE 13, 261 (272); 30, 367 (390 f.); 122, 374 (394 f.); zur fehlenden Legitimationskraft rein fiskalischer Interessen: BVerfGE 2, 380 (405); BVerfGE 127, 1 (26). BVerfG-K, NVwZ 2016, 300 Rn. 66; R. Wernsmann, JuS 2000, 39 (41 f.).

135 BVerfGE 143, 246 Rn. 334 ff.; 337: „Die Entstehung, Begründung und Konzeption der Reststrommengenregelung lassen keinen Zweifel, dass sowohl die Bundesregierung als auch der Gesetzgeber den [EVU] im Bereich der Kernkraftwerke (...) eine verlässliche Grundlage für ihr wirtschaftliches Agieren garantieren wollten (...)“; näher zur hier erfolgten „Doppelbegründung des Vertrauensschutzes in Gesetz und Vereinbarung“: H. Schmitz/M. Hellerberg/S. Martini, NVwZ 2017, 1332 (1336).

136 Zum Verständnis der Regelung in § 60 VwVfG als öffentlich-rechtliche Ausprägung der zivilrechtlichen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage: W. Fiedler, VerwArch 67 (1976), 125; zur weitgehenden Inhaltsgleichheit der (objektiven) Lehre von der *clausula rebus sic stantibus* einerseits und der (subjektiven) Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage andererseits vgl. E. Gurli (Fn. 133), S. 556; zur Anpassung selbst eines bereits vollständig erfüllten Vertrags bei nachträglicher Änderung der Verhältnisse: BVerwG, NVwZ 2013, 209 Rn. 48.

137 Zu betonen ist freilich, dass für eine Anwendung des § 60 VwVfG von vornherein kein Raum ist, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich in das durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag begründete Vertragsverhältnis eingreift, indem dieses z.B. gesetzlich aufgehoben oder durch eine Neuregelung unmittelbar modifiziert wird. In diesem Fall steht allein das eigentumsrechtliche Rückwirkungsverbot auf dem Prüfstand (näher T. Mann, in: ders./C. Sennekamp/M. Uechtritz [Hrsg.], VwVfG-Kommentar, 2014, § 60 Rn. 16).

138 Siehe insoweit bereits den Nachweis in Fn. 20.

139 KFK (Fn. 30), S. 33.

140 Instruktiv T. Mann, in: ders./C. Sennekamp/M. Uechtritz (Hrsg.), VwVfG-Kommentar, 2014, § 60 Rn. 19 f. (s. auch den Hinweis in Rn. 13 auf den engen Zusammenhang mit der Tatbestandsvoraussetzung der *wesentlichen Änderung der Verhältnisse*).

Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung gegenüber dem betroffenen Vertragspartner als nicht hinnehmbares Opfer erscheint.¹⁴¹

E. Resümee

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der mit dem Entsorgungskonsens angestrebte Spagat zwischen einer einseitigen Auferlegung der Kosten auf die Gesellschaft und einer wirtschaftlichen Gefährdung der EVU im Großen und Ganzen gelingt.¹⁴² Durch die Enthftung der EVU für Zwischen- und Endlagerung haben insbesondere die mit dem Nachhaftungsgesetz verbundenen gesellschaftsrechtlichen Systembrüche an verfassungsrechtlicher Sprengkraft verloren. Dessen ungeachtet bestehen weiterhin gleichheitsrechtliche Bedenken hinsichtlich der unentrinnbaren Nachhaftung in den Segmenten Stilllegung, Rückbau und Verpackung. Im Übrigen stellt der Vertrag über die Finanzierung der Kosten des Kernenergieausstiegs eine bedeutsame Absicherung des Artikelgesetzes dar. Hierin liegt ein wichtiger Beitrag sowohl zur Gewährleistung der angestrebten langfristigen Rechtssicherheit als auch zur Herstellung gesellschaftlicher Akzeptanz. Eine Infragstellung der Schutzschild-Funktion des Vertrages kommt allenfalls unter äußerst restriktiven und hier schwerlich nachweisbaren Voraussetzungen in Betracht. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, auch künftig auf konsensuale Techniken (etwa bei einem etwaigen Ausstieg aus der Stromproduktion mit Braunkohle) zurückzugreifen.¹⁴³ Auf diese Weise erscheint es möglich, dauerhaft tragfähige Lösungen selbst in einem derart umstrittenen Themenfeld wie den finanziellen Folgen der Energiewende zu finden.

141 T. Mann, in: ders./C. Sennekamp/M. Uechtritz (Hrsg.), VwVfG-Kommentar, 2014, § 60 Rn. 20.

142 Positive Einschätzung auch bei C. Raetzke, atw 2017, 233, wonach das Gesetz „nach menschlichem Ermessen“ seinen Zweck erreichen wird.

143 Ebenso H. Schmitz/M. Helleberg/S. Martini, NVwZ 2017, 1332 (1337 f.); s. aber auch das auf einen flankierenden Vertragsschluss verzichtende Sechzehnte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes v. 10.7.2018 (BGBl. 2018 I S. 1122, 1124); differenziert kritisch im Vorfeld M. Ludwigs, Ausschuss-Drs. 19(16)63-A.