

III. Gebot der Aufrechterhaltung der Kernenergienutzung aufgrund höherrangigen Rechts?

1. Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes als Verfassungsgebote zur Aufrechterhaltung der Kernenergienutzung?

Eine Untersuchung der materiellen, insbesondere der grundrechtlichen Schranken und Begrenzungen für eine Ausstiegsgesetzgebung machte wenig Sinn, wenn ein solches Gesetz schon aus *formellen*, kompetenzrechtlichen Gründen scheitern müßte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Es wäre anders, wenn die in Betracht zu ziehenden *Kompetenzvorschriften* des Grundgesetzes, insbesondere Art. 74 Nr. 11 a, aber auch Art. 87 c GG, nicht nur als Ermächtigungen an den (oder die) Gesetzgeber, als Befugnis-Erteilungen zu lesen wären, sondern wenn sie zugleich einen den Gesetzgeber verpflichtenden Auftrag zur Gesetzgebung enthielten. Dieser Auftrag müsste allerdings nicht nur auf den Erlaß einschlägiger Gesetze schlechthin gerichtet sein, sondern auf den Erlaß von Gesetzen bestimmten Inhaltes, nämlich der Zulassung, Förderung, Regulierung und fortdauernden Aufrechterhaltung der friedlichen Nutzung der Kernenergie. Ein solcher Auftrag kann aber aus Art. 74 Nr.11a und schon gar aus Art.87 c GG selbst dann nicht herausinterpretiert werden, wenn man einräumen wollte, daß Kompetenztitel im Katalog der Art. 73,74,75 GG ausnahmsweise auch den Charakter einer Aufforderung an den Gesetzgeber, (überhaupt) tätig zu werden, besitzen mögen. Mit *H.P.Bull*¹⁵ wird man im Staatsrecht wie im Verwaltungsrecht von klaren begrifflichen Unterscheidungen zwischen *Aufgabennormen* und *Handlungsaufträgen* einerseits, *Befugnis-* und *Zuständigkeits-* oder *Kompetenznormen* andererseits ausgehen müssen. Dabei mag die Abgrenzung zwischen Befugnis- und Kompetenznormen fließend sein; während die ersteren bestimmte Handlungsermächtigungen, z.B. „Eingriffsbefugnisse“ gegenüber Rechtsunterworfenen eröffnen, dienen „Kompetenznormen“ der Abgrenzung rechtlicher Handlungsfelder zwischen mehreren möglicherweise konfligierenden Handlungsbefugten: seien es Rechtspersonen („Verbandskompetenz“), Organe (Organkompetenz) oder einzelne Organwalter. Immer aber handelt es sich bei diesen Normen um *Ermächtigungen*, nicht um Aufträge oder Gebote zum Handeln.

15 *H.P.Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S.52 ff., 152 ff.

In diesem Sinne dienen die Kompetenztitel der Kataloge der Art. 73 bis 75 der „Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern“, wie Art.70 Abs.2 GG ausdrücklich normiert. Das Grundgesetz kennt durchaus auch Gesetzgebungsaufträge, vor allem im Grundrechtsbereich, z.B. in Art. 3 Abs.2 oder in Art. 4 Abs.3, sowie als Ausfluß von Staatszielbestimmungen, z.B. Art.20a GG. Wortlaut und Sinn dieser Vorschriften müssen aber deutlich erkennen lassen, daß ein Tätigwerden des Gesetzgebers erwartet wird.

Die organisationsrechtlichen Zuständigkeitsverteilungsvorschriften des VII. Abschnitts des GG haben diese Funktion nicht; sie verpflichten den Gesetzgeber weder hinsichtlich des Ob noch hinsichtlich des Wie einer Regelung des jeweils genannten Sachgebietes.¹⁶ Die jüngste einschlägige Kommentierung meint, eine Verpflichtung zum gesetzgeberischen Tätigwerden aufgrund von Kompetenzbestimmungen könne, „wenn überhaupt“, „nur höchst vorsichtig angenommen werden.“ Auf jeden Fall könne sie sich nur auf das Ob, nicht auf das Wie der Normierung erstrecken.¹⁷ Gegenüber solchen mehrfach anzutreffenden, von Unsicherheit und Unentschiedenheit geprägten Versuchen, eine Staatsaufgabenlehre mit konkreten Folgeaufträgen für den demokratischen Gesetzgeber bereits aus der bundesstaatlichen Zuständigkeitsverteilung abzuleiten, ist in erster Linie an die Funktion des Parlaments im demokratischen Rechts- und Sozialstaat zu erinnern, in einem geordneten Prozeß repräsentativer Willensbildung – Art. 20 Abs.2 Satz 2 GG – frei und „souverän“ die für erforderlich gehaltenen Gemeinwohentscheidungen zu treffen. Man hat dies das „Prinzip der grundsätzlich offenen Staatsaufgaben“ genannt;¹⁸ der Staat muß in der Lage sein, flexibel und „politisch“ auf die an die verfaßte Gesellschaft herantretenden Herausforderungen jederzeit zu reagieren. Der Staat muß als diejenige Institution verstanden und verfaßt werden, „die sich nach den Erfordernissen der jeweiligen Lage jeden Zweck setzen darf.“¹⁹ Und das Parlament ist, wie das BVerfG seit langem festgestellt hat, vor allem „dazu berufen, im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offengelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden. Der Staat erfüllt

16 Sehr klar in diesem Sinne *Maunz* in *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art.70 Rn.14 (1982).

17 *R. Stettner* in *Dreier* (Hrsg.) GG Kommentar Band II 1998, Art. 70 Rn.23.

18 *Scholz* in *Maunz/Dürig/Herzog* GG Komm. Art. 20 a Rn.6.

19 Insoweit verdient Zustimmung *H.Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1966, § 34, I.

hier durch seine gesetzgebende Gewalt die Aufgabe, Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen zu sein.“²⁰

Kann mithin aus Art. 74 Nr.11a GG trotz der entstehungsgeschichtlich bedingt verhältnismäßig ausdifferenzierten Fassung keine verfassungsrechtlich bindende Vorentscheidung hinsichtlich des Ob oder des Wie der Kernenergienutzung entnommen werden, so kommt Art. 87 c GG hierfür erst recht nicht in Betracht. Denn diese Vorschrift eröffnet nur die Möglichkeit, daß Gesetze über die Nutzung der Kernenergie und über die „Atomaufsicht“, *sofern sie ergeben*, nicht, wie es dem Grundsatz des Art. 83 GG entspräche, in Landesverwaltung ausgeführt, sondern in der Form der Bundesauftragsverwaltung gemäß Art. 85 GG vollzogen werden können. Das Atomgesetz vom 15. Juli 1985 (mit nachfolgenden Änderungen) hat in § 24 für die wichtigen Entscheidungen gemäß dem Zweiten Abschnitt des AtG von dieser Möglichkeit einer verstärkten Bundesaufsicht Gebrauch gemacht.

Die hier vertretene Auffassung von der grundsätzlichen Freiheit des parlamentarischen Gesetzgebers, über Ob und Wie der (friedlichen) Nutzung der Kernenergie zu entscheiden, wird von beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts geteilt. Im Kalkar-Beschluß 1978 (Zweiter Senat), bei dem es vor allem um die Reichweite des parlamentarischen Gesetzesvorbehalts gegenüber der Exekutive ging, wird die „normative Grundsatzentscheidung *für oder gegen* die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie“ als allein in der Kompetenz des Gesetzgebers stehend erklärt. Die gedankliche Einbeziehung der Möglichkeit einer Entscheidung *gegen* die Nutzung der Kernenergie wäre nicht möglich gewesen, wenn das Gericht einen bindenden Verfassungsauftrag zur Einführung der Nutzung gesehen hätte. In derselben Entscheidung wird außerdem hervorgehoben, in der notwendig mit Ungewißheit belasteten Situation, ob die Brütertechnik mehr zum Nutzen oder zum Schaden gereichen werde, liege es „zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen.“²¹

Der Mülheim-Kärlich-Beschluß 1979 des Ersten Senats weicht von dieser Linie nicht ab. Ihm läßt sich zwar entnehmen, „daß auch aus Kompetenzvorschriften der Verfassung eine grundsätzliche Anerkennung und Billigung des darin behandelten Gegenstandes durch die Verfassung selbst folgt,“ mehr aber

20 BVerfGE 33, 125, 159.

21 BVerfGE 49, 89, 127, 131.

auch nicht. Im übrigen wird unter Berufung auf die Kalkar-Entscheidung die alleinige Kompetenz des Gesetzgebers zur Grundsatzentscheidung über die Kernenergienutzung wiederholt. Die in der Kompetenzvorschrift definierte Materie *darf* zum legitimen Gegenstand einer Regelung gemacht werden, *muß* es aber nicht.²²

Trotz dieser scheinbar unzweifelhaften Rechtslage begegnet man in dem hier zur Prüfung gestellten Gutachten-Schrifttum unterschiedlichen Versuchen, eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Einführung und Beibehaltung der friedlichen Nutzung der Kernenergie zu begründen.

Dies gilt nicht für die Ausführungen *Ossenbühls*. Er geht unmißverständlich davon aus, daß die Kompetenzregeln dem Gesetzgeber die Freiheit lassen, sich für oder gegen die friedliche Nutzung der Kernenergie zu entscheiden²³. Auch *Schmidt-Preuß* stellt zunächst zutreffend fest, aus der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der friedlichen Nutzung folge nicht eine Pflicht des Gesetzgebers, sie unverändert beizubehalten. Aus der Kompetenznorm des Art. 74 Abs.1 Nr. 11a GG ergebe sich nichts anderes. In merkwürdigem, nicht nachvollziehbarem Gegensatz hierzu läßt er dem jedoch die Behauptung folgen, insgesamt sei der Beendigungszweck [scil.: im Entwurf eines Ausstiegsgesetzes] „wegen Verstoßes gegen die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Gebote der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit nicht verfassungsgemäß“.²⁴ Man gewinnt den Eindruck, der Autor wolle aus der Bejahung der Verfassungsmäßigkeit des Atomgesetzes durch das BVerfG ein Verbot der gesetzlichen Normierung des Beendigungszweckes in einem Ausstiegsgesetz herleiten. Dies stünde jedoch in klarem Widerspruch zu den oben wiedergegebenen Aussagen des Verfassungsgerichts über die Verantwortung und Kompetenz des Gesetzgebers.

Eine genauere Betrachtung erfordern die Bemühungen *U.Di Fabios*, Verfassungspflichten zur Erhaltung der Kernenergienutzung zu konstruieren.

Di Fabio verfolgt dabei zwei Wege: Der eine ist darauf gerichtet, aus den verfassungsrechtlichen Kompetenzvorschriften doch wenigstens ein Minimum an aufgabenrechtlichem Pflichtgehalt herzuleiten. Der zweite Weg soll über ein objektivrechtliches Verfassungsgebot zur Sicherstellung einer ausreichenden Energieversorgung die Pflicht des Gesetzgebers zur Fortführung der Kern-

22 BVerfGE 53, 30, 56.

23 *F.Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen, s.N.3, 1 ff., 3.

24 *M.Schmidt-Preuß*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme, s.N.4, S.57.

energienutzung zur Stromerzeugung begründen.²⁵ Keiner der beiden Wege führt zu dem von *Di Fabio* erstrebten Ziel.

Zunächst geht auch er zutreffend von dem „Prinzip der grundsätzlich offenen Staatsaufgaben“ aus und warnt vor einer Verwechslung von Kompetenzzuweisungen mit einem Staatsziel oder Gesetzgebungsauftrag. Dann hält er es jedoch für möglich, auch Kompetenzvorschriften einen „aufgabenrechtlichen Kerngehalt“ als „Sekundärgehalt“ zuzuschreiben, der es dem einfachen Gesetzgeber verbiete, das Sachgebiet gänzlich aufzugeben oder die entsprechenden Betätigungen rigoros zu verbieten. Sonst „reiß eine Kluft auf zwischen den geschriebenen Kompetenzen und dem, was tatsächlich noch vom Staat als Aufgabe wahrgenommen wird.“ Es sei schwierig, den Kernbereich zu ermitteln, interpretatorische Zurückhaltung sei geboten, doch sei es wohl noch verfassungsrechtlich unbedenklich, den „einfachgesetzlich unantastbaren Kernbereich“ der atomrechtlichen Kompetenzvorschriften auf ein Minimum, etwa auf die Zulassung von Forschungsreaktoren mit begrenzter Nutzungsmöglichkeit, zu beschränken.

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Die Möglichkeit einer „Kluft“, also einer Differenz zwischen normativ eröffnetem Handlungsrahmen und tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben ist kein defizitärer und schon gar kein verfassungswidriger Zustand, sondern liegt im Begriff selbst einer „Kompetenznorm“, die eben „nur“ ermächtigt, aber nicht verpflichtet. Und der Versuch, einen „unantastbaren Kernbereich“ mit bindender Wirkung für den Gesetzgeber herauszuinterpretieren, zerstört gerade dessen „Kompetenz“, über Inhalt, Ausmaß und Zweck des Regelungswürdigen in dem zugewiesenen Handlungsfeld legislativ zu entscheiden.²⁶

Der zweite Versuch, den Gesetzgeber auf die Beibehaltung der Kernenergienutzung festzuschreiben, stützt sich rechtlich auf das *Sozialstaatsprinzip* (Art. 20 Abs.1, 28 Abs.1 GG) und auf die staatliche Verantwortung für das *gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht* (Art. 109 Abs.2 GG) und die darin implizierte Vorsorge für ein *stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum*.²⁷

25 *Di Fabio*, Ausstieg, s.o.N.1, S. 76 bis 83. Dort auch die folgenden Zitate.

26 Im Ergebnis ebenso *K. Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Ausstiegs aus der Kernenergie, 1994, S.222 ff. mit zahlr. Nachweisen.

27 Art. 109 Abs.2 GG verweist auf das in § 1 des Stabilitäts- und Wachstums-Gesetzes vom 8.6.1967 definierte „magische Viereck“ des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, dessen eine „Ecke“ die Wachstumsvorsorge darstellt.

Doch ist keiner der beiden rechtlichen Gesichtspunkte geeignet, eine Verpflichtung zum Festhalten gerade an der Energieerzeugung durch Kernspaltung verfassungsrechtlich zu begründen. Für die nur ganz allgemein als *eine* Zielvorgabe unter mehreren für die staatliche Haushaltspolitik definierte Wachstumsvorsorge liegt dies auf der Hand. Aber auch aus dem Sozialstaatsprinzip ergibt sich nichts anderes. Man mag diesen Grundsatz ohne weiteres dahin konkretisieren, daß die *Sicherheit der Energieversorgung* als ein „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“, ja, als „ein von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängiges ‚absolutes‘ Gemeinschaftsgut“ im Sinne der Verfassungsrechtsprechung anzusehen ist.²⁸ Dann ist damit noch gar nichts über die einzuschlagenden Wege und Mittel ausgesagt, um die Sicherstellung einer ausreichenden Energieversorgung in Deutschland zu erreichen. So wenig wie der Gesetzgeber – freilich in den Grenzen grundrechtlicher Vorgaben der Verfassung – auf eine inhaltlich bestimmte Wirtschaftspolitik festgelegt ist,²⁹ so wenig ist er von Verfassung wegen auf eine bestimmte Energie-, Industrie- oder Technologiepolitik festgelegt. Dies könnte sich allenfalls in dem höchst theoretischen Grenzfall anders verhalten, wenn das Festhalten an der Kernenergienutzung sich *offenkundig* und *nachweisbar* als das *einzigste Mittel* zur Sicherung der Energieversorgung darstellen würde, wenn, m.a.W., die Aufgabe dieser Energieerzeugungsart mit Sicherheit den Zusammenbruch der Energieversorgung in Deutschland bedeuten würde. *Di Fabio* versucht, diesen theoretischen Grenzfall als realistisch bedrohliche Möglichkeit vorzustellen, weshalb dann die politische Frage, „wie denn bei einem schnellen Ausstieg der Anteil von zwei Dritteln der Grundlastversorgung ersetzt werden soll, zugleich eine Rechtsfrage [werde], die nicht allein mit vagen Hinweisen auf Einsparungspotentiale, Windräder und Tausend-Dächer-Programme zufriedenstellend beantwortet werden“ könne.³⁰ Es bedarf an dieser Stelle nicht der Präsentation alternativer Energieversorgungskonzepte, wie sie inzwischen auf hinreichend sicheren Daten-Basen erarbeitet worden sind. Allein schon die zeitliche Übergangsregelung eines Ausstiegsgesetzes wird nicht nur die Beachtung der eigentumsrechtlichen Probleme gewährleisten, sondern auch dafür sorgen, daß die „Energiewende“ sich nicht katastrophisch abrupt, sondern unter voller Wahrung der wirtschaftlichen und sozialen Standards vollzieht. Nichts spricht dafür, daß der Grenzfall

28 Vgl. BVerfGE 30,292, 323 f. und 311 f.(Mineralölbevorratung), mit Verweis auf BVerfGE 13, 97, und 25,1 ff.

29 BVerfGE 50, 290, 336 ff.(Mitbestimmung).

30 *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), S.81.

der Reduktion der legislativen Gestaltungsfreiheit auf Null Realität werden wird. Vielmehr bleibt es bei der Funktion des Sozialstaatsprinzips als einer Staatszielbestimmung. Oder, mit den Worten des BVerfG: „Es begründet die Pflicht des Staates, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen (.....[zahlr. Nachw.]); bei der Erfüllung dieser Pflicht kommt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu (...). Das Sozialstaatsprinzip stellt also dem Staat eine Aufgabe, sagt aber nichts darüber, wie diese Aufgabe im einzelnen zu verwirklichen ist – wäre es anders, dann würde das Prinzip mit dem Prinzip der Demokratie in Widerspruch geraten: Die demokratische Ordnung des Grundgesetzes würde als Ordnung eines freien politischen Prozesses entscheidend eingeschränkt und verkürzt, wenn der politischen Willensbildung eine so und nicht anders einzulösende verfassungsrechtliche Verpflichtung vorgegeben wäre.“³¹

Zwischenergebnis:

Die Kompetenzvorschriften der Art. 74 Nr. 11a und 87 c GG enthalten keine Verpflichtung des Gesetzgebers, die friedliche Nutzung der Kernenergie überhaupt oder auch nur in einem geringeren Ausmaß aufrechtzuerhalten. Eine solche Verpflichtung läßt sich auch nicht aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs.1, 28 Abs.1 GG) oder aus der Verpflichtung der staatlichen Haushaltspolitik auf die Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs.2 GG) ableiten.

2. *Gemeinschaftsrechtliches Gebot zur friedlichen Nutzung der Kernenergie in der Bundesrepublik Deutschland?*

Zunächst ist zu untersuchen, ob das Recht der Europäischen Union einem Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie grundsätzlich entgegensteht (a). Sodann stellt sich die Frage, ob das Konzept der direkten Zwischenlagerung mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts übereinstimmt (b).

a) Kein gemeinschaftsrechtliches Ausstiegsverbot

Gegen einen Ausstieg aus der Kernenergie werden im wesentlichen drei Argumente vorgebracht. Der erste Einwand konstruiert aus der Aufgabenbeschrei-

31 BVerfGE 59, 231, 263 (Rundfunkmitarbeiter).

bung in Art. 1 Abs. 2 EAGV (i.V.m der Präambel) eine Unterlassungspflicht der Mitgliedstaaten, sich gegen die friedliche Nutzung der Atomenergie zu entscheiden.³² Der zweite stellt darauf ab, die Bundesrepublik Deutschland habe in den vergangenen Jahren keinerlei Tendenzen zum Ausstieg aus der Atomenergie gezeigt, falls sie nunmehr die friedliche Nutzung der Kernenergie kurzfristig aufgeben, verhalte sie sich widersprüchlich.³³ Das letzte Argument stützt sich auf die Bewertung, der „deutlich erkennbare Geist“ des EAGV stehe einem Ausstieg entgegen.³⁴ Diese Erwägung ist im Zusammenhang mit dem Topos der „Gemeinschaftstreue“ zu sehen und zu würdigen.

Nach *Di Fabio* u.a. sollen aus dem Sinn und Zweck des Gemeinschaftsvertrages Handlungs- und Unterlassungspflichten für die Mitgliedstaaten in dem Sinne abzuleiten sein, daß ein Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie generell unzulässig sein soll.³⁵

Sein Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH ist jedoch nicht nachvollziehbar. Die von ihm angeführten Beispiele³⁶ des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht, der unmittelbaren Geltung von Richtlinien wie auch der Haftung der Mitgliedstaaten für europarechtswidrige Maßnahmen setzen konkrete Handlungspflichten der Mitgliedstaaten voraus, begründen jedoch keine solchen. Im übrigen bestehen keine Anhaltspunkte für die Vermutung, daß der EuGH eine Beendigung der Kernenergienutzung wegen Verstosses gegen Aufgaben- und Zielbeschreibungen für europarechtswidrig hielte.

In den Präambeln wie auch in den Ziel- und Aufgabenbeschreibungen erklären die Parteien der gemeinschaftsrechtlichen Primärverträge ihre Motive und Vorstellungen. Diesen Klauseln kommt deshalb - nicht mehr und nicht weniger - die Bedeutung einer Auslegungshilfe zu.³⁷ Grundsätzlich werden jedoch aus ihnen keine Handlungs- oder Unterlassungspflichten abgeleitet.

32 *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), S. 45 ff.

33 *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), S. 47 ff.

34 *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), S. 45 unter Berufung auf *Sante*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines vom Gesetzgeber angeordneten Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie. 1990, S. 116 ff.

35 In: Ausstieg, (N.1), 45 f.

36 A.a.O., Fußnote 79.

37 Vgl. *Zuleeg* in von der Groeben / Thiesen / Ehlermann: EUV / EGV 1997, Präambel, Rn. 1 m.w.N.

Ausnahmsweise hat der EuGH aus Vertragszielen oder Aufgabenbestimmungen im Wettbewerbsrecht konkrete Verpflichtungen der Mitgliedstaaten entwickelt:³⁸ Die Aufgabenbeschreibung Art. 3 lit. f des EWG-Vertrages (= Art. 3 lit. g EGV) sollte nach dem Hof in Verbindung mit Art. 5 und 85 EWGV (=Art. 5 und 81 EGV) die Wertung ergeben, daß die Mitgliedstaaten keine Kartell-Absprachen vorschreiben, erleichtern oder deren Auswirkungen verstärken dürften. Nach Art. 81 EGV bestehen dabei konkrete Unterlassungspflichten für Unternehmen. Diese Verpflichtungen beziehen sich zwar nicht auf die Mitgliedstaaten selbst, kartellfördernde Maßnahmen der Mitgliedstaaten würden aber konkrete Unterlassungspflichten (der Unternehmen) konterkarieren. Diese Erwägung bewog den EuGH dazu, hier eine Unterlassungspflicht der Mitgliedstaaten zu konstituieren. Spätestens seit der *Meng*-Entscheidung³⁹ legt der EuGH diese Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten aus Art. 3 lit. g EGV jedoch restriktiv aus.

Unabhängig von der negativ zu beantwortenden Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH zu einem speziellen Rechtsgebiet des EGV auf das Euratom-Recht übertragbar sein kann, ließe sich die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 lit. g EGV auch nicht ohne weiteres auf die Aufgabenbeschreibung des Art. 1 Abs. 2 EAGV anwenden: Zwar existiert mit Art. 192 EAGV eine mit Art. 5 EGV vergleichbare Loyalitätsklausel, es fehlt aber eine dem Art. 81 EGV ähnliche Normierung einer Handlungs- oder Unterlassungspflicht, die im EAGV konkret verankert wäre.

Der zweite Gesichtspunkt, der gegen eine Beendigung der Kernenergienutzung eingewendet wird, ist das (völkerrechtliche) Verbot des widersprüchlichen Verhaltens. Voraussetzung für die Anwendung dieses Instituts ist, daß die Bundesrepublik Deutschland durch einseitiges Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen⁴⁰ bei den Mitgliedstaaten der Euratomgemeinschaft hervorgerufen hat, sie werde weiterhin, quasi endlos an der wirtschaftlichen Nutzung der Atomenergie festhalten.

Zu beachten ist dabei jedoch, daß das Gebot des widerspruchsfreien Verhaltens restriktiv auszulegen ist. Ansonsten würden einem Vertragsstaat auf diese Art und Weise nicht vereinbarte Vertragspflichten aufgebürdet werden.

38 Z.B. EuGH, U.v. 21.09.1988 (Rs. 267 / 86 – Van Eycke), EuGHE 1988, 4769 ff.

39 U.v. 17.11.1993 (Rs. C – 2 / 91), EuGHE 1993 I, 5751 ff.

40 Vgl. dazu und zum Folgenden *Seidl-Hohenveldern* Völkerrecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 175, 495, 753.

Solange und soweit die Bundesrepublik nicht durch einseitige Erklärungen eine Weiterführung der friedlichen Nutzung der Kernenergie ausdrücklich zugesichert hat, kann man aus ihrem bisherigen Verhalten also keine Verpflichtung zu ihrer Fortsetzung ableiten.

Überdies läßt sich auf internationaler Ebene ein Wandel der Bewertung atomwirtschaftlicher Betätigung feststellen, welcher der Annahme eines widersprüchlichen Verhaltens Deutschlands entgegensteht. Betrachtet man die internationalen Verträge unter Beteiligung von Euratom und ihren Mitgliedstaaten (darunter auch die Bundesrepublik Deutschland) zur friedlichen Nutzung der Kernenergie, so stellt man eine Verschiebung der Perspektive vom Aufbau eines Kernenergiemarktes über die Schaffung einer sicheren Kernenergienutzung zur Wahrnehmung des Entsorgungsproblems⁴¹ fest. Insbesondere der nationalen Autonomie im Bereich der Atompolitik wird zunehmend eine größere Bedeutung beigemessen.

Diese Veränderung der Perspektive ist auch in der Entwicklung der Euratomgemeinschaft selbst festzustellen. Weil eine „Infrastruktur“ der Kernenergie fehlt, steht zu Beginn der europäischen Atomgemeinschaft naturgemäß zunächst der Aufbau einer Kernenergiewirtschaft im Vordergrund, vgl. Art. 1 Abs.2 EAGV. Ausgangspunkt war die Prämisse, daß die Kernenergie „eine unentbehrliche Hilfsquelle für die Entwicklung und Belebung der Wirtschaft und für den friedlichen Fortschritt“ darstellte,⁴² eine Voraussetzung, die für das gesamte Westeuropa nach heutigem Kenntnisstand nicht mehr zutrifft.⁴³ Doch bereits bei Gründung des EAGV sind sich die Mitgliedstaaten auch der Verpflichtung auf die Gesundheit und zur Schaffung von Sicherheit bewußt, wie sich aus den Kapiteln III und VII des EAGV ergibt. Mit dem Tschernobyl-Unglück erfolgt eine Zäsur in der nuklearen Sicherheitspolitik, welche die Bewertung der Kernenergienutzung in der Gemeinschaft grundlegend verändert. So bringt die Bundesregierung im Rahmen der Sonderkonferenz der IAEO im September 1986 Vorschläge zur Einrichtung von Mindeststandards ein. Die Impulse des 4. Aktionsprogramms des Rates stammen maßgeblich von der Bundesrepublik Deutschland, die nur wegen der absehbaren fehlenden Zustimmung aller Mitgliedstaaten von einer umfassenden Reform des EAGV

41 Vgl. Unterrichtung durch die Bundesregierung zur Entsorgung der Kernkraftwerke und anderer kerntechnischer Einrichtungen, BT-Drs. 11 / 1632.

42 Präambel, erste Erwägung.

43 Vgl. Ergebnisse der Tagung des Weltenergie Rates vom 6./ 7. Juni 1999, Bericht in der FAZ 8.6.1999 (S. 18).

absieht.⁴⁴ Das „Bewußtsein, daß Unfälle in Kernenergieanlagen grenzüberschreitende Auswirkungen haben können“⁴⁵, führt ab Ende der achtziger Jahre zu einer deutlichen Akzentuierung der Sicherheit, die auch die Reduzierung der Nutzung der Atomenergie nicht ausschließt.⁴⁶

Nach der Unterrichtung durch die Bundesregierung vom 13.1.1988 hat die „sichere Entsorgung der Kernkraftwerke und hierbei insbesondere die geordnete Beseitigung radioaktiver Abfälle ... für die friedliche Nutzung der Kernenergie herausragende Bedeutung. Die sichere Entsorgung der Kernkraftwerke ist für die Bundesregierung unverändert Voraussetzung für deren Errichtung und Betrieb.“⁴⁷ Auf internationaler Ebene entspricht dies dem Wunsch nach einer „weltweit wirksamen nuklearen Sicherheitskultur“. Zugleich wird betont, daß „manche Staaten abgebrannte Brennelemente als wertvolle Ressource betrachten, die wiederaufbereitet werden kann, während andere sich entscheiden, sie endzulagern.“⁴⁸ Anlässlich des Beitritts der Staaten Finnland, Österreich und Schweden zur Euratom-Gemeinschaft erkennen die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten 1994 an, daß „die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien des Vertrags über die Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft die Entscheidung über die Erzeugung von Kernenergie entsprechend ihren eigenen politischen Ausrichtungen treffen.“⁴⁹

Die geschilderte Verschiebung der gemeinschaftsrechtlichen Perspektive von der Förderung der Atomenergie hin zu einer nuklearen Sicherheitskultur, welche auch die Achtung nationaler Entscheidungen gegen eine wirtschaftliche Nutzung der Kernenergie mitumfaßt, läuft der Annahme eines widersprüchlichen Verhaltens zuwider, zumal es keine ausdrückliche einseitige Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur dauerhaften Fortführung der wirtschaftlichen Nutzung der Atomenergie gibt.

44 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die große Anfrage zu Tschernobyl und die Folgen, BT-Drs. 11 / 755, S. 25.

45 So Erwägung v) der Präambel der Übereinkommens vom 20. September 1994 über nukleare Sicherheit. BGBl 1997 II, 130 ff.

46 A.a.O. Art. 10.

47 BT-Drs. 11 / 1632, S. 3.

48 Vgl. Präambel, Erwägungen v und vii des Gemeinsamen Übereinkommen über die Sicherheit der Behandlung abgebrannter Brennelemente und über die Sicherheit der Behandlung radioaktiver Abfälle vom 1. Oktober 1997, BGBl 1998 II, 1753 ff.

49 Schlußerklärung Nr. 4: Gemeinsame Erklärung zur Anwendung des EAGV, ABl. 1994 C 241 / 382.

Nach *Sante*⁵⁰ – und in seinem Gefolge - *Di Fabio*⁵¹ soll eine Beendigung der Kernenergienutzung gegen den „klar erkennbaren Geist“ des EAGV verstoßen. Die These vom „Geist des EAGV“ setzt jedoch voraus, dass die ratio legis des EAGV in dem Aufbau von Kernenergieanlagen in allen Mitgliedstaaten bestünde. Soll er nicht der Willkür des Interpreten ausgesetzt sein, läßt sich jedoch der „Geist des Vertrages“ nur durch vorhandene Bestimmungen des Vertrages, hilfsweise des EGV⁵², ermitteln. Entsprechendes gilt für den Grundsatz der „Gemeinschaftstreue“, der zwar eine wechselseitige Loyalität der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft verlangt,⁵³ aber nicht zur Neuschaffung neuer, vertraglich nicht vorgesehener Pflichten führt.

Für jene These werden neben Art. 1 EAGV vor allem die Erwägungen der Präambel zum EAGV als Begründungshilfe herangezogen. Diese Argumentationsbrücke ist aber brüchig. Denn die dritte Erwägung der Präambel stellt ausdrücklich darauf ab, die „Voraussetzungen für die Entwicklung einer mächtigen Kernindustrie“ zu schaffen,⁵⁴ nicht die Entwicklung selbst zu betreiben. Folglich deutet bereits die Präambel an, daß die allgemeine Atompolitik⁵⁴ und damit auch Entscheidung über die Schaffung von Atomindustrie eine interne Angelegenheit der Mitgliedstaaten sein soll.

Es ist auch fragwürdig, den Vertragszweck als Ganzes gegen einen Ausstieg zu positionieren. Der Sinn des EAGV besteht nämlich vornehmlich in der Schaffung eines einheitlichen Kernenergiemarktes⁵⁵ und der Förderung sicherheitstechnischer Vorkehrungen. Dies läßt sich an den Art. 92 ff. EAGV ablesen, die im Zusammenhang mit dem EGV zu sehen sind⁵⁶ und eine zentrale Rolle im EAGV einnehmen. Der EAGV bezweckt wie der EGV (Art. 14 Abs. 2) die Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen. Für den EGV bedeutet das die Schaffung eines einheitlichen Absatzgebietes für vorhandene Ware, für

50 Verfassungsrechtliche Aspekte eines vom Gesetzgeber angeordneten Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie. 1990, 116 ff.

51 Ausstieg, (N.1), 45.

52 Die subsidiäre Anwendung des EGV ist allgemein anerkannt, vgl. *Everling*, RIW Beilage 2 / 1993, S. 3.

53 Vgl. *Due*, Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue 1992; w.N. bei *Oppermann*, Europarecht, 2. Auflage 1999, Rn. 486.

54 So auch *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), 45.

55 Vgl. dazu auch *Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten, (N. 26), 405.

56 Vgl. EuGHE 1978, 2151, 2172 (Beschluß 1 / 78 vom 14.11.1978) Rn. 15: Zusammenhang mit EWGV.

angebotene Dienstleistungen. Nicht jedoch ist Ziel, den Mitgliedstaaten die Pflicht aufzuerlegen, eine Ware / Dienstleistung etc. generell produzieren zu müssen. Ebenso ist es beim EAGV. Daß Art. 1 EAGV die „Förderung“ betont, liegt in der Tatsache begründet, daß 1957 relativ wenige Kernenergieanlagen existierten und der Aufbau einer Kernenergiewirtschaft noch bevorstand. *Scheuing* charakterisiert diesen Vertragszweck in der Sache treffend als die Schaffung einer Kernenergieerzeugungs-Rahmen-Gemeinschaft.⁵⁷

Als Argument gegen eine stillschweigende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Kernkraftwerke zu betreiben, wird häufig angeführt, daß derzeit die 7 Mitgliedstaaten Dänemark, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Österreich und Portugal keine Kernkraftwerke unterhielten⁵⁸ und keinerlei Vertragsverletzungsverfahren ausgesetzt seien.

Dagegen wendet *Di Fabio* zu Unrecht ein, diese Mitgliedstaaten betrieben nur aus wirtschaftlichen Gründen keine Kernkraftwerke.⁵⁹ Die Bundesrepublik Deutschland sei ein besonders wichtiger Teilnehmer der Atomgemeinschaft, ihr Handeln habe Signalwirkung.⁶⁰

Die Tatsache, daß die Bundesrepublik Deutschland ein besonders wichtiges Mitglied der Atomgemeinschaft ist, kann jedoch nicht zu gesteigerten Obliegenheiten aus dem Vertrag führen, hiergegen spricht bereits die formale Gleichberechtigung aller Mitgliedstaaten. Doch selbst wenn man dies, etwa im Hinblick auf die unterschiedlichen Stimmgewichte, in Frage stellte, hat mit Italien ein nahezu gleichgestellter Teilnehmer aufgrund eines Referendums - allerdings nur befristet - auf die weitere Nutzung der Kernenergie verzichtet. Zudem ist im Rahmen der Beitrittsverhandlungen Finnlands, Österreichs und Schwedens 1994 ausdrücklich klargestellt worden, daß „die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft die Entscheidung über die Erzeugung der Kernenergie entsprechend ihren eigenen politischen Ausrichtungen treffen.“⁶¹ Österreich hat nunmehr

57 In: Beitrag 10. ATR-Symposium 1999, sub B I 1.

58 Z.B. *Roßnagel*, Zulässigkeit, (vgl. N.5), 23; *Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten, (N.26), 403 f.

59 *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), 48.

60 *Di Fabio* a.a.O.

61 Schlußerklärung Nr. 4, Gemeinsame Erklärung zur Anwendung des Euratom-Vertrags, ABl. 1994 C 241 / 382.

per Verfassungsänderung eine wirtschaftliche Nutzung der Kernenergie ausgeschlossen.⁶²

Zweifelhaft ist schließlich, ob sich die Betreiber der Kernkraftwerke auf das allgemeine Diskriminierungsverbot berufen können. Derzeit sind sämtliche Betreiber inländische (juristische) Personen, es sind daher nur die Maßstäbe der Inländerdiskriminierung anzulegen. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV verbietet zwar grundsätzlich jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung, die hier einschlägige „discrimination à rebours“ ist aber nur insoweit verboten, als sie EG-Sachverhalte betrifft. Grundsätzlich haben Inländer also nur einen Anspruch auf Gleichbehandlung, soweit sie von Freizügigkeitsrechten in ähnlicher Weise wie EG-Ausländer Gebrauch machen. Soweit eine nationale Maßnahme ohne grenzüberschreitenden Bezug einen Inländer schlechter stellt als vergleichbare ausländische Rechtsakte, verstößt sie nicht gegen das Diskriminierungsverbot.⁶³ Da die Entscheidung für oder gegen den Betrieb von Kernkraftwerken als solche keinen grenzüberschreitenden Bezug hat, greift das Diskriminierungsverbot auch nicht ein.

Entsprechendes gilt für den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz. Der EuGH hat hierzu in mehreren Entscheidungen ausdrücklich festgestellt, daß er eine „nationale Regelung, die nicht im Rahmen des Gemeinschaftsrechts ergangen ist, nicht im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention“ beurteilen kann.⁶⁴

In Betracht käme daher allenfalls ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit für den derzeit nicht gegebenen Fall, daß durch den Ausschluß neuer Genehmigungen auch nichtdeutsche europäische Betreiber betroffen wären.⁶⁵

62 Vgl. Bericht der FAZ vom 14.7.1999, Titelseite.

63 Vgl. EuGHE 1995 I 301, 317 (Rs. C 29- 35 / 94 – Aubertin); *Oppermann*, Europarecht, 2. Auflage 1999, Rn. 1522; *Bleckmann* Europarecht 1997 Rn. 1759 ff. jeweils m.w.N. aus der Rspr.

64 Z.B. EuGHE 1991 I 2925, 2964 (Rs. 260 / 89 – ERT). Rn. 42; gefestigte Rspr.

65 So zu recht *Scheuing*, Beitrag 1999, (N. 57), sub.B II.

b) *Verbot der Wiederaufbereitung als gemeinschaftsrechtskonformes Gestaltungsmittel nationaler Kernenergiepolitik*

Mit dem Konzept der erzeugernahen Zwischenlagerung verbunden ist das Verbot der Wiederaufbereitung (WA). Da es keine inländische WA-Anlage gibt, betrifft das Verbot der WA vor allem die WA-Anlagen-Betreiber Cogema und BFNL in Sellafield bzw. in La Hague. Insoweit kommen Verstöße gegen Art. 92 ff. EAGV in Betracht, subsidiär ist die Anwendung der Verkehrsfreiheiten des EGV zu prüfen. Wenn das Verbot der WA in die Verkehrsfreiheiten eingreift, stellt sich schließlich die Frage nach der Rechtfertigung dieses Eingriffs.

Nach Art. 93 EAGV haben die Mitgliedstaaten alle mengenmäßigen Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr von Erzeugnissen der Listen A1, A2 und B des Anhangs IV zum EAGV zu beseitigen.

Bei der Auslegung dieser Vorschrift ist umstritten, (1) ob abgenutzte Brennelemente hierunter zu subsumieren sind, (2) ob eine Regelung im Sinne des Wiederaufbereitungsverbotes eine mengenmäßige Beschränkung der Ausfuhr oder zumindest eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt.

(1) *Schmidt-Preuß*⁶⁶ wie auch wohl *Scheuing*⁶⁷ bejahen die Anwendbarkeit des Art. 93 EAGV auf abgenutzte Brennelemente. Grundlage für diese Auffassung bildet die Erwägung, daß abgebrannte Brennelemente derzeit stets „mit Uran 235 angereichertes Uran“, „ mit Plutonium angereichertes Uran“ oder andere Stoffe enthalten, die in der Anlage IV zum EAGV enthalten sind.⁶⁸ Bedenken will insbesondere *Schmidt-Preuß* über eine extensive, „normzweckentsprechende Interpretation“ ausräumen.⁶⁹

*Wahl / Hermes*⁷⁰ vertreten hingegen die Auffassung, daß von der Liste nicht Verbindungen erfaßt sind, welche die in der Liste angegebenen Grundstoffe enthalten. Dies leiten sie aus der Tatsache ab, daß die Liste A 1 des Anhangs IV sehr umfangreich ist und neben den Grundstoffen Uran 233 auch

66 Gutachten, S. 6, auch in NJW 1995, 985, 988 f.; s. auch *Everling*, RIW Beilage, (N.52), S. 3 f.

67 Grenzüberschreitende atomare Wiederaufbereitung im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts 1991, 29, offen in Beitrag, (N.57), sub D.

68 Vgl. isb. *Everling*, RIW Beilage, (N.52), S. 3 f.

69 Rechtsgutachterliche Stellungnahme, (N.4), S. 6.

70 Nationale Kernenergiepolitik und Gemeinschaftsrecht, 1995, 126 ff.

„Legierungen, die mit Uran 235 angereichertes Uran oder Uran 233“ enthalten, umfaßt. Dieses Ergebnis stützen *Wahl / Hermes* auch durch systematische Auslegung: Im Unterschied zum Anhang IV enthalte Art. 197 Nr. 1 EAGV eine Art Generalklausel, welche sich auch auf Erzeugnisse beziehe, die aus einem oder mehreren der genannten Isotope zusammengesetzt seien. Im Umkehrschluß seien nicht ausdrücklich genannte Verbindungen im Anhang IV ausgeschlossen. Auch nach der ratio legis des Art. 93 seien nur „marktfähige“ Stoffe erfaßt. Die in der Liste aufgeführten Stoffe zeichneten sich allesamt dadurch aus, daß sie ohne großen Aufwand in Stoffe zu verwandeln seien, die für Kernspaltprozesse benötigt würden. Genau diese leichte Verwandelbarkeit sei bei abgenutzten Brennelementen nicht der Fall.⁷¹

Folgt man dieser Auffassung, ist bereits deshalb Art. 93 EAGV nicht anzuwenden.

(2) Darüber hinaus ist fraglich, ob mit dem Wiederaufbereitungsverbot eine *mengenmäßige Beschränkung* der Ausfuhr von spaltbarem Material im Sinne des Art. 93 EAGV vorliegt.

*Schmidt-Preuß*⁷² bejaht dies im Wege einer „normzweckentsprechenden Auslegung“. Das Verbot der WA schreibe die Ausfuhrmenge Null vor und sei deshalb eine mengenmäßige Beschränkung.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Sie steht überdies im Widerspruch zu der Rechtsprechung des EuGH und der überwiegenden Auslegung durch die Literatur. Danach sind unter „mengenmäßigen Beschränkungen“ solche staatlichen Maßnahmen zu verstehen, die (unmittelbar), wenn auch nur teilweise, die Ein-, Aus- oder Durchfuhr von Waren dem Wert oder der Menge nach behindern.⁷³ Das Wiederaufbereitungsverbot zeitigt zwar den Effekt einer Nullkontingentierung, es geschieht aber keine gezielte Festsetzung einer auszuführenden Menge.

Damit kann allenfalls eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ vorliegen.⁷⁴ Eine solche sieht Art. 93 EAGV aber nicht ausdrücklich vor.

71 *Wahl / Hermes* a.a.O.

72 Rechtsgutachterliche Stellungnahme, (N.4), S. 7f.

73 Seit EuGHE 1968, 634, 644 (Rs. 7 / 68) st. Rspr.; *Bleckmann* Europarecht 6. Auflage 1997 Rn. 1494; *Oppermann* Europarecht, 2. Auflage 1999, Rn. 1290.

74 Ebenso *Scheuing*, Beitrag, (N. 57), sub. D.

Deshalb wird teilweise vertreten, die Marktregelungen der Art. 93 ff. EAGV seien nur rudimentär und deshalb durch einen Rückgriff auf die allgemeinen Bestimmungen der Warenverkehrsfreiheit, insbesondere der Art. 28 ff. EGV zu ergänzen.⁷⁵ Läge tatsächlich eine Regelungslücke im Primärvertrag EAGV vor, wäre der ergänzende Rückgriff auf die Vorschriften des EGV zulässig.⁷⁶ Da diese Auffassung für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit die strengeren Anforderungen stellt, soll im Folgenden von ihr ausgegangen werden.

Um die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 28 EGV zu erfüllen, müßten abgenutzte Brennelemente „Waren“ darstellen. Hierunter sind alle beweglichen Sachen zu verstehen, die Gegenstand rechtmäßiger Handelsgeschäfte sein können.⁷⁷ Der EuGH hat insoweit entschieden, daß sowohl nicht wiederverwertbare als auch wiederverwertbare Abfälle unter den Warenbegriff fallen können.⁷⁸ Diese Rechtsprechung dürfte auf abgenutzte Brennelemente Anwendung finden, die nach der Wiederaufbereitung in den Herkunftsstaat zurückgebracht werden.⁷⁹

Da es innerstaatlich keine Wiederaufbereitungsanlagen gibt, sind von dem Verbot der Wiederaufbereitung ausschließlich ausländische Unternehmen betroffen. Damit könnte ein Verstoß gegen Art. 29 EGV vorliegen. Das ist zunächst der Fall, wenn das Verbot eine mengenmäßige Beschränkung der Ausfuhr im Sinne des Art. 29 EGV bedeutet. Hierunter werden sämtliche staatlichen Begrenzungen der Menge oder des Wertes von Ausfuhren begriffen, die eine vollständige oder teilweise Untersagung von Ausfuhren oder Durchfuhren zur Folge haben können.⁸⁰ Weil aber in Art. 93 EAGV bereits die mengenmäßige Beschränkung der Ausfuhr von Kernmaterial normiert ist (vgl. die obigen Ausführungen zu (1)), schließt diese Vorschrift als Sonderregelung die An-

75 Beispielsweise vertreten von *Everling*, RIW (N. 52), S. 6. Siehe auch *Schmidt-Preuß*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme, (N.4), S. 8. A.A. wohl *Wahl / Hermes*, (N. 70), 136 f.

76 So auch *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), 58; *Lukes* in Festschrift für Ulrich Everling 1995, 741 ff.; *Everling*, RIW Beilage, (N. 52), S. 3. Zu Art. 93 EAGV als besondere Ausformung der Rechtsvorstellungen von dem allgemeinen Gemeinsamen Markt vgl. EuGH 1978, 2151, 2171 f. (Beschuß 2 / 78) Rn. 15.

77 Ständige Rspr., vgl. z.B. EuGH 1995 I, 361 ff. (Rs. C 358 / 93).

78 EuGH 1992 I 4431 ff. (Rs. C 2 / 90).

79 Ebenso *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), 61 f.; *Schmidt – Preuß*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme, (N.4), S. 7.

80 Ständige Rspr. seit EuGH 1968, 633, 644 (Rs. 7 / 68).

wendung die Tatbestandsvariante der „mengenmäßigen Beschränkung“ in Art. 29 EGV aus.

In Betracht kommt also nur, daß das Verbot der WA eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ darstellt. Eine solche wird einer mengenmäßigen Beschränkung rechtlich gleichgestellt. *Schmidt - Preuß* greift insoweit auf die „Dassonville-Formel“ des EuGH⁸¹ zurück und bejaht damit das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung. Dabei berücksichtigt er jedoch nicht, daß es sich bei dem Verbot der WA um eine Maßnahme mit ausfuhrbeschränkender Wirkung handelt.⁸² Einmal davon abgesehen, daß die Dassonville-Formel durch die spätere Rechtsprechung des EuGH modifiziert worden ist⁸³, findet sie auch keine Anwendung auf Maßnahmen, die ausfuhrbeschränkende Wirkungen entfalten.⁸⁴

Eine solche nationale Regelung stellt nach der Rechtsprechung dann eine Maßnahme gleicher Wirkung dar, wenn sie „spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezweckt oder bewirkt und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel und für den Außenhandel eines Mitgliedstaates“ schafft, so daß „die inländische Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staats einen Vorteil erlangt.“⁸⁵ Genau das ist bei dem Verbot der WA nicht der Fall: Zunächst gilt das Verbot der WA unterschiedslos für alle Betreiber von WA-Anlagen. Erst recht erwirkt das Verbot der WA keinen (wirtschaftlichen) Vorteil zugunsten inländischer Betreiber, denn hierdurch wird eine Nutzung wiederaufbereiteter Brennelemente ausgeschlossen.

Diese Auslegung entspricht auch den vom EGV angestrebten Gegebenheiten eines gemeinsamen Marktes.⁸⁶ Die Ratio des gemeinsamen Marktes besteht darin, jede Ware, die in einem Mitgliedstaat zirkulieren darf, auch jedem ande-

81 EuGHE 1974, 837, 852 (Rs 8 / 74).

82 So zu recht die Einschätzung der ganz überwiegenden Meinung, vgl. *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), 64 ff.; *Everling*, RIW Beilage, (N. 52), S. 7; *Scheuing*, Grenzüberschreitende atomare Wiederaufbereitung im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts 1991, 31 f.

83 Vgl. EuGHE 1993 I 6097 ff. (Rs. C 267 / 91 – Keck).

84 Die Rückführung des wiederaufbereiteten Materials spielt dagegen eine untergeordnete Rolle, da sie von der vorherigen Ausführung abhängt.

85 St. Rspr., vgl. EuGHE 1994 I 1019, 1035 Rn. 24 (Rs. C 80 / 92 – KOM / Belgien) m.w.N.

86 A.A. wohl *Müller-Graff* in von der Groeben / Thiesen / Ehlermann, Kommentar zum EUV / EGV, Art. 30 EGV Rn. 21, der dafür plädiert, eine Maßnahme gleicher Wirkung auch bei ausfuhrbeschränkenden Regelungen zu Lasten des betreffenden Staates anzunehmen.

nen Mitgliedstaat zugänglich zu machen. Nach der Konzeption der erzeugernahen Zwischenlagerung sollen die abgebrannten Brennelemente jedoch gerade dem Markt (gleich welchem !) endgültig entzogen werden und stehen weder dem Binnen- noch dem Außenhandel zur Verfügung.

Teilweise wird jedoch insoweit eine Abweichung von den bisher durch den EuGH judizierten Fallgruppen angenommen, als von dem Verbot der WA faktisch nur Betreiber anderer Mitgliedstaaten betroffen seien. Motiv der neutralen Fassung des Verbots der WA sollen danach auch die (angeblich ?) relativ niedrigen Sicherheitsstandards der Wiederaufbereitungsanlagen sein. Vor diesem Hintergrund sei eine spezifische, die Lieferung in den Bearbeitungs-Staat behindernde Maßnahme“ zu bejahen.⁸⁷

Zunächst ist fraglich, ob die vorliegende Beschreibung der Motivlage zutrifft. Eher liegt es nahe, daß lediglich der allgemeine abfallpolitische Grundsatz der verursachernahen Entsorgung seinen Niederschlag gefunden hat.⁸⁸ Des weiteren vernachlässigt die abweichende Meinung, daß der Bundesrepublik Deutschland kein (Markt-) „Vorteil“ im Sinne der Rechtsprechung erwächst.

Bejaht man jedoch entgegen der hier vertretenen Auffassung eine „Maßnahme gleicher Wirkung“, ist zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 30 EGV vorliegen kann.

Das wäre nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH⁸⁹ zu Art. 36 EGV (a.F.) der Fall, wenn

- das Verbot der WA unterschiedslos für einheimische Waren und Waren anderer Mitgliedstaaten gilt. Dies ist zu bejahen;
- es an harmonisierender Rechtsangleichung in dem betreffenden Bereich fehlt. Auch diese Voraussetzung ist gegeben, weil die vorhandenen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen die Frage der WA offenlassen;
- es ein „zwingendes Erfordernis“ in dem Sinne gibt, daß die Regelung auch in Abwägung mit der Bedeutung des freien Warenverkehrs, zur Wahrung vorrangiger Belange „notwendig“ ist und schließlich
- wenn die Regelung verhältnismäßig ist.

87 *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), 66; ebenso *Everling*, RIW Beilage, (N.52), S. 9.

88 Vgl. Art. 174 EGV. In ähnlichem Sinne argumentierend *Roller*, Beitrag 10. ATR-Symposium 1999, sub. 3.2.4.

89 Seit der „Cassis de Dijon“-Entscheidung, EuGHE 1979, 649 ff. (Rs. 120 / 78).

Hinsichtlich des „zwingenden Erfordernisses“ ist zunächst umstritten, ob dieses Merkmal uneingeschränkt auf Maßnahmen mit ausfuhrbeschränkenden Wirkungen anwendbar ist.⁹⁰

Unterstellt man dies, liegt es nahe, als Rechtfertigung den Rechtsgedanken des Art. 174 Abs. 2 EGV auch auf den EAGV anzuwenden. Danach beruht die Umweltpolitik der Gemeinschaft auf den Grundsätzen der Entsorgungsautarkie und der verursachernahen Entsorgung. Weil es sich bei abgebrannten Kernelementen um eine spezielle Form von (wiederverwertbarem) Abfall handelt, könnte der in Art. 174 EGV zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsgedanke der verursachernahen Entsorgung auch ein nationales Verbot der WA stützen.

Allerdings müssen auch solche Maßnahmen, die in Umsetzung der Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Nähe gemäß Art. 174 EGV vollzogen worden sind, stets auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 29 EGV überprüft werden. Soweit die Mitgliedstaaten die genannten Grundsätze auf wiederverwertbare Abfälle erstrecken, dürfen sie nicht Ausfuhrbeschränkungen aufbauen, die weder durch eine zwingende Maßnahme des Umweltschutzes noch durch eine der in Art. 30 des Vertrages vorgesehenen Ausnahmen gerechtfertigt sind.⁹¹

Um ein WA-Verbot zu rechtfertigen, kommt wegen der möglichen Gefahren einer Freisetzung von ionisierenden Strahlen als Schutzgut im Sinne des Art. 30 EGV vor allem der Gesundheitsschutz in Betracht. Dieser kann abstrakt Vorrang gegenüber der Warenverkehrsfreiheit genießen. Fraglich ist allerdings, ob er damit „notwendig“ im Sinne der Rechtsprechung ist. Im Hinblick auf die Notwendigkeit ist zu beachten, daß die Mitgliedstaaten bei dem Rückgriff auf die Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EGV einen - allerdings begrenzten - Beurteilungsspielraum genießen. Um Durchbrechungen des grundsätzlichen Verbots von Handelshemmnissen nicht ausufern zu lassen, hat der

90 Verneinend beispielsweise *Müller-Graff* in von der Groeben / Thiesen / Ehlermann, Kommentar zum EUV / EGV (5. Auflage 1997), Art. 30 EGV Rn. 28; bejahend: *Schmidt-Preuß*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme, (N.4), S. 10.

91 EuGH Urteil vom 25.6.1998 (Rs. C 203 / 96 - Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV u.a.).

Mitgliedstaat dabei aber die „Beweislast“ für das Vorliegen der Ausnahmetatbestände zu tragen.⁹²

Für die Notwendigkeit könnte zunächst Art. 6a der EG-Richtlinie 80/836/Euratom sprechen, wonach jede Tätigkeit, die nach der Richtlinie eine Strahlenexposition mit sich bringt, einer vorherigen Rechtfertigung bedarf. Da die Richtlinie auch den Transport und die Beseitigung radioaktiver Stoffe erfaßt, Art. 2 der RL, muß jede Beförderung durch einen Vorteil gerechtfertigt sein.⁹³ Die Wiederaufbereitung ist mit Strahlenexpositionen und zugleich mit einer Vermehrung des spaltbaren Materials verbunden, insoweit könnte die Vorteilhaftigkeit in Frage gestellt sein. In dem sog. „THORP“-Fall soll die Einhaltung des Art. 6a der RL 80/836/Euratom bei der WA-Anlage Sellafield nach Auffassung eines britischen Gerichts problematisch gewesen sein.⁹⁴

Andererseits ergibt sich aus den in dieser Richtlinie vorgegebenen Höchstwerten zulässiger Strahlendosen, wie auch aus der Richtlinie 92/3/EURATOM die Wertung, daß eine Verbringung von radioaktiven Abfällen nicht schlechthin verboten sein soll.

Für einen breiteren Beurteilungsspielraum spricht die Gemeinsame Schlussfolgerung Nr. 23 anlässlich des Beitritts Finnlands, Österreichs und Schwedens zur Euratomgemeinschaft. Dort erkennen die Vertragsparteien an, „daß die EG-Vorschriften einen Mitgliedstaat nicht dazu verpflichten, eine bestimmte Lieferung radioaktiver Abfälle aus einem anderen Mitgliedstaat zu akzeptieren.“⁹⁵ Dieser Rechtsakt spricht indiziell dafür, die Wertung, ob eine Verbringung radioaktiver Abfälle zulässig ist, den einzelnen Mitgliedstaaten selbst zu überlassen.

Bei der Frage der Notwendigkeit wie auch bei der anschließenden Frage der Verhältnismäßigkeit ist völlig offen, wie der Europäische Gerichtshof entscheiden würde.

Nach *Schmidt-Preuß*⁹⁶ soll eine bloße politische Neuorientierung für die Rechtfertigung eines Exportverbots nicht ausreichen. Einmal davon abgesehen,

92 Vgl. *Geiger*, Kommentar zum EGV, 2. Auflage 1995 mit Hinweis auf EuGHE 1983, 2445, 2462 (Rs. 174 / 82 – Sandoz) und EuGHE 1983, 3883 ff. (Rs. 227 / 82 – van Bennekom).

93 Vgl. dazu *Roller*, Beitrag 10. Atomrechtssymposium sub. 3.2.3.

94 Vgl. Nachweise bei *Roller* a.a.O.

95 ABl. 1994 C 241 / 390.

96 Rechtsgutachterliche Stellungnahme, (N.4), 10.

daß es nicht um ein unmittelbares Exportverbot, sondern um ein WA-Verbot geht, spricht die Tatsache der Neubewertung der Risiken durch den neuen Bundesgesetzgeber weder für noch gegen die Notwendigkeit / Verhältnismäßigkeit. Denn sonst würde der Bewertung der Risikolage durch das abgewählte Parlament eine größere Richtigkeitsgewähr als der Einschätzung durch den neuen Bundestag unterstellt werden. Eine solche Annahme ist aber bei Beurteilung von Risikosituationen unstatthaft.

Obwohl die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 50 EGV in einem formellen Subsidiaritätsverhältnis zur Warenverkehrsfreiheit steht, wird teilweise vertreten, daß durch das Verbot der WA die Dienstleistungsfreiheit verletzt worden sei.⁹⁷ Vor dem Hintergrund der jüngeren Entscheidungen zum Abfallrecht⁹⁸, in denen der EuGH auch wiederverwertbaren und gefährlichen Abfall als Ware angesehen hat, wird sich der Hof der genannten Auffassung kaum anschließen.⁹⁹

Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 50 ff. EGV ist damit durch das WA-Verbot nicht betroffen.

Gleichwohl nimmt *Di Fabio* eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des EuGH zu den Fällen Säger¹⁰⁰ und Schindler¹⁰¹ an. Art. 49, 50 EGV stünden auch nationalen Vorschriften entgegen, die unterschiedslos für ausländische und inländische Leistungsanbieter gälten und daher die allgemeine Dienstleistungsfreiheit beschränkten.¹⁰² Diese Entscheidungen sind jedoch nicht ohne weiteres auf das Wiederaufbereitungsverbot übertragbar. Sie betreffen nämlich Dienstleistungen, die im Verbieterstaat erbracht werden sollen. Damit liegt die Ratio der Entscheidungen in der Vermeidung von Abschottungseffekten zugunsten des Binnenmarktes, indem ein Mitgliedstaat innerstaatlich die Qualitätsanforderungen an eine Dienstleistung (wenngleich nichtdiskriminierend) erhöht. Das Verbot der WA hingegen betrifft Dienstanbieter in *anderen* Mitgliedstaaten. Der Binnenmarkt wird damit nicht positiv im Sinne eines Wettbewerbsvorteils betroffen.

97 *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), 69 ff.

98 Seit EuGHE 1992 I 4431 ff. (Rs. C 2 / 90); EuGHE 1993 I 940 (C 155 / 91).

99 So auch *Schmidt-Preuß*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme, (N.4), S.6.

100 EuGHE 1991 I, 4221 ff. (Rs. 76 / 90).

101 EuGHE 1994 I, 1039, 1994 f. (Rs. 275 / 92).

102 Ausstieg, 1999, 70 f.

Allerdings ist mittlerweile anerkannt, daß auch die negative / passive Dienstleistungsfreiheit, nach welcher der Dienstnehmer zum Anbieter reist, von Art. 49, 50 EGV erfaßt ist.¹⁰³ Nimmt man also entgegen der hier vertretenen Auffassung einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit an, so ergeben sich als Folgefrage ähnliche Probleme der Rechtfertigung wie bei der Warenverkehrsfreiheit.¹⁰⁴

Zwischenergebnis zu a) und b):

Die Vorschriften des EAGV stehen einer Beendigung der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie nicht entgegen.

Das Wiederaufbereitungsverbot verstößt nicht gegen Art. 93 EAGV; nimmt man einen Rückgriff auf die Vorschriften des EGV vor, liegt mangels diskriminierender Wirkung weder eine Beschränkung der Ausfuhr noch eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne der Art. 29 ff. EGV vor.

Die Dienstleistungsfreiheit ist nach überwiegender und zutreffender Auffassung und in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur Abfallverwertung nicht betroffen.

103 Seit EuGHE 1984 I 377 ff. (Rs. 286 / 82 u. Rs. 26 / 83); vgl. *Oppermann*, Europarecht, 2. Auflage 1999, Rn. 1594.

104 Vgl. zu den Anforderungen der Rechtfertigung im einzelnen: EuGHE 1995 I 1141 ff. (Rs. C 384 / 93 – Alpine Investments BV); EuGHE 1995 I 4165 ff. (C 55 / 94 – Gebhard).

IV. Zur Frage der Grundrechtsfähigkeit der Energieversorgungsunternehmen und ihrer Betreibergesellschaften

Während die großen Energieversorgungsunternehmen (im Sinne des § 2 Abs.3 EnWG vom 24. 4. 1998) wie die „Bayernwerk Aktiengesellschaft Bayerische Landeselektrizitätsversorgung“, die „RWE Aktiengesellschaft“ oder die „Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks AG (VEBA-AG)“ in der Rechtsform der Aktiengesellschaft organisiert sind, treten die Betreibergesellschaften der einzelnen Kernkraftwerke ganz überwiegend in der juristischen Person der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) auf. Die großen EVU sind jeweils in unterschiedlicher Stärke an mehreren Betreibergesellschaften gesellschaftsrechtlich beteiligt.¹⁰⁵

Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Ausstiegsgesetzes stellt sich die Frage, ob diese juristischen Personen des *privaten Rechts* sich im Sinne des Art. 19 Abs.3 GG ohne weiteres auf den Schutz der Grundrechte der Eigentumsfreiheit (Art. 14) und eventuell auch der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs.1 GG) berufen können oder ob die besonderen öffentlichrechtlichen Bindungen der Stromerzeugung und -versorgung, zumal durch das Atomgesetz und das Energiewirtschaftsgesetz, in Verbindung mit der Tatsache, daß die Anteilseigner der Betreibergesellschaften ganz überwiegend oder sogar ausschließlich *Körperschaften des öffentlichen Rechts* sind, dazu führen müssen, ihnen die Grundrechtsfähigkeit prinzipiell zu versagen.

Die hiermit angesprochenen Einzelprobleme gehören nach wie vor zu den umstrittensten Fragen des „Wirtschaftsverfassungsrechts“.¹⁰⁶ Sie bedürfen hier keiner erschöpfenden Erörterung, aber doch einer Klärung insoweit, als deutlich werden muß, unter welchen Voraussetzungen ein Grundrechtsschutz der Energieversorgungsunternehmen und der Betreibergesellschaften im Hinblick auf ein Ausstiegsgesetz überhaupt in Betracht zu ziehen ist.

Die Diskussion verläuft mit wechselnden Akzentuierungen anhand der *Grob-Kriterien* der Rechtsform, der Qualität der wahrzunehmenden Aufgabe

105 Eine detaillierte Übersicht über die Beteiligungsstrukturen der Kernkraftwerksbetreiber (Stand ca. 1990) findet sich bei *Borgmann*, (N.26), Anhang B. S.429 ff.

106 Zum Streitstand vgl. außer der in N. 1 bis 6 genannten Gutachten-Literatur vor allem *S.Hartung*, Zur Grundrechtsfähigkeit der Betreiber von Kernkraftwerken, DÖV 1992, 393 ff.; *Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten, (N.26) , S. 318 ff.; *G.Roller*, Genehmigungsaufhebung und Entschädigung im Atomrecht, 1994, S.147 ff.