



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 7 C 1.11
OVG 7 KS 215/03

Verkündet
am 22. März 2012
Hardtmann
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2012
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Sailer,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Krauß und Guttenberger,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Schipper und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Brandt

für Recht erkannt:

Das Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 23. Juni 2010 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Kläger wenden sich gegen eine atomrechtliche Genehmigung vom 22. September 2003 zur Aufbewahrung von Kernbrennstoffen aus dem Kernkraftwerk Unterweser im dazugehörigen Standortzwischenlager. Nach der auf 40 Jahre

befristeten Genehmigung darf die Beigeladene in dem Zwischenlager bestrahlte Brennelemente in bis zu 80 Transport- und Lagerbehältern der Bauart Castor V/19 trocken zwischengelagert werden.

- 2 Das inzwischen errichtete und 2007 mit der Einlagerung des ersten Castorbehälters in Betrieb genommene Zwischenlager befindet sich innerhalb des Betriebsgeländes des Kernkraftwerks am nördlichen Rand in einer Entfernung von ca. 120 bis 130 m zu dessen äußerer Umschließung. Die Entfernung zum westlichen Ufer der Weser beträgt ca. 350 m. Das Lagergebäude ist ca. 80 m lang, 27 m breit und ca. 24 m hoch. Im knapp 1 400 qm großen Lagerbereich stehen 750 qm als effektive Lagerfläche zur Verfügung. Die Stahlbeton-Außenwände haben eine Stärke von 1,20 m, die geneigte Decke von 1,30 m und die Bodenplatte von 1,50 m.
- 3 Die Kläger sind Landwirte, die überwiegend Milchviehwirtschaft betreiben. Der Betrieb des Klägers zu 1 ist 67 ha groß, seine Hofstelle liegt ca. 3 km vom Zwischenlager entfernt. Der Kläger zu 2 bewirtschaftet 180 ha, seine Grünlandflächen reichen bis auf 140 m an das Gelände des Kernkraftwerks heran. Die Hofstelle des Klägers zu 2 ist ca. 1,7 km vom Zwischenlager entfernt. Die Kläger sehen sich durch das Zwischenlager bzw. die damit verbundene Steigerung des radioaktiven Inventars sowie durch das Risiko von Störfällen und Störmaßnahmen Dritter, etwa terroristischen Anschlägen, in ihren Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie als Eigentümer landwirtschaftlicher Betriebe verletzt.
- 4 Die erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Aufbewahrung der Kernbrennstoffe sei nicht getroffen worden, vor allem die Langzeitsicherheit des Zwischenlagers begegne unter den Gesichtspunkten Langzeitdichtigkeit der Castorbehälter und Schutz des Zwischenlagers gegen Hochwasser Bedenken. Auch der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter, namentlich gezielte Flugzeugabstürze und einen Hohlladungsbeschuss der Castorbehälter sei nicht gewährleistet. Selbst bei einer geringen Freisetzung radioaktiver Stoffe sei zu erwarten, dass die Molkereien die Abnahme der Milch verweigerten. Hierdurch drohten erhebliche Verdienstauffälle.

Überdies müssten die Tiere trotz Kontaminierung der Weideflächen weiter versorgt werden, wodurch die Existenzgrundlage ihrer Betriebe vernichtet, zumindest aber ernsthaft bedroht würde.

- 5 Das Obergerverwaltungsgericht hat die auf Aufhebung der Genehmigung gerichtete Klage als unbegründet abgewiesen: Die Genehmigung sei zu Recht auf § 6 AtG gestützt und von der zuständigen Behörde erteilt worden. Die nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 AtG erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Aufbewahrung der Kernbrennstoffe sei getroffen worden, der von § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG geforderte Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter gewährleistet. Aufgrund des sog. Funktionsvorbehalts im Atomrecht sei die Genehmigungsbehörde für die Risikoermittlung und -bewertung allein verantwortlich. Die Gerichte seien darauf beschränkt zu überprüfen, ob die behördliche Entscheidung auf einer ausreichenden Datenbasis und willkürfreien Annahmen beruhe.

- 6 Dies sei hier der Fall. Die Beklagte habe willkürfrei annehmen dürfen, dass die Langzeitsicherheit, insbesondere die Langzeitdichtigkeit der Castorbehälter und der Schutz des Zwischenlagers gegen Hochwasser, keinen Bedenken begegne. Dasselbe gelte für den Schutz gegen Störmaßnahmen und sonstige Einwirkungen Dritter. Die Beklagte habe die beiden Szenarien „gezielter Flugzeugabsturz“ und „Hohlladungsbeschuss von Castorbehältern“ zu Recht dem Bereich der Schadensvorsorge zugeordnet und als auslegungsüberschreitende, d.h. sehr seltene Ereignisse im Sinne des gestaffelten Sicherheitskonzepts der Reaktorsicherheitskonferenz betrachtet. Der für solche Ereignisse maßgebliche Richtwert für eine Evakuierung werde nach den - aus Gründen des Geheimnisschutzes im Gerichtsverfahren nur teilweise offen gelegten - Sachverständigen-gutachten selbst beim Absturz einer vollgetankten Boeing 747 nicht erreicht. Den Flugzeugtyp Airbus A 380 habe die Beklagte zum maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigungserteilung im September 2003 noch nicht in die Prüfung einbeziehen müssen. Auch der erforderliche Schutz gegen Gefahren durch einen Hohlladungsbeschuss sei gewährleistet. Durchschlagstärkere Waffen führten nicht zwangsläufig zu einer größeren Zerstörungswirkung im Innern der Castor-

behälter. Ein Mehrfachbeschuss innerhalb der Lagerhalle könne faktisch ausgeschlossen werden.

- 7 Eine weitere Sachaufklärung durch - wie von den Klägern beantragt - Beziehung der aus Geheimhaltungsgründen nur teilweise bzw. geschwärzt vorgelegten Gutachten und sonstigen Unterlagen, die Einvernahme eines instruierten Mitarbeiters von EADS oder Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den Wirkungen eines Beschusses der Castorbehälter mit modernen Tandem-Panzerfäusten sei mangels Entscheidungserheblichkeit nicht veranlasst.
- 8 Gegen dieses Urteil haben die Kläger die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt, mit der sie sowohl Verstöße gegen Verfahrensrecht (§ 117 Abs. 1 und 4, § 86 Abs. 1, § 108 Abs. 1 VwGO) als auch gegen materielles Recht (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG) rügen. Die Genehmigung sei schon deshalb aufzuheben, weil die Beklagte weder den gezielten Absturz eines Airbus A 380 noch einen (Mehrfach-)Beschuss der Castorbehälter mit Hohlladungsgeschossen nach dem Stand der Waffentechnik von 2003 in ihre Sicherheitsbeurteilung einbezogen habe.
- 9 Die Beklagte und die Beigeladene verteidigen die angegriffene Entscheidung.

II

- 10 Die zulässige Revision hat mit dem Ergebnis der Zurückverweisung Erfolg (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO). Das angegriffene Urteil leidet zwar nicht an einem Verfahrensmangel im Sinne von § 138 Nr. 6 VwGO (1). Es verletzt aber materielles Recht (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG, § 108 Abs. 1 VwGO; 2). Mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen des Oberverwaltungsgerichts kann der Senat nicht selbst in der Sache entscheiden, dies nötigt zur Zurückverweisung (3).
- 11 1 a) Die Rüge, die Entscheidung sei wegen fehlender Unterschrift der Richter (§ 117 Abs. 1 Satz 1 VwGO) im Sinne von § 138 Nr. 6 VwGO nicht mit Gründen versehen, ist schon nicht schlüssig dargelegt. Der Umstand, dass die Streitakte

nicht die handschriftlich unterzeichnete Urschrift des angegriffenen Urteils, sondern nur eine beglaubigte Abschrift desselben enthält, ist für sich allein kein Anzeichen dafür, dass es an einer von den Richtern ordnungsgemäß unterzeichneten Urteilsurkunde fehlt. Die von den Klägern in diesem Zusammenhang erhobene Behauptung, in der Streitakte befinde sich keine beglaubigte Abschrift, sondern nur eine Ablichtung des Urteils, noch dazu fehle der Vermerk des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, mit dem die Übereinstimmung mit der Urschrift bescheinigt werde, trifft nicht zu. Die Streitakte enthält eine beglaubigte Abschrift des Urteils (Bl. 979), auf der letzten Seite dieser Abschrift unter der Rechtsmittelbelehrung und den Unterschriften (Bl. 1008 RS) findet sich auch der von den Klägern vermisste, mit dem Amtssiegel versehene Vermerk der Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle, der die Richtigkeit der vorstehenden Abschrift beglaubigt. Die beglaubigte Abschrift beweist mit der Wiedergabe der Unterschriften der Richter, dass die Urschrift in der wiedergegebenen Weise handschriftlich unterzeichnet ist (vgl. § 173 VwGO i.V.m. § 317 Abs. 2 Satz 1 ZPO; § 1 Abs. 2, § 65 Satz 3 und § 42 BeurkG; Urteil vom 28. Oktober 1982 - BVerwG 2 C 3.82 - Buchholz 310 § 117 VwGO Nr. 20 S. 7).

- 12 Das Gerichtsverfahrensrecht schreibt nicht vor, dass die Streitakte selbst die handschriftlich unterzeichnete Entscheidungsurschrift zu enthalten hat. Es stellt daher entgegen der Auffassung der Kläger keine unzulässige „doppelte Aktenführung“ dar, sondern entspricht vielmehr häufiger Gerichtsübung, die Urschrift der Entscheidung bei demjenigen Gericht gesondert aufzubewahren, das die Entscheidung getroffen hat. Angesichts dessen genügt es nicht, unter Hinweis auf eine bei der Streitakte befindliche Abschrift sozusagen „auf Verdacht“ den Verfahrensmangel zu behaupten, es fehle an einer von den Richtern unterzeichneten Entscheidungsurschrift. Vielmehr ist zur Bezeichnung der diesen Verfahrensmangel ergebenden Tatsachen die Darlegung konkreter Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass sich auch in der Senatsakte des Oberverwaltungsgerichts keine von den Richtern handschriftlich unterzeichnete Entscheidung befindet; dazu muss der Kläger gegebenenfalls eigene Ermittlungen, etwa in Form eines Auskunftersuchens, anstellen (Urteil vom 26. Juli 1985 - BVerwG 9 C 116.84 - ZfSH/SGB 1986, 282). Es ist nicht Aufgabe des Revi-

sionsgerichts, einer solchen Behauptung durch eigene Ermittlungen nachzugehen.

- 13 b) Das Urteil beruht auch nicht auf dem geltend gemachten Verstoß gegen § 117 Abs. 4 Satz 2 VwGO. Es kann dahinstehen, ob der von den Richtern unterschriebene Urteilstenor (ohne Tatbestand, Entscheidungsgründe und Rechtsmittelbelehrung) der Geschäftsstelle gemäß § 117 Abs. 4 Satz 2 VwGO innerhalb von zwei Wochen nach der Verkündung des Urteils übermittelt worden ist. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, könnte das Urteil auf einem solchen Verstoß nicht beruhen, weil die Entscheidungsformel schon vorher verkündet worden ist, das Urteil dadurch also nicht beeinflusst sein kann (Beschluss vom 7. November 1990 - BVerwG 7 B 130.90 - Buchholz 310 § 138 Ziff. 6 VwGO Nr. 22 S. 16).
- 14 c) Soweit die Kläger mit Schriftsatz vom 2. Februar 2012 geltend gemacht haben, das Urteil müsse wegen eines Verstoßes gegen § 117 Abs. 4 Satz 2 VwGO selbst dann aufgehoben werden, wenn es tatsächlich schon am 19. November 2010 und damit vor Ablauf der Fünf-Monats-Frist ordnungsgemäß unterschrieben auf der Geschäftsstelle vorgelegen haben sollte, weil es unabhängig davon das Ergebnis der mündlichen Verhandlung und der Beratung nicht mehr zuverlässig wiedergebe, ist diese Rüge verspätet erhoben worden. Dass infolge der verzögerten Abfassung der Urteilsgründe die zuverlässige Wiedergabe des Beratungsergebnisses und der für die Entscheidungsfindung leitenden Erwägungen - etwa im Hinblick auf das streitige Thema „Hohlladungsbeschuss der Castorbehälter“, das nur in der ersten mündlichen Verhandlung am 17./18. Februar 2010 behandelt worden ist und dessen neuerliche Erörterung in der mündlichen Verhandlung am 23. Juni 2010 der Vorsitzende abgelehnt hat - nicht mehr gewährleistet war, haben die Kläger in ihrer Revisionsbegründung vom 21. März 2011 nicht geltend gemacht. Nach Ablauf der Frist zur Begründung der Revision kann ein Verstoß gegen § 117 Abs. 4 Satz 2 VwGO aber nicht zusätzlich auf einen neuen Sachverhalt gestützt werden.
- 15 d) Von einer Begründung zu den weiter geltend gemachten Verstößen gegen § 86 Abs. 1 und § 108 Abs. 1 VwGO sieht der Senat ab, weil er diese Verfah-

rensrügen mangels ordnungsgemäßer Darlegung nicht für durchgreifend hält (§ 144 Abs. 7 Satz 1 VwGO).

- 16 2. Das Oberverwaltungsgericht hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil vom 10. April 2008 - BVerwG 7 C 39.07 - BVerwGE 131, 129 = Buchholz 451.171 § 6 AtG Nr. 4 Rn. 9 bis 12; Beschluss vom 24. August 2006 - BVerwG 7 B 38.06 - Buchholz 451.171 § 9a AtG Nr. 1 S. 1) angenommen, dass die maßgebliche Rechtsgrundlage für die angefochtene Aufbewahrungsgenehmigung § 6 Abs. 1 AtG ist, mit dem Bundesamt für Strahlenschutz die zuständige Behörde tätig geworden ist und die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 3 AtG vorliegen. Überdies ist es zu dem Ergebnis gelangt, dass die Genehmigungsbehörde von Rechts wegen die Überzeugung haben durfte, dass die nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 AtG erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Aufbewahrung der Kernbrennstoffe, insbesondere unter den Gesichtspunkten Langzeitsicherheit, Widerstandsfähigkeit der Castorbehälter bei auslegungsbestimmenden Störfällen und Unfällen sowie Hochwassergefahren, gewährleistet ist. Hiergegen hat die Revision weder materiellrechtliche Einwände erhoben noch die der rechtlichen Würdigung des Oberverwaltungsgerichts zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen mit Verfahrensrügen angegriffen. Der Senat sieht deshalb keinen Anlass, diesen Fragen weiter nachzugehen.
- 17 Dagegen hält die von der Revision angegriffene Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, die Genehmigungsbehörde habe willkürfrei annehmen dürfen, dass auch der nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG erforderliche Schutz des Zwischenlagers gegen Störmaßnahmen und sonstige Einwirkungen Dritter, namentlich gegen gezielte Flugzeugabstürze und einen Hohlladungsbeschuss der Castorbehälter, gewährleistet sei, revisionsgerichtlicher Prüfung nicht stand. Das Oberverwaltungsgericht hat seiner Annahme, die Beklagte habe den Airbus A 380 im Wege einer Binnendifferenzierung willkürfrei aus ihrer Sicherheitsbeurteilung ausblenden dürfen, einen nicht am Schutzzweck des § 1 Nr. 2 AtG ausgerichteten und damit fehlerhaften Willkürmaßstab zugrunde gelegt (a). Zudem hat es sich seine Überzeugung, der Beklagten seien auch bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Hohlladungsbeschusses der Castorbehälter keine

Ermittlungs- und Bewertungsfehler unterlaufen, fehlerhaft gebildet (b). Das Urteil verstößt schließlich auch deshalb gegen revisibles Recht, weil das Oberverwaltungsgericht das in § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG verankerte Maß der gerichtlichen Aufklärungs- und Ermittlungspflicht sowie des gerichtlichen Überzeugunggebots verkannt hat (c).

- 18 a) In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG auch dem Schutz individueller Rechte eines in der Nähe des Zwischenlagers wohnenden Drittbetroffenen gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter dient, sofern diese nicht dem Bereich des Restrisikos zuzuordnen sind. Der Drittschutz ist nicht auf die erforderliche Vorsorge gegen Auslegungstörfälle beschränkt (Urteil vom 10. April 2008 a.a.O. LS 1).
- 19 Hieran hält der Senat auch in Ansehung der durch das Zwölfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl I S. 1817) eingefügten Regelung des § 7d AtG fest. Nach dieser Vorschrift hat der Inhaber einer Genehmigung zum Betrieb einer Anlage zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität entsprechend dem fortschreitenden Stand von Wissenschaft und Technik dafür zu sorgen, dass die Sicherheitsvorkehrungen verwirklicht werden, die jeweils entwickelt, geeignet und angemessen sind, um zusätzlich zu den Anforderungen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG einen nicht nur geringfügigen Beitrag zur weiteren Vorsorge gegen Risiken für die Allgemeinheit zu leisten. Sie findet vorliegend schon deshalb keine Anwendung, weil es für die gerichtliche Prüfung der streitgegenständlichen Genehmigung vom 22. September 2003 grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage bei ihrem Erlass ankommt (Urteil vom 19. Dezember 1985 - BVerwG 7 C 65.82 - BVerwGE 72, 300 <315> = Buchholz 451.171 AtG Nr. 15 S. 32). Aus dem Meistbegünstigungsgrundsatz folgt nicht anderes. Sollte - wie in Teilen des Schrifttums (vgl. Renneberg, ZNER 2011, 106 <112>; Ziehm, ZUR 2011, 3 <8>; Roßnagel/Hentschel, ZNER 2011, 7 <9>) vertreten und von der Bundesregierung dementiert wird (BTDrucks 17/3395 S. 3) wird - mit der Einführung des § 7d AtG ursprünglich die Absicht verbunden gewesen sein, das erreichte Niveau der Vorsorge und des Drittschutzes im Atomrecht zu schmälern, hat dies weder in der Norm noch in der Begründung Niederschlag gefunden (Roller,

NVwZ 2011, 1431 <1434>). Ob § 7d AtG auch deshalb keine Anwendung finden würde, weil die Vorschrift nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut nur für solche Anlagen Geltung beansprucht, die nach § 7 AtG genehmigt worden sind, kann daher offenbleiben.

- 20 Ebenfalls geklärt ist, dass - wovon auch die Genehmigungsbehörde ausgegangen ist - das Szenario „gezielter Flugzeugabsturz“ (ebenso wie das Szenario „Hohlladungsbeschuss der Castorbehälter“) nicht dem Restrisiko, sondern dem Bereich der Schadensvorsorge zuzuordnen ist. Dies entspricht der Einschätzung des Bundesministeriums des Innern (Urteil vom 10. April 2008 a.a.O. Rn. 34). Über das Maß des erforderlichen Schutzes gegen terroristische Einwirkungen Dritter auf ein Zwischenlager entscheidet die Genehmigungsbehörde in eigener Verantwortung. Die Exekutive ist für die Risikoermittlung und -bewertung, also auch für die Entscheidung über Art und Ausmaß von Risiken, die hingenommen oder nicht hingenommen werden, allein verantwortlich. Die Gerichte sind darauf beschränkt zu überprüfen, ob die der behördlichen Beurteilung zugrunde liegende Risikoermittlung und -bewertung auf einer ausreichenden Datenbasis beruht und dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt der Behördenentscheidung Rechnung trägt, die Behörde also im Hinblick auf die Ergebnisse des von ihr durchgeführten Genehmigungsverfahrens „diese Überzeugung von Rechts wegen haben durfte“ (Urteil vom 10. April 2008 a.a.O. Rn. 25). Der Funktionsvorbehalt zu Gunsten der Genehmigungsbehörde betrifft vor allem den Inhalt der Risikoabschätzung, der letztlich nur politisch verantwortet werden kann. Sind die Ermittlungen nach dem Stand von Wissenschaft und Technik ausreichend und hat sie die Behörde ihren Bewertungen zugrunde gelegt, so muss sich das Gericht bei der Prüfung, ob diese Bewertungen hinreichend vorsichtig sind, wegen des Funktionsvorbehalts auf eine Willkürkontrolle beschränken (Urteil vom 14. Januar 1998 - BVerwG 11 C 11.96 - BVerwGE 106, 115 ff. <Rn. 80> = Buchholz 451.171 § 7 AtG Nr. 5 S. 60).
- 21 Gegenstand der Aufklärungsbemühungen der Verwaltungsgerichte hat danach in erster Linie die Frage zu sein, ob die Behörde die Datenbasis, auf deren Grundlage sie entschieden hat, als ausreichend ansehen durfte und ob die damit verbundenen Bewertungen ihr als hinreichend vorsichtig erscheinen durften.

Diese Prüfung setzt zunächst einen Nachvollzug der gedanklichen Operationen der Genehmigungsbehörde voraus, die der angefochtenen atomrechtlichen Genehmigung zugrunde liegen. Dabei kann nicht jeder die Sicherheit des Vorhabens betreffende Einwand von Verfahrensbeteiligten das Gericht, sofern es nicht selbst hinreichend sachkundig ist, zu einer - womöglich kostspieligen - Beweisaufnahme unter Hinzuziehung von Sachverständigen zwingen. Derartige Einwendungen sind vielmehr zunächst einmal mit den Verfahrensbeteiligten und damit auch mit der Genehmigungsbehörde zu erörtern. Eine Beweisaufnahme ist erst dann veranlasst, wenn sich aus dem prozessualen Vorbringen eines Verfahrensbeteiligten herleiten lässt, dass die der angefochtenen Genehmigung zugrunde liegenden Annahmen und Bewertungen der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf den Stand von Wissenschaft und Technik als widerlegbar erscheinen (Urteil vom 22. Oktober 1987 - BVerwG 7 C 4.85 - BVerwGE 78, 177 ff. <Rn. 14> = Buchholz 451.171 AtG Nr. 20 S. 9).

- 22 Hiervon ist im Ansatz auch das Oberverwaltungsgericht ausgegangen. Es hat daher die streitgegenständliche Genehmigung zu Recht nicht schon deshalb aufgehoben, weil die Erwägungen, aufgrund derer die Beklagte den Airbus A 380 aus ihrer Sicherheitsbeurteilung ausgeblendet hat, nicht aktenkundig geworden sind. Zwar geht die Anerkennung eines gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbaren Funktionsvorbehalts in der Regel mit gesteigerten behördlichen Pflichten zur nachvollziehbaren Sachverhaltsermittlung, zur Beteiligung qualifizierten Sachverständigen und zur validen Dokumentation der herangezogenen Daten sowie zur Begründung der Entscheidung einher (Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 289). Daraus folgt aber nicht, dass eine atomrechtliche Genehmigung immer schon dann aufzuheben ist, wenn die von der Genehmigungsbehörde im Rahmen ihrer Sicherheitsbeurteilung angestellten Überlegungen nicht (in vollem Umfang) aktenkundig geworden sind. Vielmehr muss das Gericht in solchen Fällen prüfen, ob sich auf anderem Wege nachvollziehen lässt, welche Fragen die behördliche Sicherheitsbeurteilung in den Blick genommen und wie sie sie beantwortet hat. Dazu gehört eine gerichtliche Anhörung der Behörde und der Sachverständigen, deren Gutachten sich die Behörde angeschlossen hat (Beschluss vom 2. Juli 1988 - BVerwG 11 B 30.87 - Buchholz 451.171 § 6 AtG Nr. 2 S. 8 f.).

- 23 Das Oberverwaltungsgericht hat die schriftsätzlichen und mündlichen Einlassungen der Beklagten dazu, warum der Airbus A 380 aus der Sicherheitsbeurteilung ausgeblendet worden ist, auf den Seiten 48/49 der Entscheidungsgründe zusammengefasst. Danach waren für die Beklagte folgende Überlegungen maßgeblich: Die ohnehin sehr geringe Wahrscheinlichkeit eines gezielten Flugzeugabsturzes, die beim Airbus A 380 wegen der Ungewissheit über seine Indienststellung, seine Flugrouten und Einsatzbereiche sowie die absehbar geringe Stückzahl und Flughäufigkeit als noch geringer einzuschätzende Wahrscheinlichkeit eines gezielten Absturzes, die erhöhten Maßnahmen zur passiven Flugsicherheit (z.B. Pilotenschulungen für einen begrenzten Personenkreis), das Fehlen verlässlicher Konstruktionsdaten, was zuverlässige Modellrechnungen und Berechnungen von Lastannahmen unmöglich gemacht habe, sowie die auf der Grundlage der vorliegenden Untersuchungen zu anderen Flugzeugtypen bestehende Vermutung, dass die Evakuierungswerte und die Störfallplanungswerte deutlich unterschritten würden.
- 24 Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts trägt dieses „Bündel von Erwägungen“ (UA S. 49) die Bewertung, die Beklagte habe den Airbus A 380 willkürfrei ausblenden dürfen, weder im Wege einer Gesamt- noch einer Einzelbetrachtung. An dieser Feststellung ist der Senat entgegen der Auffassung der Beklagten durch § 137 Abs. 2 VwGO nicht gehindert. Ob die Genehmigungsbehörde bei der Erteilung einer atomrechtlichen Genehmigung die Grenzen ihres Funktionsvorbehalts eingehalten oder überschritten hat, ist eine Frage der Rechtsanwendung und unterliegt daher uneingeschränkt revisionsgerichtlicher Nachprüfung. Anderes gilt nur für die der Rechtsanwendung zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen bzw. eine der Rechtsanwendung vorgelegte Tatsachenwürdigung, an die das Revisionsgericht - sofern dagegen keine zulässigen und begründeten Verfahrensrügen erhoben worden sind - nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden ist. Dies trifft auf die Wertung des Oberverwaltungsgerichts, die Beklagte habe den Airbus A 380 willkürfrei ausblenden dürfen, nicht zu. Sofern dem Beschluss des Senats vom 24. August 2006 (a.a.O. Rn. 15 und 17) - wie die Beklagte meint - Abweichendes zu entnehmen sein sollte, hält der Senat daran nicht fest.

25 Reichweite und Grenzen des Funktionsvorbehalts ergeben sich aus dem materiellen Recht, namentlich dessen Sinn und Zweck. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts dient der Funktionsvorbehalt der Exekutive einem dynamischen Grundrechtsschutz und rechtfertigt sich auch daraus, dass im Atomrecht die erforderliche Schadensvorsorge am in die Zukunft hinein offenen, die bestmögliche Verwirklichung des Schutzzwecks des § 1 Nr. 2 AtG gewährleistenden Maßstab des Stands von Wissenschaft und Technik zu messen ist (Beschluss vom 24. August 2006 a.a.O. Rn. 11; BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. November 2009 - 1 BvR 1178/07 - DVBl 2010, 52 <Rn. 39>). Dabei sind auch im Rahmen von § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG prognostische Einschätzungen über künftige Entwicklungen und Geschehensabläufe vorzunehmen, so beim speziellen Erfordernis des Schutzes gegen Terror- und Sabotageakte z.B. über voraussichtliche Täter und voraussichtliches Täterverhalten (vgl. zu § 7 Abs. 2 Nr. 5 AtG Urteil vom 19. Januar 1989 - BVerwG 7 C 31.87 - BVerwGE 81, 185 ff. <Rn. 21> = Buchholz 451.171 AtG Nr. 27 S. 53 <S. 59>). Es ist insoweit nicht Sache der Gerichte, Prognosen der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf Situationen zu korrigieren, die allenfalls im Grenzbereich des nach praktischer Vernunft noch Möglichen liegen könnten (Urteil vom 19. Januar 1989 a.a.O. Rn. 26). Die Beklagte und die Beigeladene verweisen in diesem Zusammenhang zu Recht darauf, dass der Funktionsvorbehalt der Genehmigungsbehörde sich nicht in der Identifikation der vorsorgerelevanten Risikoszenarien erschöpft, sondern auch die konkrete Ausgestaltung des im Bereich der Risikoversorge erforderlichen Schutzes umfasst. Allerdings ist das Maß des erforderlichen Schutzes normativ vorgegeben. Sowohl § 7 Abs. 2 AtG als auch § 6 Abs. 2 AtG legen die Exekutive normativ auf den Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikoversorge fest und lassen die Genehmigungserteilung nur zu, wenn Gefahren und Risiken durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage bzw. die Aufbewahrung von Kernbrennstoffen sowie durch Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter nach dem Stand von Wissenschaft und Technik „praktisch ausgeschlossen“ erscheinen (Urteil vom 10. April 2008 a.a.O. Rn. 21; BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. November 2008 - 1 BvR 2456/06 - DVBl 2009, 642 <Rn. 27>).

- 26 Aus dem Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge folgt, dass die Exekutive im Rahmen ihrer prognostischen Einschätzungen alle wissenschaftlich und technisch vertretbaren Erkenntnisse heranzuziehen hat (Urteil vom 19. Januar 1989 a.a.O. Rn. 19). Vorsorge bedeutet zudem, dass bei der Beurteilung von Schadenswahrscheinlichkeiten nicht allein auf das vorhandene ingenieurmäßige Erfahrungswissen zurückgegriffen werden darf, sondern Schutzmaßnahmen auch anhand „bloß theoretischer“ Überlegungen und Berechnungen in Betracht gezogen werden müssen, um Risiken aufgrund noch bestehender Unsicherheiten oder Wissenslücken zuverlässig auszuschließen. Unsicherheiten bei der Risikoermittlung und -bewertung ist nach Maßgabe des sich daraus ergebenden Besorgnispotentials durch hinreichend konservative Annahmen Rechnung zu tragen (Urteil vom 19. Dezember 1985 a.a.O. S. 315 f.; Beschluss vom 13. Juli 1989 - BVerwG 7 B 188.88 - Buchholz 451.171 AtG Nr. 31 S. 87 <S. 89>).
- 27 Daran gemessen kann die Ausblendung des Airbus A 380 entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht als willkürfrei betrachtet werden. Sollte das Oberverwaltungsgericht dabei - was den Entscheidungsgründen nicht mit der gebotenen Deutlichkeit entnommen werden kann - von der Annahme ausgegangen sein, dass die o.g. Erwägungen die Nichtberücksichtigung des Airbus A 380 nur in ihrer Gesamtheit („als Bündel“) tragen, folgt dies schon daraus, dass die Erwägungen der Beklagten sich mit einer Ausnahme als sachfremd erweisen. Überprüft man jede einzelne dieser Erwägungen auf ihre Willkürfreiheit, erweist sich nur das Vorbringen, die für die Berechnung der radiologischen Auswirkungen des gezielten Absturzes eines Airbus A 380 erforderlichen Konstruktionsdaten hätten im Genehmigungszeitpunkt noch nicht vorgelegen, als grundsätzlich tragfähig. Das Oberverwaltungsgericht hat es aber versäumt, die zur Unterfütterung dieser Erwägung erforderlichen Tatsachenfeststellungen zu treffen.
- 28 Innerhalb eines - wie hier der „gezielte Flugzeugabsturz“ - als vorsorgebedürftig erkannten Szenarios ist das erforderliche Schutzmaß konservativ anhand derjenigen Tatmittel zu bestimmen, deren Einsatz durch potentielle Täter prognos-

tisch nicht als nahezu ausgeschlossen betrachtet werden kann. Dabei ist die im Rahmen von § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG anzustellende Beurteilung in die Zukunft gerichtet. Die Beklagte durfte den Airbus A 380 mithin nicht - wie sie ursprünglich geltend gemacht hat - schon deshalb ausblenden, weil er im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung noch nicht in Dienst gestellt war. Der Grundsatz, dass für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer atomrechtlichen Genehmigung auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt ihrer Erteilung abzustellen ist, steht dem nicht entgegen. Ist die Indienststellung eines potentiellen Tatmittels - wie hier - bei Erlass der immerhin für einen Zeitraum von 40 Jahren erteilten Genehmigung abzusehen, wäre es - wie die Kläger zu Recht vortragen - angesichts des Schutzzwecks von § 1 Nr. 2 AtG verfehlt, die Prüfung eines möglichen Schadensszenarios sehenden Auges in die Aufsichtsphase zu verlagern und einem Auflagenverfahren nach § 17 AtG vorzubehalten. Dies gilt umso mehr als die 40-Jahre-Frist nach dem Inhalt der Genehmigung (Ziffer 5) erst mit der Einlagerung des ersten Castorbehälters - die 2007 erfolgt ist - zu laufen beginnt.

- 29 Als sachfremd erweist sich auch die Erwägung der Beklagten, sie habe den Airbus A 380 nicht einbeziehen müssen, weil schon ein gezielter Flugzeugabsturz als solcher sehr unwahrscheinlich und der gezielte Absturz eines Airbus A 380 wegen dessen absehbar geringer Stückzahl und Flugfrequenz sowie der erforderlichen besonderen Pilotenschulungen noch unwahrscheinlicher sei. Die Beklagte hat das Szenario „gezielter Flugzeugabsturz“ zutreffend dem Bereich der Schadensvorsorge zugeordnet. Sie hat sich insoweit auf die Einschätzung des Bundesministeriums des Innern gestützt, wonach ein herbeigeführter Flugzeugabsturz auf kerntechnische Anlagen zwar außerhalb des Wahrscheinlichen liege, aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden könne und (daher) nicht dem Restrisiko zuzuordnen sei (Genehmigung, S. 130). Vor dem Hintergrund dieser Zuordnung ist es zirkelschlüssig, die danach erforderliche Schadensvorsorge u.a. mit der Begründung als gewährleistet zu betrachten, dass ein gezielter Flugzeugabsturz per se und der Absturz eines Airbus A 380 erst recht sehr unwahrscheinlich sei. Das gilt umso mehr im Hinblick darauf, dass ausweislich von Ziffer II Nr. 3 der Stellungnahme des Länderausschusses für Atomkernenergie vom 3./4. Juli 2003 zum Schutz kerntechnischer Anlagen gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter (BMU RS I 1 - 13143/19; Anla-

ge B 3 zum Schriftsatz der Beklagten vom 24. Mai 2006) die vorgelagerten allgemeinen staatlichen und staatlich veranlassten Maßnahmen, die auch zur Verhinderung eines solchen Anschlags beitragen können, im Rahmen der Einschätzung, der gezielte Flugzeugabsturz könne nicht dem Restrisiko zugeordnet werden, bereits berücksichtigt worden sind.

- 30 Daraus folgt zugleich, dass auch der Hinweis der Beklagten auf die erhöhten Maßnahmen der passiven Flugsicherheit nicht als sachliche Rechtfertigung dafür dienen kann, den Airbus A 380 aus den Sicherheitsüberlegungen auszublenzen. Dies gilt auch für das Argument, der Airbus A 380 erfordere eine besondere Pilotenschulung. Jedes Verkehrs- und Militärflugzeug kann nur nach besonderer Schulung und Einweisung geflogen werden.
- 31 Schließlich erweist sich der Hinweis der Beklagten auf die aus den vorliegenden Untersuchungen zu kleineren Verkehrsflugzeugen gefolgerte deutliche Unterschreitung der maßgeblichen Störfallplanungswerte schon deshalb als nicht tragfähig, weil es sich dabei jedenfalls nach der Darstellung des Oberverwaltungsgerichts auf Seite 49 der Entscheidungsgründe lediglich um eine Vermutung handelt. Soweit die Beklagte und die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt haben, man sei im Rahmen einer Aus- und Bewertung der verfügbaren Daten und vorhandenen Untersuchungsergebnisse zu den größten, bereits in Dienst gestellten Flugzeugen zu der - konservativen - Einschätzung gelangt, zwischen der Boeing 747 und dem Airbus A 380 sei im Hinblick auf die Einhaltung der Evakuierungs-, ja sogar der Störfallplanungswerte „noch viel Luft“, übersehen sie, dass das Oberverwaltungsgericht entsprechende Tatsachenfeststellungen nicht getroffen hat. Dafür reicht es nicht aus, wenn das Tatsachengericht Erwägungen eines Verfahrensbeteiligten - wie hier auf Seite 49 der Entscheidungsgründe - lediglich referierend wiedergibt (vgl. Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 137 Rn. 136).
- 32 Dass die Beklagte selbst die vorgenannten Erwägungen letztlich wohl nicht als durchgreifend erachtet hat, zeigt sich u.a. daran, dass sie die Folgen des gezielten Absturzes eines Airbus A 380 auf Zwischenlager für Kernbrennstoffe ab Ende 2005/Anfang 2006 in Auflagenverfahren nach § 17 AtG überprüft hat und

diesen Sachverhalt inzwischen unstreitig dem Bereich der Schadensvorsorge zuordnet.

- 33 Willkürfrei wäre die Ausblendung des Airbus A 380 danach nur dann erfolgt, wenn der Beklagten im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung selbst die für eine grobe Beurteilung der radiologischen Auswirkungen des gezielten Absturzes eines Airbus A 380 zwingend erforderlichen Konstruktionsdaten nicht vorlagen, weil die Entwicklung des Airbus A 380 zu diesem Zeitpunkt noch nicht weit genug vorangeschritten war. Diese Frage war unter den Beteiligten umstritten. Nach der Darstellung der Beklagten fehlten Angaben über Massivität, Struktur und Ausrichtung der Triebwerke und des Bugfahrwerks, die die mechanischen Einwirkungen maßgeblich bestimmten. Neben dem Tankinhalt sei auch die Masseverteilung des Kerosins im Flugzeug von entscheidender Bedeutung, da diese erheblichen Einfluss auf die zu erwartenden mechanischen Beanspruchungen des Gebäudes und die in das Gebäude eindringende Kerosinmenge habe. Während der Entwicklung des Airbus A 380 habe es wesentliche konstruktive Änderungen gegeben, die erst den im November 2005 zur Verfügung stehenden Daten hätten entnommen werden können. Die Kläger hatten demgegenüber darauf hingewiesen, dass eine Risikoermittlung und -bewertung auch für den Airbus A 380 - der seinen Jungfernflug am 27. April 2005 absolviert hat - unschwer möglich gewesen wäre, weil man auch bei der Untersuchung der anderen Flugzeuge hinsichtlich der besonders belastungsrelevanten Wrackteile (Triebwerke, Fahrwerk) pauschalierte Gewichtsannahmen (300 kg, 500 kg, 800 kg) postuliert habe und die gängigen Flugzeugtypen nach ihren wesentlichen geometrischen Abmessungen und Gewichten in vier Kategorien eingeteilt worden seien.
- 34 Zu der hinsichtlich der Einbeziehung des Airbus A 380 streitigen Frage, ob die erforderlichen Konstruktionsdaten im Genehmigungszeitpunkt vorlagen oder nicht, hat das Oberverwaltungsgericht ebenfalls keine Tatsachenfeststellungen getroffen. Dass es insoweit auch keine positiven Tatsachenfeststellungen treffen wollte, zeigt sich vor allem darin, dass es den Hilfsbeweis Antrag der Kläger, einen instruierten Vertreter der Firma EADS zu den 2003 vorliegenden maßgeblichen Parametern des Airbus A 380 zu vernehmen, mit der Begründung

abgelehnt hat, die Verfügbarkeit dieser Daten stelle nur einen und dazu nicht entscheidenden Faktor in einem Bündel von Erwägungen dar, die die Beklagte für ihre Binnendifferenzierung verwendet habe (UA S. 50).

- 35 Das Urteil stellt sich insoweit auch nicht mit Blick auf das von der Beklagten während des gerichtlichen Verfahrens eingeholte - wegen Geheimhaltungsbedürftigkeit nicht vorgelegte, sondern nur mit seinem Ergebnis wiedergegebene - Gutachten der GRS vom 2. März 2010 aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Nach den Angaben der Beklagten kommt es danach im Falle eines gezielt herbeigeführten Absturzes eines Airbus A 380 auf das Standort-Zwischenlager Unterweser nicht zu einer erheblichen Freisetzung radioaktiver Stoffe. Zwar scheidet eine Verwertung dieses Gutachtens trotz des Grundsatzes, dass für die gerichtliche Überprüfung atomrechtlicher Genehmigungen die Sachlage im Zeitpunkt ihrer Erteilung maßgeblich ist, nicht von vornherein aus. Vielmehr kann ein der Genehmigungsbehörde möglicherweise anzulastendes Ermittlungsdefizit dadurch behoben werden, dass der Beklagte in der Zwischenzeit entsprechenden Verdachtsmomenten nachgegangen ist und diese sich nicht bestätigt haben. So kann ein zwischenzeitlich fortgeschrittener Erkenntnisstand ein vordem für möglich erachtetes Risiko nachträglich entfallen lassen, weil dann feststeht, dass Drittbetroffenen der erforderliche Schutz auch bereits im Genehmigungszeitpunkt gewährt worden ist (vgl. Urteile vom 19. Dezember 1985 a.a.O. S. 312 und vom 21. August 1996 - BVerwG 11 C 9.95 - BVerwGE 101, 347 <363> = Buchholz 451.171 § 7 AtG Nr. 3 S. 27, Rn. 49). Auch hierzu hat das Oberverwaltungsgericht aber keinerlei Tatsachenfeststellungen getroffen, sondern sich einer Tatsachenwürdigung und rechtlichen Bewertung ausdrücklich enthalten (UA S. 46).
- 36 b) Nicht mit revisiblem Recht vereinbar ist auch die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, die Beklagte habe willkürfrei davon ausgehen dürfen, dass der nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG erforderliche Schutz gegen einen Beschuss der Castorbehälter mit panzerbrechenden Waffen (Hohlladungsgeschossen) gewährleistet sei. Das Oberverwaltungsgericht hat sich diese Überzeugung unter Verstoß gegen § 108 Abs. 1 VwGO fehlerhaft gebildet. Der Überzeugungsgrundsatz kann nicht für eine Würdigung in Anspruch genommen werden, die im Vor-

gang der Überzeugungsbildung an einem Fehler leidet, etwa weil das Gericht gesetzliche Beweisregeln, allgemeine Erfahrungssätze, unumstrittene Geschichtstatsachen oder gar die Denkgesetze missachtet oder Tatsachen berücksichtigt hat, die sich weder auf ein Beweisergebnis noch sonst auf den Akteninhalt stützen lassen (Urteil vom 21. Juli 2010 - BVerwG 6 C 22.09 - BVerwGE 137, 275 <Rn. 35> = Buchholz 402.7 BVerfSchG Nr. 14 Rn. 35). So liegen die Dinge hier. Das Oberverwaltungsgericht hat das Vorliegen von Ermittlungs- und Bewertungsfehlern im Hinblick auf den Hohlladungsbeschluss von Castorbehältern entscheidungstragend mit der Begründung verneint, dass die Behauptung der Kläger, stärkere Waffen, auch solche, die der Gattung von Tandem-Hohlladungsgeschossen angehörten, könnten eine größere Schadstoffmenge freisetzen, nicht zur Überzeugung des Senats dargelegt werden konnte (UA S. 53).

- 37 Damit hat es das gesetzliche Beweismaß der vollen Überzeugungsbildung, das dem materiellen Recht zuzuordnen ist, verfehlt. Die Beweislast für das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG obliegt der Behörde. Der Funktionsvorbehalt hat keine Beweislastumkehr in dem Sinne zur Folge, dass die Kläger nachweisen müssten, die behördlichen Annahmen entsprächen nicht dem Stand von Wissenschaft und Technik (Beschluss vom 23. November 1988 - BVerwG 7 B 145.88 und 7 B 146.88 - Buchholz 451.171 AtG Nr. 26 S. 49 <S. 51 f.>). Daraus folgt, dass bei der gerichtlichen Überprüfung einer atomrechtlichen Genehmigung das Tatsachengericht noch nicht von einer vollen Überzeugung ausgehen darf, wenn eine Beweisaufnahme veranlasst ist, weil die der angefochtenen Genehmigung zugrunde liegenden Annahmen und Bewertungen der Behörde im Hinblick auf den Stand von Wissenschaft und Technik als widerlegbar erscheinen (Urteil vom 22. Oktober 1987 a.a.O. S. 181). Von diesem abstrakten Maßstab ist im Ansatz zwar auch das Oberverwaltungsgericht ausgegangen (UA S. 58). Es hat ihn aber verfehlt, indem es im konkreten Fall darauf abgestellt hat, dass die Behauptungen der Kläger zur größeren Zerstörungs- und Freisetzungswirkung moderner Tandem-Hohlladungsgeschosse nicht zur Überzeugung des Senats dargelegt worden seien. Der Sache nach hat es damit nicht darauf abgehoben, ob die Annahmen und Bewertungen der Beklagten aufgrund des klägerischen Vorbringens derart

erschüttert worden sind, dass sie jedenfalls als widerlegbar erscheinen. Vielmehr hat es in Wahrheit verlangt, dass die Kläger die Behauptung der Beklagten, die der Sicherheitsbeurteilung zugrunde gelegten Beschussversuche aus dem Jahre 1992 seien hinreichend abdeckend, widerlegen.

- 38 Anhaltspunkte dafür, dass dem Oberverwaltungsgericht insoweit lediglich ein Formulierungsfehler unterlaufen ist, sind nicht ersichtlich. Sie ergeben sich insbesondere nicht aus dem Kontext der nachfolgenden Ausführungen auf den Seiten 53/54 der Entscheidungsgründe. Soweit das Oberverwaltungsgericht im Anschluss an den vorgenannten Eingangssatz ausführt, es sei schon fraglich, ob die Behauptung der Kläger, in den letzten zehn Jahren (seit 1992) seien neue Entwicklungen in der Waffentechnik eingetreten, ausreiche, um die Untersuchungsergebnisse der Genehmigungsbehörde zu erschüttern, ergibt sich daraus nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit, dass das Oberverwaltungsgericht entgegen der Formulierung im Eingangssatz in Wahrheit den zutreffenden Maßstab zugrunde gelegt hat. Dies gilt umso mehr, als die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zur mangelnden Substantiierung der Entwicklung in der Waffentechnik durch die Kläger in Anbetracht der von diesen vorgelegten Studie der Dipl.-Phys. B. von Dezember 2004 schon nicht nachvollziehbar sind. Denn diese Studie führt im Anhang zu Kapitel 3 eine Reihe moderner Panzerabwehrwaffen mit Tandemgefechtsköpfen einschließlich ihrer jeweiligen Leistungsmerkmale auf. Dasselbe gilt für die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zur Durchschlagswirkung der sog. „Bunkerfaust“ in Bezug auf Castorbehälter. Es erschließt sich schon nicht, worauf die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zur Durchschlagswirkung hinsichtlich der Edelstahlummantelung abzielen. Da auch die Beschussversuche der GRS mit älteren Waffen im Jahre 1992 offenbar zu einem Durchdringen der Behälterwand geführt haben, da die Freisetzung von radioaktiven Stoffen anderenfalls nicht zu besorgen wäre, betreffen die Ausführungen vermutlich die von den Klägern geltend gemachte Splitterwirkung von Tandem-Hohlladungsgeschossen im Innern der Castorbehälter. Ob das Oberverwaltungsgericht damit an die auf Seite 53 der Entscheidungsgründe dem Abteilungsleiter der GRS, Herrn Dr. L., zugeschriebenen Angaben anknüpfen wollte, wonach die Splitterwirkung der Tandem-Hohlladungsgeschosse innerhalb der Castorbehälter aufgrund der Hüllrohre

ausbleibe, bleibt unklar. Hierauf kommt es aber auch nicht an, denn diese beiden Aspekte waren für das Oberverwaltungsgericht erkennbar nicht entscheidungserheblich.

- 39 Schließlich ist auch die diesen Komplex abschließende Formulierung des Oberverwaltungsgerichts auf Seite 54 Mitte der Entscheidungsgründe, die Erläuterungen des waffenkundigen Sachbeistands Dr. L. hätten plausibel und zur vollen Überzeugung des Senats begründet, dass es bei einer durchschlagstärkeren Waffe nicht zu einer größeren Zerstörungswirkung im Innern der Behälter und damit zu einer größeren Freisetzung radioaktiven Materials komme, nicht geeignet, den das gesetzliche Beweismaß verfehlenden Eingangssatz nur als unbedachte Wortwahl zu begreifen. Auch diese Formulierung schließt nicht aus, dass das Oberverwaltungsgericht sich seine volle Überzeugung auf der Grundlage der Äußerungen des Dr. L. allein deshalb gebildet hat, weil es dessen Angaben als von den Klägern nicht widerlegt erachtet hat.
- 40 Aufgrund dieses Fehlers bei der Überzeugungsbildung kann dahinstehen, ob - wofür Vieles spricht - das Oberverwaltungsgericht auch im Hinblick auf das Szenario „Hohlladungsbeschuss“ die Grenzen des Funktionsvorbehalts verkannt hat, indem es Beschussversuche als ausreichend konservativ erachtet hat, die mit Waffen nach dem Stand der Technik von 1992 durchgeführt worden sind.
- 41 c) Das angefochtene Urteil verstößt darüber hinaus auch insofern gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG, als das Oberverwaltungsgericht das darin neben dem Funktionsvorbehalt zu Gunsten der Fachbehörde und als dessen notwendige Ergänzung im Hinblick auf das Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) verankerte Maß der gerichtlichen Aufklärungs- und Amtsermittlungspflicht sowie des gerichtlichen Überzeugungsgebots verkannt hat. Auf Seite 57 f. der Entscheidungsgründe hat sich das Oberverwaltungsgericht in einer offenbar auf alle Erwägungen bezogenen allgemeinen Erklärung zu der ihm obliegenden Ermittlungspflicht unter Ziffer IV mit plausiblen, z.T. mündlichen Erläuterungen der Beklagten zu geheim gehaltenen Aktenbestandteilen und Unterlagen zufrieden gegeben, damit die Entscheidungserheblichkeit die-

ser im Einzelnen nicht bekannten Unterlagen verneint und so die Einleitung eines Zwischenverfahrens nach § 99 VwGO zur Überprüfung der Berechtigung der Geheimhaltung vermieden. Das ist so - jedenfalls vor einer Entscheidung des zuständigen Fachsenats über die Berechtigung zur Geheimhaltung - mit Bundesrecht nicht vereinbar.

- 42 Wie dargelegt findet der exekutive Funktionsvorbehalt im Atomrecht seine Rechtfertigung gerade auch darin, dass er einem dynamischen Grundrechtsschutz und damit der bestmöglichen Verwirklichung des Schutzzwecks des § 1 Nr. 2 AtG dient (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. November 2009 - 1 BvR 1178/07 - DVBl 2010, 52; BVerwG, Beschluss vom 24. August 2006 - BVerwG 7 B 38.06 - Buchholz 451.171 § 9a AtG Nr. 1 Rn. 11). Die Grenzen des atomrechtlichen Funktionsvorbehalts ergeben sich aus seiner verfassungsrechtlichen Legitimation, sie bestimmen zugleich den Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, die durch Art. 19 Abs. 4 GG geboten ist. Die den Gerichten verbleibende Kontrolle muss bei atomrechtlichen Genehmigungen für einen wirkungsvollen Schutz von Leben, Gesundheit und Sachgütern (§ 1 Nr. 2 AtG) zweckgerichtet, geeignet und angemessen sein (BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83 - BVerfGE 84, 34 ff., Rn. 47 und 55). Das Gericht darf daher ein Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Betroffenen leer laufen lassen. Es darf namentlich von den Parteien keinen Vortrag erwarten, den sie mangels Kenntnis der Entscheidungsgrundlage nicht liefern können. Die Substantiierungspflicht kann nicht weiter gehen, als sie vom Betroffenen nach dem jeweiligen Kenntnisstand erfüllt werden kann. Gerade wenn der Mangel an überprüfbaren Unterlagen gerügt wird, widerspricht es einer fairen Verfahrensgestaltung und dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, weiteren Vortrag zum - nur vermuteten - Inhalt dieser Unterlagen vom Rechtsmittelführer zu verlangen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 31. März 2004 - 1 BvR 356/04 - NVwZ 2004, 1112 <Rn. 26>).
- 43 Diese Grundsätze hat das Tatsachengericht auch bei der Ausübung des ihm nach § 99 Abs. 1 VwGO zustehenden Ermessens, ob bestimmte Akten oder Unterlagen der Vorlagepflicht unterliegen, weil sie entscheidungserheblich sind, zu beachten. Zwar sind Unterlagen, die Bestandteil der unmittelbaren Verfah-

rensakten sind, die aber von der Behörde aus Sicherheitsgründen als (teilweise) geheimhaltungsbedürftig eingestuft werden, nicht schon kraft dieser Einschätzung als für die Beurteilung der erforderlichen Vorsorge entscheidungserheblich anzusehen (Beschluss vom 24. August 2006 a.a.O. Rn. 21). Vielmehr entscheidet das Gericht der Hauptsache, ob bestimmte Akten oder Unterlagen der Vorlagepflicht des § 99 Abs. 1 VwGO unterliegen, weil sie nach seiner materiellrechtlichen Auffassung entscheidungserheblich sind.

- 44 Die aufgrund des exekutiven Funktionsvorbehalts eingeschränkte gerichtliche Überprüfung atomrechtlicher Genehmigungen darf aber mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht auf eine - auf überzogenen Anforderungen an die Substantiierung von Einwendungen des Klägers beruhende - Plausibilitätskontrolle reduziert werden, indem die Entscheidungserheblichkeit als geheimhaltungsbedürftig zurückgehaltener Unterlagen (pauschal) verneint und so ein Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO vermieden wird. Es ist Aufgabe der Verwaltungsgerichte, von Amts wegen aufzuklären, ob die behördliche Entscheidung auf einer ausreichend breiten Datenbasis und hinreichend konservativen Annahmen beruht. Die Aufklärung des entscheidungserheblichen Streitstoffs kann nicht durch richterliche Überzeugungsbildung ersetzt werden. Die freie Überzeugungsbildung betrifft nicht die Feststellung des Sachverhalts, sondern die Würdigung der ermittelten Tatsachen. Zwar mag eine Reihe von Unterlagen, Gutachten etc. aus dem atomrechtlichen Genehmigungsverfahren aus guten Gründen geheimhaltungsbedürftig sein (vgl. Beschluss vom 20. September 2010 - BVerwG 20 F 9.10 - NVwZ-RR 2011, 135). Hierüber hat aber - da das Atomgesetz eine dem § 138 TKG vergleichbare Regelung nicht enthält - nicht das Gericht der Hauptsache, sondern der dazu berufene Fachsenat zu entscheiden. Dabei folgt aus dem Funktionsvorbehalt nicht, dass an die Ermessensausübung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO „besonders strenge“ Anforderungen zu stellen sind (Beschluss vom 20. September 2010 a.a.O. Rn. 14). Einem durch die Anwendung des § 99 Abs. 2 VwGO etwa verursachten Beweisnotstand ist auf der Ebene der konkreten Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Steht nach Abschluss des gerichtlichen Zwischenverfahrens fest, dass die Vorlage nicht möglich ist, hat das Gericht der Hauptsache die ihm verbleibenden Möglichkeiten der Sachaufklärung vollständig auszuschöpfen und die ihm

zugänglichen Tatsachen sämtlich in seine Sachwürdigung einzubeziehen. Führt die Sperrerklärung dazu, dass bestimmte Umstände unaufklärbar bleiben oder die Aussagekraft festgestellter Tatsachen vermindert ist, so hat das Gericht auch dies unter Berücksichtigung der unverändert gebliebenen gesetzlichen Verteilung der materiellen Beweislast angemessen zu würdigen (Urteil vom 21. Mai 2008 - BVerwG 6 C 13.07 - BVerwGE 131, 171 <Rn. 29 f.> m.w.N. = Buchholz 402.7 BVerfSchG Nr. 11 Rn. 29 f.).

- 45 3. Der Senat kann mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht abschließend über die Rechtmäßigkeit der Genehmigung entscheiden. Dies nötigt zur Zurückverweisung, damit das Oberverwaltungsgericht die erforderlichen Tatsachenfeststellungen nachholen kann.
- 46 a) Das Oberverwaltungsgericht wird danach zu prüfen haben, ob entweder die Genehmigungsbehörde den Airbus A 380 nicht in ihre Sicherheitsbeurteilung einbeziehen musste, weil die zwingend erforderlichen Konstruktionsdaten im Genehmigungszeitpunkt noch nicht vorlagen, oder - die Verfügbarkeit der erforderlichen Konstruktionsdaten im Genehmigungszeitpunkt unterstellt - die Genehmigungsbehörde aufgrund des nachträglich eingeholten Gutachtens der GRS vom 2. März 2010 willkürfrei annehmen durfte, dass der Schutz des Zwischenlagers gegen den gezielten Absturz eines Airbus A 380 gewährleistet ist.
- 47 b) Bei der erneuten Befassung mit dem Szenario „Hohlladungsbeschuss“ wird das Oberverwaltungsgericht sich nicht nur mit dem Stand der Waffentechnik, sondern unter dem Gesichtspunkt „Mehrfachbeschuss von Castorbehältern“ auch damit näher befassen müssen, welches Szenario die Beklagte ihrer Sicherheitsbeurteilung insoweit zugrunde gelegt hat.

- 48 c) Ferner wird das Oberverwaltungsgericht mit Blick auf die geheim gehaltenen Aktenteile und Unterlagen die unter Ziffer 2 c) dargelegten Grundsätze zu beachten haben.

Sailer

Krauß

Guttenberger

Schipper

Brandt

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Sonstiges

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

AtG § 1 Nr. 2, §§ 6, 7d, 17

VwGO § 86 Abs. 1, §§ 99, 108 Abs. 1, § 117 Abs. 1 und 4,
§ 138 Nr. 6

GG Art. 19 Abs. 4

Stichworte:

Kernbrennstoffe; Aufbewahrung; Zwischenlager; Kernkraftwerk; Auslegungsfälle; SEWD; Schadensvorsorge; Restrisiko; terroristische Anschläge; gezielter Flugzeugabsturz; Airbus A 380; Castorbehälter; Hohlladungsbeschuss; Panzerfaust; Durchschlagskraft; Evakuierung; exekutiver Funktionsvorbehalt; Risikoermittlung und -bewertung; dynamischer Grundrechtsschutz; ausreichende Datenbasis; willkürfreie Annahmen; Willkürkontrolle; Willkürmaßstab; bestmögliche Gefahrenabwehr und Risikovorsorge; Tatmittel; konservative Annahmen; Beweismaß; Beweislast; Überzeugungsgrundsatz; Tatsachenfeststellung; Tatsachenwürdigung; Aufklärungs- und Ermittlungspflicht; Geheimhaltung; Entscheidungserheblichkeit; effektiver Rechtsschutz; Zwischenverfahren.

Leitsätze:

1. Die im Rahmen von § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG anzustellende zukunftsgerichtete Beurteilung muss bei Genehmigungserteilung absehbare Entwicklungen in den Blick nehmen, sofern ausreichende tatsächliche Daten für deren (grobe) Bewertung verfügbar sind.

2. Die aufgrund des exekutiven Funktionsvorbehalts eingeschränkte gerichtliche Überprüfung atomrechtlicher Genehmigungen darf mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht auf eine - auf überzogenen Anforderungen an die Substantiierung von Einwendungen des Klägers beruhende - Plausibilitätskontrolle reduziert werden, indem die Entscheidungserheblichkeit als geheimhaltungsbedürftig zurückgehaltener Unterlagen (pauschal) verneint und so ein Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO vermieden wird.

Urteil des 7. Senats vom 22. März 2012 - BVerwG 7 C 1.11

I. OVG Lüneburg vom 23.06.2010 - Az.: OVG 7 KS 215/03 -