



Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

Öffentliche Anhörung – Montag, 23. November 2015

Gesetzentwurf der Bundesregierung
**Entwurf eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau-
und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich
(Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz –
Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG)**
BT-Drs. 18/6615

Dr. Gert Brandner

HAYER & MAILÄNDER Rechtsanwälte
A-Drs. 18(9)625

Dr. Herbert Posser

Freshfields Bruckhaus Deringer
A-Drs. 18(9)621

Dr. Marc Ruttloff

Gleiss Lutz
A-Drs. 18(9)622

Dr. Olaf Däuper

Becker Büttner Held (bbh)
A-Drs. 18(9)624

Prof. Dr. Wolfgang Irrek

Hochschule Ruhr West (HRW)
A-Drs. 18(9)623

Dr. Cornelia Ziehm

Rechtsanwältin
A-Drs. 18(9)620

Prof. Dr. Georg Hermes

Goethe-Universität Frankfurt am Main
-

**Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenanhörung
zum „Entwurf eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau-
und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich (Rückbau-
und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz)“ - BT-Drs.
18/6615 - des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des
Deutschen Bundestages am 23. November 2015**

Rechtsanwältin Dr. Cornelia Ziehm, Berlin

Rechtsanwaeltin-ziehm@posteo.de

1. Nachhaftungsgesetz ist wichtiger Schritt, aber nicht ausreichend

Die Bundesregierung leistet mit dem von ihr vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich (Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz – Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG)“ einen wichtigen Beitrag zur Umsetzung des Verursacherprinzips und zur Erfüllung der ihr obliegenden Verpflichtung zur Sicherstellung der Finanzierungsvorsorge für den Rückbau der Atomkraftwerke und die Entsorgung radioaktiver Abfälle. Entgegenstehende Gründe des Vertrauensschutzes sind nicht ersichtlich. Der vorgelegte Gesetzentwurf ist allerdings nicht geeignet, die staatliche Verpflichtung zur Sicherstellung der Finanzierungsvorsorge für den Rückbau der Atomkraftwerke und die Entsorgung radioaktiver Abfälle und das Verursacherprinzip vollständig zu erfüllen bzw. umzusetzen. Dafür bedarf es weiterer gesetzlicher Maßnahmen.

2. Verursacherprinzip

Das Verursacherprinzip ist umweltrechtliches Leitprinzip. Jeder, der die Umwelt belastet oder sie schädigt, soll für die Kosten dieser Belastung oder Schädigung aufkommen. Das Verursacherprinzip ist Ausdruck allgemeiner Grundsätze der Lasten- und Verteilungsgerechtigkeit. Denn diese wären verletzt, müsste die Allgemeinheit für Kosten eintreten, die durch Einzelne verursacht wurden.

Ausdrücklichen Niederschlag hat das Verursacherprinzip (polluter pays principle) in Art. 191 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gefunden. Für den Bereich der nuklearen Entsorgung konkretisiert Art. 4 Abs. 3 lit. e) der europäischen Entsorgungsrichtlinie 2011/70/Euratom das Verursacherprinzip: Die nationalen Politiken müssen auf dem Grundsatz beruhen, dass die Kosten der Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle von denjenigen getragen werden, die dieses Material erzeugt haben. Gemäß Art. 3 Nr. 8, Nr. 12 der Entsorgungsrichtlinie umfasst diese Kostentragungspflicht sämtliche Tätigkeiten, die mit der Endlagerung zusammenhängen.

Das nationale Recht setzt das Verursacherprinzip für den Bereich der Entsorgung radioaktiver Abfälle in § 9a AtG und durch die Kostentragungsregelungen in §§ 21a, b AtG, § 21 StandAG um.

3. Handelsrechtliche Rückstellungen genügen verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen nicht

Die aus dem Verursacherprinzip resultierenden öffentlich-rechtlichen Pflichten der Unternehmen im Hinblick auf den Rückbau ihrer Anlagen und die Entsorgung der radioaktiven Abfälle einschließlich Suche, Errichtung, Betrieb und Schließung atomarer Endlager sind dauerhaft zu verwirklichen. Sie müssen im System der finanziellen Rückbau- und Entsorgungsvorsorge eine vollumfängliche Entsprechung finden.

Dem Staat obliegt die Schonung der öffentlichen Haushalte und insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 GG (Leben und Gesundheit), Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum), Art. 20a GG (Staatsziel Umweltschutz) die verfassungsrechtliche Verantwortung für die Sicherstellung der Finanzierungsvorsorge. Er ist dazu überdies unionsrechtlich verpflichtet. Nach Art. 9 der europäischen Entsorgungsrichtlinie 2011/70/Euratom müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Finanzmittel für die Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle zu dem Zeitpunkt zur Verfügung stehen, zu dem sie benötigt werden.

Diesen verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen entsprechen die von den Unternehmen gebildeten handelsrechtlichen Rückstellungen nicht. Sie sind nicht insolvenzgesichert und nicht gegen gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen geschützt.

Mit der Bildung einer betrieblichen Rückstellung nach dem Handelsgesetzbuch widmet der Schuldner die betreffenden Mittel nämlich lediglich dem Sicherungszweck, es bestehen aber keinerlei nach außen wirkende, im Insolvenzverfahren wirksam geschützte Rechte des Staates an der Rückstellung, sondern allein schuldrechtliche Verpflichtungen des Anlagenbetreibers zur zweckentsprechenden Verwendung der Mittel. Eine Rückstellung führt somit grundsätzlich nicht zu einer in irgendwelcher Weise

vorrangigen Befriedigung desjenigen, zu dessen Gunsten sie gebildet ist. Auf diese kann folglich vom Staat nicht vorrangig zur Befriedigung verauslagter Kosten bzw. zur Durchführung von Rückbau- und Nachsorgemaßnahmen zugegriffen werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat dementsprechend der Zulassung von handelsrechtlichen Rückstellungen als Sicherheitsleistung im Bereich des Abfallrechts schon längst eine klare Absage erteilt (siehe etwa BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2008 - 7 C 50/07, NVwZ 2008, 1122, 1123).

Im Fall der Insolvenz einer Betreibergesellschaft haftet zwar der Mutterkonzern für die Tochter, sofern ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht oder eine harte Patronatserklärung abgegeben worden ist. Mit der Konsensvereinbarung aus 2001 haben sich die „Atomkonzernmütter“ verpflichtet, mit ihren Tochtergesellschaften solche Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge abzuschließen oder zugunsten ihrer Tochtergesellschaften Patronatserklärungen abzugeben. Diese Sicherungsmittel sind aber gegenwärtig bis 2022 befristet, sie sind grundsätzlich kündbar.

Das geltende Recht gestattet derartige Kündigungen ebenso wie gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen - mit der Folge einer Begrenzung der Nachhaftung.

4. Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz greift nicht bei Insolvenz der Mutterkonzerne

Der vorgelegte Gesetzentwurf schafft diese Begrenzung der Nachhaftung ab und leistet damit einen wichtigen Beitrag zur Umsetzung des Verursacherprinzips und zur Erfüllung der staatlichen Verpflichtung zur dauerhaften Sicherstellung der Finanzierungsvorsorge für den Rückbau der Atomkraftwerke und die Entsorgung radioaktiver Abfälle. Dass die Nachhaftung gegebenenfalls viele Jahrzehnte dauern kann, liegt in der Natur der Sache, spricht in den Spezifika der Hochrisikotechnologie Atomenergie begründet, wird damit aber keineswegs zu einer „Ewigkeitshaftung“.

Der Entwurf für ein Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz greift allerdings nicht bei Insolvenz der Mutterkonzerne. Die Erfahrungen der vergangenen Jahre zeigen indes, dass auch – vermeintlich – finanzstarke Unternehmen wie Automobilkonzerne, Banken und nicht zuletzt große Energiekonzerne wie Enron, BP

oder Tepco von Insolvenz bedroht sein können.

Insofern bedarf es weiterer gesetzlicher Maßnahmen zur Erfüllung der staatlichen Verpflichtungen und zur Umsetzung des Verursacherprinzips im Atomrecht. Das gilt übrigens unabhängig von konkreten Zweifeln an der Seriosität bzw. Liquidität eines Mutterkonzerns. Ausreichend ist vielmehr das allgemeine Liquiditätsrisiko, geht es doch darum, Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit zu verhindern und sicherzustellen, dass nicht die öffentliche Hand bei dessen Zahlungsunfähigkeit die erheblichen Rückbau- und Entsorgungskosten zu tragen hat.

5. Kein entgegenstehender Vertrauensschutz

Dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) ist ein Vertrauensschutz immanent. Einen generellen Vertrauensschutz auf den Fortbestand bestimmter Regelungen oder Genehmigungssituationen gibt es nicht. Der Staat hat vielmehr die Möglichkeit, durch Änderungen der Rechts- oder Sachlage auf Entwicklungen und geänderte Bedürfnisse zu reagieren. Bei der so genannten unechten Rückwirkung, wenn also ein Gesetz – wie hier - auf einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt einwirkt, ist der Vertrauensschutz von vornherein eingeschränkt.

Eine unechte Rückwirkung ist insbesondere nur dann unzulässig, wenn der Betroffene mit dem gesetzlichen Eingriff nicht rechnen musste und sein Vertrauen schutzwürdiger ist als das mit dem Gesetz verfolgte Anliegen.

Die Sicherstellung der Finanzierungsvorsorge ist ein herausragender Belang des Allgemeinwohls, der auch etwaige Eingriffe in die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der Verursacher rechtfertigt. Im Übrigen wird mit dem Gesetzentwurf keineswegs eine neue Pflicht der Unternehmen begründet, ebenso wenig werden gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen ausgeschlossen. Ausgeschlossen wird, dass sich Unternehmen durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen ihrer Verantwortung zur Erfüllung der (spätestens) seit 1976 bestehenden öffentlich-rechtlichen Pflichten entziehen.

Die Unternehmen konnten weder darauf vertrauen, dass es bei dem System handelsrechtlicher Rückstellungen bleibt noch, dass sie nicht dem Verursacherprinzip

entsprechend vollständig für die Kosten für den Rückbau ihrer Atomkraftwerke und die Entsorgung der von ihnen verursachten radioaktiven Abfälle herangezogen werden. Durch die geplanten gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen haben die Unternehmen übrigens selbst einen (zusätzlichen) Handlungsbedarf des Staates geschaffen.

Schließlich ist die historische Analyse eindeutig. Die öffentlich-rechtliche Entsorgungspflicht der Atomkraftwerksbetreiber (§ 9a AtG) ist zusammen mit einer ausdrücklichen Kostentragungsregelung (§ 21 AtG) 1976 mit der Vierten Novelle im Atomgesetz normiert worden. § 21 AtG wurde seinerzeit wie folgt begründet:

„Dem Ablieferer von radioaktiven Abfällen werden nach dem Verursacherprinzip die Kosten der Abfallbeseitigung auferlegt.

...

Der Verursacher von radioaktiven Abfällen hat die vollen Kosten für ihre schadlose Sammlung, Behandlung, Sicherstellung oder Endlagerung sowie die sonstige Beseitigung zu tragen.“ (vgl. BT-Drs. 7/4794).

Dem entspricht die Debatte im Bundestag. In der ersten Lesung führte der Berichterstatter der SPD-Fraktion, der Abgeordnete Schäfer, aus:

„In der energiepolitischen Diskussion wird von Promotern der Kernenergie häufig die besondere Wirtschaftlichkeit und Preisgünstigkeit dieser Energieart angepriesen. Dabei werden oft nicht alle Kosten genannt. Die Folgekosten z. B. für die Entsorgung, also Aufbereitung der Reststoffe, Behandlung, Zwischenlagerung, Sicherstellung beim Endlagern radioaktiver Abfälle, werden oft verschwiegen.

Die SPD-Fraktion hält es für richtig, daß der Gesetzentwurf dem Verursacher von radioaktiven Abfällen die vollen Kosten für ihre schadlose Sammlung, Behandlung, Sicherstellung oder Endlagerung sowie die sonstige Beseitigung auferlegt. Eine Durchlöcherung des Verursacherprinzips, wie sie möglicherweise in der Stellungnahme des Bundesrats anklingt, lehnen wir entschieden ab.“ (vgl. Protokoll 7/230)

Nicht weniger deutlich äußerte sich der Abgeordnete Gerlach der CDU/CSU-Fraktion:

„Wichtig in diesem Gesetz ist auch die Festlegung der Verpflichtung der Unternehmer zur Entsorgung ihrer Kernenergieanlagen und die Überwälzung der Kostenlast auf die Verursacher. Ich will keinen Zweifel daran aufkommen lassen, daß die Wirtschaft ihre Verantwortung hier nicht auf den Staat übertragen und abwälzen kann. Sie muß bereit sein, die Konsequenzen ihres Wirtschaftens selbst zu tragen, und mit Nachdruck die notwendigen Lösungen erarbeiten, ohne daß der Staat ihr das wirtschaftliche Risiko abnimmt.“ (vgl. Protokoll 7/250).

Dem ist nichts hinzuzufügen.



VERFASSUNGS- UND UNIONSRECHTSWIDRIGKEIT DES ENTWURFS DES RÜCKBAU- UND ENTSORGUNGSKOSTENNACHHAFTUNGSGESETZES

I. DER ENTWURF DES RÜCKBAU- UND ENTSORGUNGSKOSTENNACHHAFTUNGSGESETZES

Seit dem 9. Oktober 2015 liegt der Entwurf des Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetzes (REG-E¹) vor. Das Bundeskabinett hat diesen Entwurf beschlossen; die Bundesratsbefassung erfolgte am 6. November 2015.

1. Neue Haftung

Das REG-E sieht im Kern eine Ausfallhaftung herrschender Unternehmen für Nuklearverbindlichkeiten ihrer Kernkraftwerke betreibenden Beteiligungsgesellschaften vor. Dadurch wird indes keine bestehende Haftung weitergeführt, sondern eine **vollständig neue atomrechtliche Haftung der Muttergesellschaften**, insbesondere für sämtliche Rückbau-, Stilllegungs-, und Entsorgungspflichten der Betreibergesellschaften, begründet.

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

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

¹ Zitiert wird im Folgenden die Fassung vom 9. Oktober 2015.

2. Abweichungen vom bisherigen Rechtssystem

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

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

3. Strukturelle Veränderungen unmaßgeblich

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

Änderungen der Eigenschaft als „herrschendes Unternehmen“ sind gem. § 3 Abs. 1 REG-E für die Haftung ohne Belang. Damit schreibt der Entwurf den einmal begründeten **Status als Haftungsadressat dauerhaft** fort. Ebenso schließt § 3 Abs. 2 REG-E eine befreiende Wirkung der „Übertragung der Haftung [...] auf einen Dritten“

² Gehaftet wird für die Kosten einer Ersatzvornahme in gleicher Weise wie beim Fortbestehen der Betreiberin, Begründung, S. 9.

aus. Hiervon sollen etwa umwandlungsrechtliche Strukturmaßnahmen erfasst sein.³ Die einmal begründete Haftung ist nicht mehr auflösbar.

4. **Unbegrenzte sachliche Haftung**

Sachlich erstreckt sich die neue Haftung der Muttergesellschaften auf die **unbegrenzte Gewährleistung** von „*sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen eines Betreibers von im Inland belegenen Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität, die für die Stilllegung und den Rückbau dieser Anlagen [...] sowie für die geordnete Beseitigung der radioaktiven Abfälle [...] anfallen*“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 REG-E). Das betrifft also nicht nur alle zur Zeit bekannten Kosten im Zusammenhang mit Stilllegung, Rückbau, Zwischen- und Endlagerung, sondern auch alle ggf. zukünftig neu eingeführten Zahlungsverpflichtungen.⁴ § 1 Abs. 2 REG-E enthält eine Regelung für Kosten der Verwaltungsvollstreckung. Erfasst werden soll der Fall, dass staatliche Zahlungsansprüche erst in Folge einer Ersatzvornahme im Hinblick auf nicht erfüllte Handlungspflichten der Betreiber entstehen.⁵

5. **Keine zeitliche Begrenzung**

Die neue Haftung der Muttergesellschaften, die als gesellschaftsrechtliche Nachhaftung verkleidet ist, tatsächlich damit aber nichts zu tun hat, sondern eine von der Gesellschafterstellung unabhängige neue Haftung für Stilllegung und Entsorgung begründet, ist auch **zeitlich faktisch unbegrenzt**. Zwar wird sie formal nach § 4 REG-E durch die vollständige Ablieferung der radioaktiven Stoffe an ein Endlager und dessen Verschluss beschränkt. Ein Vorentwurf stellte in seiner Begründung hierfür aber auf einen geschätzten Zeitraum von 150 Jahren ab⁶; der REG-E nennt das Jahr 2050 als frühesten Termin für die Verfügbarkeit eines Endlagers und spricht von „*Jahrzehnten*“ für Einlagerung und Verschluss.⁷ Das sind derart lange Zeiträume, dass von einer echten zeitlichen Begrenzung nicht die Rede sein kann.

6. **Schlichte Nichterfüllung genügt**

Die Haftung greift ein, wenn der Betreiber „*Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit nicht erfüllt*“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 a.E. REG-E). Eine genauere Konkretisierung der Nichterfüllung enthält der REG-E nicht; insbesondere wird nicht an ein formales Kri-

³ Begründung, S. 11.

⁴ So ausdrücklich Begründung, S. 8.

⁵ Vgl. Begründung, S. 9.

⁶ Arbeitsentwurf vom 26. Juni 2015, S. 5.

⁷ Begründung, S. 6.



terium – wie etwa die Eröffnung eines Insolvenzverfahren o.ä. – angeknüpft.⁸ Das herrschende Unternehmen haftet „neben dem Betreiber“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 REG-E). § 1 Abs. 4 REG-E definiert diese Haftung näher: „wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat“. Besteht die Betreibergesellschaft fort, ist die Haftung deshalb akzessorisch und subsidiär;⁹ danach originär und unmittelbar.

Keine explizite gesetzliche Regelung enthält der REG-E zum Verhältnis mehrerer herrschender Unternehmen untereinander.¹⁰ Die Begründung geht insoweit zwar davon aus, dass – in Anlehnung an das Verhältnis mehrerer Bürgen untereinander – eine Gesamtschuld mehrerer herrschender Unternehmen besteht,¹¹ das Gesetz selbst enthält eine solche Regelung jedoch nicht.

II. UNVEREINBARKEIT DES REG-E MIT DEN VORGABEN DES GRUNDGESETZES

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

1. Unvereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1, 2 GG

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

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

⁹ Begründung, S. 6.

¹⁰ Anders der ursprüngliche Arbeitsentwurf und die Fassung des Referentenentwurfs vom 2. September 2015: Diese Vorentwürfe sahen in § 1 Abs. 3 eine Gesamtschuld mehrerer herrschender Unternehmen ausdrücklich vor.

¹¹ Begründung, S. 9.



a) **Eingriff in den Schutzbereich**

Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1, 2 GG umfasst alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem Nutzen ausüben darf.¹² Dazu gehören insbesondere dingliche und sonstige gegenüber jedermann wirkende Rechte – wie beispielsweise das Eigentum an Produktionsmitteln,¹³ das Anteilseigentum¹⁴ und Forderungen.¹⁵ Art. 14 GG kommt die Aufgabe zu, dem Einzelnen einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern.¹⁶

Erfasst wird nicht nur der Bestand des Eigentums, sondern auch dessen Nutzung,¹⁷ einschließlich der Verfügungsmöglichkeit über eine Rechtsposition.¹⁸ In den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

*„Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist in seinem rechtlichen Gehalt durch **Privatnützigkeit** und die grundsätzliche **Verfügungsbefugnis** des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Die Nutzung soll es dem Eigentümer ermöglichen, sein Leben im vermögensrechtlichen Bereich **nach eigenen Vorstellungen zu gestalten**. Demgemäß schützt die grundrechtliche Eigentumsgewährleistung grundsätzlich auch die Entscheidung des Eigentümers darüber, wie er das Eigentumsobjekt verwenden will“¹⁹ (Hervorhebungen diesseits).*

In diesen Schutzbereich greift die gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau und Entsorgungskosten ein. Vor allem ist vorliegend *nicht lediglich* das Vermögen als solches durch die Haftung der herrschenden Unternehmen betroffen. Vielmehr wirkt sich die gesetzliche Anordnung einer Nachhaftung der Konzernmütter mittelbar-faktisch auf das von den herrschenden Unternehmen gehaltene Anteilseigentum an den Betreibergesellschaften aus und geht damit über bloße Zahlungspflichten weit hinaus. Insbesondere wird die gesetzliche Anordnung einer Haftung der Konzernmütter dazu führen, dass die Betreibergesellschaften faktisch unveräußerlich werden, da kein potentieller Erwerber der Anteile bereit sein wird, sich der im Gesetzentwurf vorgesehenen Haftung auszusetzen. Da-

¹² BVerfGE 83, 201 (208 f.); 101, 239 (258); 112, 93 (107); Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 14 Rz. 6.

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

¹⁴ BVerfGE 25, 371 (407); 50, 290 (341); 100, 289 (301); 132, 99 (119 Rz. 52).

¹⁵ BVerfGE 42, 263 (293); 45, 142 (179); 83, 201 (208); 112, 93 (107).

¹⁶ BVerfGE 24, 367 (389); 104, 1 (8 f.).

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

¹⁸ BVerfGE 50, 290 (339); 52, 1 (30); 91, 294 (308); 98, 17 (35); BVerwGE 92, 322 (327).

¹⁹ BVerfGE 52, 1 (30) m.w.N.; 88, 366 (377); 98, 15 (35).



mit kommt die geplante Regelung einem **Veräußerungsverbot** gleich. Dass kein ausdrückliches Veräußerungsverbot statuiert werden soll, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 14 GG irrelevant. Das Gericht hat zu einer restriktiven Kündigungsregelung im Kleingartenrecht ausgeführt:

„Das Gesetz verbietet zwar nicht ausdrücklich die Veräußerung; diese Möglichkeit ist aber durch die gesetzliche Regelung wirtschaftlich sinnvoll nicht realisierbar. Eine solche Beschränkung berührt die Substanz des grundrechtlich garantierten Eigentums. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung kann nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob durch eine ausdrückliche Norm ein Veräußerungsverbot statuiert wird oder sich dieses im praktischen Ergebnis aus einer anderen Regelung zwangsläufig ergibt.“²⁰

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

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

Somit ist ein wesentlicher Kern der Eigentumsfreiheit und ihrer privatnützigen Funktion betroffen; denn sie schützt auch die Befugnis, sich nach eigener Entscheidung endgültig von einem Vermögensgegenstand zu trennen.²¹ Nach bundesverfassungsgerichtlicher Judikatur gehört ein Veräußerungsverbot „zu den schwersten Eingriffen in diesen Freiheitsbereich des Bürgers“²². Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen mittelbar-faktischen Eingriff handelt; auch diese sind verfassungsrechtlich relevant.

²⁰ BVerfGE 52, 1 (31 f.).

²¹ Zur „Freiheit, den Eigentumsgegenstand zu veräußern“ als Teilgehalt der von Art. 14 GG geschützten freien Verfügungsbefugnis vgl. BVerfGE 79, 292 (304); *Depenheuer*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 111 Rz. 53 f.

²² BVerfGE 26, 215 (222); vgl. auch BVerfGE 50, 290 (340).

b) Rechtfertigung

Das Bundesverfassungsgericht legt **strenge Maßstäbe** an die Rechtfertigung eines Veräußerungsverbotens an. Aufgrund der Schwere eines solchen Eingriffs

„kann nicht jedes nur denkbare öffentliche Interesse eine Beschränkung rechtfertigen; es müssen vielmehr solche Gründe des allgemeinen Wohls vorliegen, denen auch bei Beachtung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Vorrang vor dem grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers zukommt.“²³

Diesen Anforderungen wird das Modell einer Nachhaftung der Konzernmütter – in seiner Ausgestaltung gemäß den Regelungen des REG-E – bei weitem nicht gerecht.

aa) Zweck des Gesetzes

Ziel der Regelungen des REG-E ist es, *„eine langfristige Nachhaftung des gesamten Konzernvermögens für die Kosten der Stilllegung und des Rückbaus der Kernkraftwerke und die Entsorgung der radioaktiven Abfälle zu gewährleisten“*, finanzielle Risiken für die öffentlichen Haushalte sollen begrenzt werden (Begründung, A.I.).

Insoweit gilt zunächst auch hier, dass etwaige finanzielle Risiken im **Endlagerbereich** allein **staatlich induziert** sind, da er die Aufgabenerfüllung gem. § 9a Abs. 3 Satz 1 AtG in der Hand hat und den konkret entstehenden Aufwand eigenverantwortlich steuern kann. Zudem sind ein Teil der insoweit anfallenden **Kosten nicht von den EVU zu tragen**, so dass insofern zwar vielleicht eine Belastung der öffentlichen Haushalte droht, die aber nicht von den Abfallablieferungspflichtigen veranlasst wurde und deshalb von vornherein keinen legitimen Sachgrund für eine Unternehmensnachhaftung darstellen kann; hierfür muss der Staat vielmehr selber eintreten. Des Weiteren wird das **Risiko einer Zahlungsunfähigkeit** von Betreibergesellschaften lediglich aufgrund fehlender gesetzlicher Regelungen ohne tatsächliche Auseinandersetzung mit dem wirtschaftlichen Hintergrund, insbesondere **ohne vertiefte Analyse** des geltenden Rückstellungssystems, **unterstellt**. Wie hoch dieses Risiko konkret ist, wird nicht dargestellt.

Das **bisherige Rückstellungssystem** auf der Ebene der kernenergiebetreibenden Unternehmen wird indes **seit 40 Jahren** durchgeführt, **ohne** dass es bis heute jemals einen **Ausfall oder sonstigen Grund zu Beanstandungen** gegeben hätte. Die von der Bundesregierung in Auftrag gegebene „Gutachtliche Stellungnahme zur Bewertung der Rückstellungen im Kernenergiebereich“ (Stresstest) von Warth & Klein (W&K)

²³ BVerfGE 26, 215 (222), Hervorhebungen diesseits; daran anknüpfend BVerfGE 50, 290 (340).

bestätigt die Adäquanz des Vorgehens und hebt insbesondere hervor, dass die von den EVU vorgenommenen Schätzungen der Rückbaukosten sehr vorsichtig sind und deutlich über den geschätzten Kosten in anderen Staaten liegen.²⁴

Aus welchem (sachlichen) Grund hier ein gesetzgeberischer – noch dazu sofortiger – Handlungsbedarf gesehen wird, bleibt offen. Selbst wenn einzelne Risikofelder aufgedeckt würden, könnte mit konkreten Maßnahmen reagiert werden, statt mit der beabsichtigten pauschalen „Haftung für alles und für alle Zeit“. Die **abstrakten Risiken** eines Zahlungsausfalls sind **seit ehedem bekannt** gewesen; wesentliche Änderungen auf Betreibererebene – wo die Rückstellungen nach dem bislang geltenden System abschließend gebildet worden sind –, die einen akuten Handlungsbedarf auslösen könnten, hat es nicht gegeben.²⁵

Die gesetzgeberische Zwecksetzung ist danach bereits im Ansatz nicht überzeugend, weil es an einer sachgerechten Ermittlung und Analyse des tatsächlichen wie rechtlichen Befunds und der daraus jedenfalls abzuleitenden Differenzierungsnotwendigkeit fehlt.

Vor diesem Hintergrund vermögen auch die Ausführungen von *Frenz* nicht zu überzeugen, der die Durchgriffshaftung der EVU als beihilferechtlich geboten erachtet.²⁶ Denn es ist bereits nicht absehbar, dass der Staat eigene Mittel einsetzen muss, um den Unternehmen einen Vorteil (Entlastung von ihren Stilllegungs- und Entsorgungskosten) zu verschaffen. Sofern die Betreibergesellschaften die Kosten zu tragen haben, verfügen sie über hinreichende Rückstellungen und Vermögenswerte. Sofern hingegen die Kostentragungspflicht staatlich induziert ist, würde eine staatliche Finanzierungsbeteiligung den Betreibergesellschaften und Konzernmüttern keinen Vorteil verschaffen, sondern nur die staatliche Verantwortung zutreffend abbilden. Darüber hinaus geht es – anders als *Frenz* in seinem Fazit insinuiert – nicht darum, die Konzernobergesellschaften von einer bestehenden Kostentragungspflicht zu befreien.²⁷ Vielmehr gibt es diese Pflicht bislang nicht. Schließlich fehlt es auch an der Kongruenz zwischen einem selektiven wirtschaftlichen Vorteil zu Gunsten der Konzernmütter und einer Belastung des Staatshaushalts. Denn falls der Staat doch Kosten übernehmen müsste, die eigentlich die Betreibergesellschaften betreffen (*quod non*), würden die Betreibergesellschaften, nicht aber die Konzernmütter entlastet.

²⁴ W&K-Gutachten, S. 50 ff. (insbesondere Rz. 200).

²⁵ Vgl. *Leidinger*, NVwZ 2015, 1564 (1565 f.).

²⁶ *Frenz*, ZNER 2015, 407 ff.

²⁷ *Frenz*, ZNER 2015, 407 (412): „Jedenfalls kann das bloße Absehen von der Inanspruchnahme des Verursachers zu einer Beihilfe führen [...].“

bb) Keine Erforderlichkeit einer inhaltlich und zeitlich unbegrenzten Nachhaftung der Konzernmütter

Das Nachhaftungsmodell des REG-E greift durch seine Wirkung als faktisches Veräußerungs- und BEAV-Kündigungsverbot besonders tief in die Eigentumsfreiheit ein. Dabei sind die Regelungen im REG-E denkbar weit ausgestaltet – nahezu in jeder Hinsicht sind **mildere Mittel möglich**. Die Haftung tritt gemäß § 1 REG-E ein, wenn der Betreiber „*diese Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit nicht erfüllt.*“ Vorausgesetzt ist also noch nicht einmal Verzug im schuldrechtlichen Sinne oder gar das Vorliegen von Insolvenzgründen bzw. die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, die tatsächlich zu einem endgültigen Zahlungsausfall führen könnten. Die Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtung hingegen kann auf ganz anderen Gründen beruhen als auf einer (dauerhaften) Zahlungsunfähigkeit im Sinne eines „Ausfalls“ des Betreibers – in Betracht kommt insbesondere ein rechtliches Vorgehen gegen unberechtigte staatliche Forderungen aufgrund der grundgesetzlich (Art. 19 Abs. 4 GG) verbürgten Rechtsschutzgarantie. Milder – und gleichermaßen wirksam hinsichtlich des verfolgten Zwecks, einer Zahlungsunfähigkeit zu begegnen – wäre die **Anknüpfung an Voraussetzungen**, die tatsächlich in unmittelbarem Zusammenhang mit einer **Zahlungsunfähigkeit** stehen. Nach dem derzeitigen Entwurf handelt es sich nicht um eine *Nachhaftung*, sondern letztlich um eine **faktische Gesamtschuld** (unter anderem Deckmantel), die einen noch intensiveren Grundrechtseingriff bewirkt.

Ein milderes Mittel wäre darüber hinaus, zunächst den konkreten **Bedarf von Regelungen zur finanziellen Vorsorge und Sicherung** zu **analysieren** und je nach Ergebnis **konkret** zu **reagieren**. Eine solche Vorgehensweise kann bestehende Sicherungsbedürfnisse ohne eine unbeschränkte „Haftung für alles“ gleichermaßen befriedigen. Jede in diesem Zusammenhang vorgenommene inhaltliche und zeitliche **Beschränkung der Haftung** – durch zeitliche Haftungsgrenzen, inhaltliche Beschränkungen auf bestimmte Zahlungsverpflichtungen der Betreiber, eine betragsmäßige Deckelung oder eine engere Definition der „herrschenden“ Unternehmen – wäre milder gegenüber den Regelungen des REG-E. Schon deshalb ist die Behauptung in der Begründung des Gesetzentwurfs, „*Alternativen bestehen nicht*“ (Begründung, S. A.III.), offenkundig unzutreffend.

Milder sind zudem alle an die **Betreiber** selbst **anknüpfenden Regelungen**, um einer drohenden Zahlungsverpflichtung vorzubeugen. Der Gesetzentwurf sieht insoweit seinerseits vor, dass „*vorrangig die Betreibergesellschaft selbst verpflichtet*“ bleiben sollte und die Konzernmütter akzessorisch und subsidiär haften (Begründung, A.II.). Die Regelungen des Entwurfs konterkarieren indes diesen Ansatz, indem bereits an die Nichtzahlung bei Fälligkeit angeknüpft wird und ab diesem Zeitpunkt auf die Konzernmütter zurückgegriffen werden kann. Es soll eine bürgeähnliche Haf-

tung konstruiert werden; entsprechende Schutzmechanismen wie das Institut der Einrede der Vorausklage sollen jedoch nicht zur Anwendung kommen (vgl. § 1 Abs. 4 REG-E). Mildere Mittel können ohne weiteres an diesen Stellschrauben ansetzen. Schließlich sind grundsätzlich auch interne Sicherungsmechanismen der Betreibergesellschaften – wie etwa (freiwillige) Fondslösungen – denkbar; dabei ist allerdings sorgsam zu prüfen, dass diese ihrerseits verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen und nicht mit unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen einhergehen.

Mildere, gleichermaßen geeignete Mittel stellen nicht zuletzt im Dialog mit den EVU erarbeitete **konsensuale Lösungen** dar. Dabei sind die Gestaltungsmöglichkeiten offen – solange finanzielle Sicherungsvorkehrungen in sachlich gebotenum Umfang geregelt werden, lassen solche Lösungen gesetzliche Verpflichtungen unverhältnismäßig werden.

cc) **Unverhältnismäßigkeit i.e.S.**

Ist das Modell einer Nachhaftung in seiner im REG-E gefundenen Gestalt bereits nicht alternativlos, so ist es erst recht unverhältnismäßig i.e.S.

So stehen sich einerseits Haushaltsinteressen des Staates und andererseits die Eigentumsfreiheit als wichtiges Freiheitsrecht und zentrale Säule jedes wirtschaftlichen Handelns gegenüber. Die Haushaltsinteressen des Staates werden in ihrer Gewichtigkeit allerdings dadurch geschwächt, dass konkrete Risiken bzw. ein konkretes Maß an finanziellem Vorsorge- bzw. Sicherheitsbedarf noch nicht einmal festgestellt wurden und ein funktionierendes Vorsorgesystem mit internen Rückstellungen bereits existiert. Demgegenüber ergibt sich eine **Belastungskumulation** aus einer zeitlich und inhaltlich unbeschränkten, von einem gültigen BEAV und sogar dem Bestehen der Betreibergesellschaft unabhängigen Nachhaftung für fremde Schuld mit dem gesamten Konzernvermögen. Im Verhältnis der Haushaltsinteressen zu diesen signifikanten Belastungen ergibt sich damit eine gänzlich unausgewogene Zweck-Mittel-Relation.²⁸

Eine in jeder Hinsicht unbegrenzte Nachhaftung ist bereits im Ansatz nicht zu rechtfertigen: So wertet das **Bundesverfassungsgericht** in einem Nichtannahmebeschluss die **Nachhaftung eines Verlegers** nach Veräußerung seines Verlages als verfassungsrechtlich unbedenklich, da die „als ‚lebenslang‘ und damit verfassungswidrig gerügte Nachhaftung des Veräußerers [...] keineswegs unbegrenzt“ sei. Sie sei *inhaltlich begrenzt* durch die Bestimmungen des in Privatautonomie abgeschlossenen Verlagsvertrages, der den Grund und die Grenzen der Verpflichtungen des Bf. originär festlege und erfahre zudem eine *zeitliche Begrenzung* durch die allgemeinen

²⁸ Vgl. *Leidinger*, NVwZ 2015, 1564 (1565 f.).

schuldrechtlichen Verjährungsregeln. Schließlich stünden dem Bf. als Veräußerer die Instrumente des Schuldrechts zu Gebote, um sich seiner *vertraglichen Verpflichtungen zu entledigen*.²⁹ All diese vom Bundesverfassungsgericht im damaligen Fall für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit herangezogenen Grenzen sind vorliegend nicht vorgesehen. Die Nachhaftung der Konzernmütter soll im Gegenteil **unausweichlich** und **unbegrenzt** sein. Sie betrifft **nicht eigene Verbindlichkeiten**, sondern diejenigen der Betreibergesellschaften. Zudem entstammt sie nicht eigenen Willenserklärungen im Rahmen einer Vertragsschließung, sondern **gesetzlichen Verpflichtungszuweisungen**, sodass noch strengere Maßstäbe an ihre Rechtfertigung anzulegen sind. Auf der Basis aktueller Erkenntnisse, die konkrete Risiken oder Vorsorgelücken nicht erkennen lassen, steht diese Art der Haftung außerhalb jedes Verhältnisses zum genannten Zweck.

Unabhängig von speziellen Anforderungen an Nachhaftungsregelungen hat die **Haftung von Eigentümern** im deutschen Recht – gerade um verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden – allgemein anerkannte **Grenzen** gefunden, die vorliegend ebenfalls für eine Verfassungswidrigkeit streiten. So wird die auf der Eigentümerstellung begründete Zustandsstörerverantwortlichkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die **Sachherrschaft des Eigentümers** und die damit verbundene rechtliche und tatsächliche Möglichkeit legitimiert, auf die Sache einzuwirken und den **Nutzen aus der Sache ziehen** zu können.³⁰ Eine Kostenbelastung des Eigentümers darf indes *„nicht auf die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Eigentümers bezogen werden ... Dem Eigentümer ist nicht zumutbar, unbegrenzt für die Sanierung einzustehen, das heißt auch mit Vermögen, das in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück steht.“*³¹ Diese maßgeblichen Weichenstellungen werden im Modell zur Nachhaftung der Konzernmütter ignoriert. Die Haftung wird gerade unabhängig von der Sachherrschaft auch für Haftungsfälle konstruiert, die nach einer Beendigung des BEAV eintreten. Auch der **funktionale Zusammenhang** des Haftungsvermögens und des Haftungsgegenstands **fehlt**. Die EVU haften nach dem Gesetzentwurf mit ihrem gesamten Konzernvermögen – also auch mit Erwirtschaftetem, das nichts mit der Kernenergie zu tun hat. Selbst wenn unterstellt würde, dass bei den Konzernmüttern nicht nur Pflichten, sondern auch Weisungsrechte verbleiben, änderte sich nichts an der Unangemessenheit der Regelung. Abgesehen davon, dass solche Weisungsrechte – außerhalb von BEAV – aktienrechtlich gerade nicht bestehen, führt die Kumulation

²⁹ BVerfG, NJW 2006, 1724 (1725).

³⁰ BVerfGE 102, 1 (17).

³¹ BVerfGE 102, 1 (22), Hervorhebung diesseits.

von belastenden Regelungen im beabsichtigten Nachhaftungssystem zu einer Eingriffsschwere, welche die Verhältnismäßigkeit des Nachhaftungsmodells ausschließt.

Auch das Verursacherprinzip taugt nicht als Rechtfertigung einer solchen unbegrenzten Haftung. Die Verursachung einer Gefahr darf zwar grundsätzlich mit berücksichtigt werden – angesichts der vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegten Kriterien an die Verfassungsmäßigkeit einer Nachhaftung kann sie allerdings lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Ungeachtet dessen sind vorliegend gerade **nicht die Konzernmütter die unmittelbaren Verursacher** der behaupteten Risiken und erst recht nicht potentieller Zahlungsausfälle der Betreibergesellschaften. In erster Linie sind diese selbst in den Fokus zu nehmen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber vor allem, dass gerade der **Staat selbst maßgebliche Verursachungsbeiträge** zur aktuell vorliegenden Situation geleistet hat: Zum einen hat er aktiv die EVU in das Geschäft mit der Kernenergie gedrängt³² und damit die Herausforderungen, welche Stilllegung, Rückbau und Entsorgung in technischer wie finanzieller Hinsicht stellen, entscheidend mitbegründet. Sein aktuelles Verhalten stellt damit ein „*venire contra factum proprium*“ dar. Zum zweiten resultiert die bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Endlagerung (einschließlich Finanzierung) maßgeblich auf **staatlichen Interventionen**: Das bestandskräftig festgestellte Endlager Konrad für schwach- und mittelradioaktive Abfälle wurde durch die Vorausleistungen der EVU nach den Vorgaben der Endlagervorausleistungsverordnung – ohne jegliches Ausfallrisiko – umfassend vorfinanziert. Verzögerungen der Inbetriebnahme sind allein politischen Gründen geschuldet. Für hochradioaktive Abfälle wurden erfolgreiche Erkundungen des Standorts Gorleben durchgeführt, wofür die Betreiber ebenfalls bereits ca. 1,7 Mrd. Euro vorfinanziert haben. Unsicherheiten sind maßgeblich darauf zurückzuführen, dass die Politik mit dem StandAG einen – verfassungswidrigen³³ – **vollständigen Konzeptwechsel** hinsichtlich der Entsorgungsarchitektur herbeigeführt hat. Dies führt nicht nur dazu, dass das Verursacherprinzip in Bezug auf die Konzernmütter nicht als Rechtfertigung greift, sondern auch dazu, dass der Ursachensetzende Staat die – auch finanzielle – Verantwortung nicht vollständig abgeben kann.³⁴

Das geschaffene Haftungssystem **weicht** darüber hinaus **von geltenden Rechtsmaßstäben signifikant ab**, was nicht nur hinsichtlich der Einheitlichkeit und Wider-

³² *Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 39 ff.; siehe im Einzelnen unter B.I.2.

³³ Ausführlich etwa *Moench*, DVBl. 2015, 213 ff.; *ders.*, atw 2013, 164 ff.; *Posser*, Zur Endlagerung radioaktiven Abfalls in Deutschland, in: FS Dolde, 2014, 251 (278 ff.); a.A.: *Däuper/Bosch/Ringwald*, ZUR 2013, 329 ff.

³⁴ Siehe dazu ausführlich *Di Fabio*, Rechtsgutachten, S. 41 ff.

spruchsfreiheit der Rechtsordnung auf Bedenken stößt, sondern auch die Intensität und Unangemessenheit des Grundrechtseingriffs aufzeigt.

- So ist eine **Haftung für Forderungen gegen einen bereits erloschenen Rechtsträger** mit zivilrechtlichen Prinzipien nicht vereinbar – auch im Gesetzentwurf musste ausdrücklich betont werden, dass die Akzessorietät (in Anlehnung an die Bürgschaft) nur so lange gelte, wie die Betreibergesellschaft noch bestehe (insoweit nicht mehr übereinstimmend mit dem Institut der Bürgschaft).
- **Zeitlich unbegrenzte Nachhaftungen** sind dem deutschen Rechtssystem ebenfalls fremd. Die Nachhaftung als solche dient dem Gläubigerschutz – der Ausgleich der widerstreitenden Interessen wird in der zeitlichen Begrenzung von regelmäßig fünf Jahren in verschiedenen handels- und umwandlungsrechtlichen Vorschriften gefunden (z.B. § 133 UmwG bei Spaltungen und § 303 AktG bei der Beendigung eines BEAV sowie § 26 Abs. 1 HGB für die Haftung des früheren Inhabers eines Handelsgeschäfts und § 160 Abs. 1 HGB für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der OHG). Das begründet zugleich Rechtssicherheit, die nunmehr rein fiskalischen Interessen geopfert wird.
- Die Regelungen der Nachhaftung sind zudem auf solche Forderungen beschränkt, die bereits **im Ausscheidenszeitpunkt begründet** waren. Die Abweichung von dem jenen Vorschriften zugrunde liegenden System der beschränkten Nachhaftung wird in zweierlei Hinsicht noch verschärft: Zum einen handelt es sich *nicht* um *eigene Verbindlichkeiten* der Konzernmütter, zum zweiten sollen *nicht Gläubigerschutzinteressen* gewahrt werden, sondern Haushaltsinteressen des Staates. Anders als in rein zivilrechtlichen Gläubigerschutzkonstellationen sind daher nur auf einer Seite Grundrechte betroffen – auf der anderen Seite sichert sich der Staat selbst ab.

Diese signifikanten Abweichungen von zivilrechtlichen Prinzipien lassen sich gerade nicht mit einer Sondersituation des Atomrechts rechtfertigen. Denn vorliegend handelt es sich nicht um die Eindämmung von besonderen Gefahren der Kernenergie, die evtl. restriktive Maßnahmen rechtfertigen könnten, sondern um die Begrenzung von finanziellen Risiken für die öffentliche Hand, die noch nicht einmal festgestellt sind. Dies gilt umso mehr, als eine Ausweitung der Haftung auf Konzernmütter dem geltenden Atomrecht fremd ist. Das **AtG** stellt in all seinen Regelungen nur auf den **Betreiber bzw. Genehmigungsinhaber** ab. Eine Konzernstruktur wird weder gefordert noch vorausgesetzt – dies gilt auch unter dem Gesichtspunkt der Kostentragung und der finanziellen Leistungsfähigkeit.

Der zuvor dargestellte Konzeptwechsel im staatlichen Umgang mit der Kernenergie und darauf bezogenen Rechten und Pflichten in Verbindung mit der nunmehr vorgesehenen Abweichung von geltenden zivilrechtlichen Prinzipien ist auch unter dem Gesichtspunkt des **Vertrauensschutzes**, verfassungsrechtlich verankert in **Art. 20 Abs. 3 GG**, relevant. Der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand der vom Gesetzgeber geschaffenen rechtlichen Rahmenbedingungen soll durch Vermeidung widersprüchlichen Staatshandelns oder einer nachträglichen Entwertung von Rechtspositionen dem Einzelnen „*individuelle Erwartungssicherheit*“ verschaffen.³⁵ Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen von Vertrauensschutz ist derjenige der Vertrauensbetätigung,³⁶ im vorliegenden Fall also die Entscheidung zur Kernenergienutzung und der Aufstellung von Konzernstrukturen – nicht hingegen ein Zeitpunkt innerhalb der letzten Monate oder Jahre, in denen eine Neuregelung möglicherweise absehbar geworden sein könnte. Der REG-E mit seiner unbeschränkten Haftung enttäuscht die Erwartung der Unternehmen, ihre Konzerne nach Maßgabe der geltenden Gesellschafts-, Konzern- und Insolvenzrechtsordnung leiten, gestalten und umstrukturieren zu können – einschließlich der Kündigung eines BEAV und der Veräußerung von Anteilseigentum. Dadurch wird die Eingriffsintensität nochmals verstärkt, was erst recht zur Unangemessenheit führt.

Dem Gesetzentwurf fehlt jede Auseinandersetzung mit der dargestellten Eigentumsproblematik, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass der intensive Grundrechtseingriff gesehen und bestehende Regelungsalternativen hinreichend erwogen wurden. Im Gegenteil geht der Entwurf standardisiert und lapidar davon aus, dass es keine Alternativen gäbe. Das alles ist verfassungsrechtlich unzulänglich.

2. Unvereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Das Nachhaftungsmodell des REG-E ist auch nicht vereinbar mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zum Schutz der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.

a) Schutzbereich

Die gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau und Entsorgungskosten greift in den Schutzbereich der Berufsfreiheit in verschiedenen Dimensionen ein:

Art. 12 Abs. 1 GG enthält „*eine umfassende Freiheitsgarantie der durch ihn geschützten Lebensbereiche*“.³⁷ Er erfasst dabei insbesondere die Freiheit, ein Unter-

³⁵ Vgl. *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl., Art. 20 Rz. 292 ff.; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 652.

³⁶ Vgl. BVerfGE 122, 374 (395), BVerfG, NVwZ 2007, 1168 (1171): Das Gericht stellt auf das Vertrauen im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung ab.

³⁷ *Schneider*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 113 Rz. 55.

nehmen zu gründen und frei zu gestalten, über dessen Güter und Rechtspositionen zu disponieren und das für ein Unternehmen gewählte Tätigkeitsfeld neu auszurichten.³⁸ Dazu gehört auch die Investitionsfreiheit als freie unternehmerische Entscheidung über den Kapitaleinsatz.³⁹

Eine gesetzliche Haftung der Muttergesellschaften für Rückbau- und Entsorgungskosten betrifft zunächst die **Investitionsfreiheit**, indem schon das Risiko einer Haftung – und bei Eintritt des Sicherungsfalles sogar die Haftung selbst – unternehmerische Entscheidungen hinsichtlich der Kapitalmittelverwendung beeinflusst.

Unabhängig davon ist die Berufsfreiheit in Gestalt der **unternehmerischen Organisationsfreiheit** als Recht des Unternehmers, über die rechtliche und betriebliche Organisation des Unternehmens zu entscheiden,⁴⁰ betroffen. Diese wird durch das im Rahmen der Eigentumsbeeinträchtigung dargestellte faktische BEAV-Kündigungsverbot nachhaltig beeinträchtigt, da zentrale unternehmerische Entscheidungen über die Spaltung von Konzernen oder deren Rechtsformen beeinflusst oder sogar maßgeblich bestimmt werden. Dies betrifft insbesondere den Fall von unternehmerischen Entscheidungen über die Spaltung eines Konzerns nach Maßgabe verschiedener Energiesparten.

Eine besondere Dimension des Schutzbereichs ist mit der Einflussnahme auf einen möglichen **Berufswechsel** betroffen.⁴¹ Geschützt ist nicht lediglich die **Tätigkeit als Kernkraftwerksbetreiber**,⁴² sondern auch die **unternehmerische Betätigung als Energieversorgungsunternehmen der Energiewende ohne die Nutzung von Kernkraft** bzw. der Wechsel von dem einen in den anderen Beruf. Die genannten Tätigkeiten stellen unterschiedliche Berufe dar: Beruf ist nach der allgemein anerkannten Definition jede *Tätigkeit*, die dem Lebensunterhalt zu dienen bestimmt ist. Der Betrieb eines Kernkraftwerks stellt inhaltlich ein anderes Aufgabenfeld dar als der Betrieb eines vornehmlich auf regenerative Energieversorgung fokussierten Unternehmens. Insbesondere basiert die Kernenergienutzung auf anderen Rohstoffen mit unterschiedlich zu bewältigenden technisch-fachlichen Anforderungen, Ausbildungen und Kompetenzen; dementsprechend divergent sind auch die Anlagen. Daneben unterscheiden sich die Außendarstellung des Unternehmens sowie der potentielle Kundenkreis für „Ökostrom“ einerseits und durch fossile Energien oder Kernenergie

³⁸ BVerfGE 50, 290 (363); 97, 67 (83); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 12 Rz. 69.

³⁹ *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), 1 (20 f.); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 12 Rz. 69; *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, § 111 II 1 h)α)ββ), S. 1819 f. Vgl. BVerfGE 50, 290 (363).

⁴¹ Zum Schutz eines Berufswechsels BVerfGE 55, 185 (196); 62, 117 (146); BVerwGE 4, 167 (170); 35, 146 (148).

⁴² *Stüer/Loges*, NVwZ 2000, 9 (11).

gewonnenen Strom andererseits. Die entsprechende Spezialisierung auf die Tätigkeit eines Energieversorgungsunternehmens im Zeichen der Energiewende ist von der durch Art. 12 GG geschützten Freiheit der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit umfasst; diese darf nicht auf bislang geprägte Berufsbilder begrenzt werden, sondern umfasst auch die **Entwicklung neuer Facetten eines Berufsbildes bis hin zu einem vollständig neuen Berufsbild**.⁴³ Beabsichtigt nun ein Unternehmen vor dem Hintergrund des energiewirtschaftlichen Wandels, das Geschäft der Energieerzeugung mittels Kernenergie vollständig auszugliedern und den Fokus auf das Geschäft mit erneuerbaren Energien oder nur noch anderen konventionellen Energieträgern zu richten, so kann dies bei einer gesetzlichen Nachhaftungsanordnung der Muttergesellschaften nicht gelingen. Der vollständige Wechsel in den Beruf eines Energieversorgungsunternehmens der Energiewende ohne die Nutzung von Kernenergie bleibt somit versagt. Da es sich bei einem solchen Wechsel nicht lediglich um quantitative Erweiterungen oder Beschränkungen einer einheitlichen beruflichen Tätigkeit handelt, sondern um inhaltlich unterschiedliche Aufgabenfelder, wird durch die gesetzliche Anordnung ein **Berufswechsel ausgeschlossen**. Dies schließt es auch aus, lediglich von einem Eingriff in die *Berufsausübungsfreiheit* mit Blick auf die mögliche Kündigung eines BEAV auszugehen.

Auch ohne einen vollständigen Berufswechsel ist als **negative Komponente der Berufswahlfreiheit** die Entscheidung geschützt, eine **bestimmte Tätigkeit nicht mehr auszuüben**. Staatliche Vorgaben können ein Unternehmen in einen nicht gewünschten Beruf drängen und damit in dessen negative Berufswahlfreiheit eingreifen.⁴⁴ Die Aufgabe eines inhaltlichen Tätigkeitsfeldes, wie das Geschäft mit der Kernenergie, stellt einen solchen Fall dar. Die Muttergesellschaften bleiben aufgrund des faktischen Kündigungsverbotes stets an der Kernenergie „hängen“.

b) **Eingriff**

Während die Beschränkung unternehmerischer Dispositionsbefugnis in Form der Investitions- oder Organisationsfreiheit in der Regel einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstellt, ist bei Versagung des Wechsels in einen anderen Berufszweig oder der Aufgabe einer Tätigkeit eine **Berufswahlentscheidung** betroffen, es steht mithin eine **subjektive Berufszulassungsregelung** im Raum. Dies wirkt sich nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts entscheidend auf die Strenge der Verhältnismäßigkeitsprüfung aus.

⁴³ *Schneider*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 113 Rz. 57.

⁴⁴ Hierzu *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, § 111, II.1.c)β), S. 1801; zur negativen Komponente der Berufsfreiheit allgemein BVerfGE 58, 358 (364 f.); 68, 256 (267).

Unabhängig davon kann auch ein **Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit erhöht rechtfertigungsbedürftig** sein. Dies ist der Fall, wenn die Berufsausübungsfreiheit **so stark betroffen** ist, dass es einer **subjektiven Berufszulassung gleichkommt**.⁴⁵ Selbst wenn die Aufgabe des Tätigkeitsfeldes nicht als Beschränkung des Berufswechsels oder negative Berufswahlbeschränkung – mithin als subjektive Zulassungsschranke – verstanden wird, so ist der Umstand, dass ein Tätigkeitsfeld von den Energieversorgungsunternehmen faktisch niemals aufgegeben werden darf, jedenfalls so gravierend, dass er einer solchen Beeinträchtigung *gleichkommt*.

c) **Rechtfertigung**

Subjektive Berufszulassungsschranken sind nur zum **Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgutes, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht**, gerechtfertigt. Sie dürfen zu dem angestrebten Zweck **nicht außer Verhältnis** stehen und **keine übermäßige, unzumutbare Belastung** enthalten.⁴⁶ Nach diesen Maßstäben ist der mit einer inhaltlich und zeitlich unbegrenzten Nachhaftung verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit der Konzernmütter nicht zu rechtfertigen.

So kann bereits die Begrenzung finanzieller Risiken für die öffentlichen Haushalte jedenfalls dann **kein überragendes Gemeinschaftsgut** in diesem Sinne sein, wenn solche Risiken nicht einmal festgestellt wurden und ein funktionierendes Vorsorgesystem über interne Rückstellung bereits seit Jahrzehnten beanstandungsfrei existiert.

Dessen ungeachtet sind die **eklatanten Belastungen** aufgrund der unausweichlichen und unbegrenzten Nachhaftung der Konzernmütter, die nicht eigene Verbindlichkeiten, sondern diejenigen der Betreibergesellschaften betrifft und das gesamte Konzernvermögen einbezieht, schon für sich genommen unzumutbar. Erst recht stehen sie außer Verhältnis zu den verfolgten Zwecken der eigenen finanziellen Absicherung des Staates. Hinzu kommt, dass der **Staat selbst Verursachungsbeiträge** gesetzt hat und nun versucht, die finanzielle Verantwortung hierfür den Konzernmüttern aufzuerlegen. Nochmals verstärkt wird der Eingriff durch die **Abweichung von allgemein geltenden Rechtsmaßstäben**, für die kein sachlicher Grund streitet und die im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung, das Prinzip des Vertrauensschutzes und die damit verbundene Rückwirkungsproblematik nicht legitimiert werden kann. Nach alledem ist der Eingriff nicht gerechtfertigt.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 31, 8 (29); 68, 155 (170 f.); Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 12 Rz. 37.

⁴⁶ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 13, 97 (107); 19, 330 (337); 59, 302 (316); 69, 209 (218); 119, 59 (83).

3. Unvereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Selbst wenn man die speziellen Freiheitsrechte als nicht einschlägig ansähe und stattdessen auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG abstelle, wäre der Eingriff nicht gerechtfertigt.

Die allgemeine Handlungsfreiheit umfasst sowohl die Betätigung auf wirtschaftlichem Gebiet,⁴⁷ als auch die Vertragsfreiheit und Privatautonomie.⁴⁸ Aufgrund des faktischen BEAV-Kündigungsverbotes liegt hier ein ungerechtfertigter Eingriff vor, da die geplante Nachhaftung aus den bereits dargestellten Erwägungen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt. Insbesondere kommen diverse mildere Mittel in Betracht. Darüber hinaus sind diese im Verhältnis zu den Haushaltsinteressen des Staates aufgrund der unbegrenzten Nachhaftung für fremde Verbindlichkeiten in Abweichung von allgemein gültigen Rechtsprinzipien jedenfalls unangemessen (im Einzelnen oben II.1.b)).

Auch der Rekurs auf das Verursachungsprinzip taugt nicht zur Rechtfertigung der Belastungen: denn zum einen sind die Konzernmütter keine Verursacher, zum anderen sind dem Staat selbst erhebliche Verursachungsbeiträge zuzurechnen; die Verantwortung dafür muss er selbst tragen (vgl. bereits II.1.b)).

4. Unvereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG

Die gesetzliche Anordnung einer Haftung der Konzernmütter für Stilllegungs- und Entsorgungskosten stellt auch einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG dar. Als negative Vereinigungsfreiheit gewährleistet Art. 9 GG auch das Recht zum Austritt aus einer Vereinigung.⁴⁹

Der Zusammenschluss von (mindestens) Konzernmutter und Betreibergesellschaft stellt eine Vereinigung im Sinne des Art. 9 GG dar. Weder der Umstand, dass es sich vorliegend um juristische Personen handelt,⁵⁰ noch etwaige Weisungsrechte der Muttergesellschaft gegenüber der Betreibergesellschaft hindern die Eröffnung des Schutzbereiches.⁵¹ Aufgrund der mittelbar-faktisch ausgelösten Unveräußerlichkeit der Betreibergesellschaften bzw. des faktischen BEAV-Kündigungsverbots wird die

⁴⁷ BVerfGE 50, 290 (366).

⁴⁸ *Murswiek*, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 2 Rz. 55a, *Kahl*, in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 124 Rz. 66.

⁴⁹ BVerfGE 10, 89 (102); 50, 290 (354); *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 9 Rz. 58.

⁵⁰ *Höfling*, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 9 Rz. 13.

⁵¹ Vgl. zum Kriterium der Fremdbestimmung *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl., Art. 9 Rz. 19 f. Vorliegend handelt es sich indes nicht um eine Fremdbestimmung von außen, sondern lediglich die Überlegenheit eines Mitglieds.

Muttergesellschaft gehindert, die Betreibergesellschaft auszugliedern, und rechtstat-sächlich gezwungen, weiterhin Gesellschafterin zu bleiben, um so zumindest die Kontrolle über operative Entscheidungen zu behalten. Darin liegt zugleich eine Beschränkung des Austritts aus dem gemeinsamen Zusammenschluss.

Der Eingriff in Art. 9 GG ist auch nicht gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung ist nur aufgrund **verfassungsimmanenter Schranken**, also aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts, möglich.⁵² Zweck der geplanten Nachhaftung der Konzernmütter ist die Begrenzung finanzieller Risiken für den öffentlichen Haushalt. Die bloße Schonung der Staatsfinanzen ist indes bereits kein solches Gut von Verfassungsrang, das einen Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Anders als beispielsweise Staatsstrukturprinzipien (so z.B. das Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG) oder Staatszielbestimmungen (so z.B. der Umweltschutz, Art. 20a GG) existiert keine materielle Wertentscheidung der Verfassung explizit zugunsten der Schonung der Staatsfinanzen. Umso mehr kann es nicht als verfassungsimmanente Schranke herangezogen werden, zumal *konkrete* Risiken für den Staatshaushalt nicht einmal festgestellt wurden und im Übrigen maßgeblich vom Verhalten des Staates selbst – insbesondere in Wahrnehmung seiner Aufgabe zur Endlagerbereitstellung gem. § 9a Abs. 3 S. 1 AtG – abhängen. Überdies ist die Ausgestaltung der Regelungen im REG-E aufgrund der Kumulierung eklatanter Belastungen, der Mitverursachung des Staates, der Durchbrechung geltender Rechtsprinzipien und der Enttäuschung von geschütztem Vertrauen nicht verhältnismäßig und auch aus diesem Grund nicht gerechtfertigt.

5. Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Die Anordnung einer Haftung der Konzernmütter in ihrer Ausgestaltung im REG-E verstößt zudem gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

a) Ungleichbehandlung

Die gesetzliche Anordnung einer neuen Haftung der Muttergesellschaften stellt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG in mehrfacher Hinsicht dar:

Zum einen werden die hier betroffenen Konzernmütter gegenüber den Muttergesellschaften von Konzernen **anderer Branchen** ungleich behandelt, da derartige unbegrenzte Nachhaftungspflichten (und damit einhergehende faktische Veräußerungs- und BEAV-Kündigungsverbote) in keinem anderen Bereich zu finden sind – dies gilt

⁵² Vgl. BVerfGE 30, 227 (243); 124, 25 (36); Ziekow, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 107 Rz. 63; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 9 Rz. 22.

insbesondere auch für andere umweltrelevante Branchen mit hohem Schadenspotential wie beispielsweise der Großchemie. Dort besteht bereits keine Außenhaftung der Muttergesellschaften für Stilllegungs-, Entsorgungs- oder sonstige Kosten ihrer Tochterunternehmen.

Zum anderen werden unterschiedliche Haftungsmaßstäbe geschaffen, die allein von der **Konzernstruktur** abhängen: Während in einem mehrstufigen Konzern mehrere Gesellschaften der geplanten Haftung unterliegen und eine faktische Gesamtschuldnerschaft bilden, ist in zweistufigen Konzernen „nur“ die Muttergesellschaft betroffen.

b) **Keine Rechtfertigung**

Diese (Un-)Gleichbehandlungen sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Da zugleich mehrere Freiheitsrechte betroffen sind, müssen über die allgemeine Willkürprüfung hinaus **strenge Maßstäbe** an die Prüfung eines rechtfertigenden Sachgrunds gestellt werden.⁵³ Die Differenzierungsgründe müssen von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass sie die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen. Sachlich vertretbare Unterscheidungsgründe in diesem Sinne sind hinsichtlich keiner der genannten Fallkonstellationen erkennbar. Im REG-E findet eine Auseinandersetzung mit möglichen **Differenzierungsgründen** nicht statt. Auch der im REG-E genannte Gesetzeszweck kann die Differenzierung nicht rechtfertigen.

Der Gesetzeszweck, die finanzielle Risikobegrenzung für den Staatshaushalt, könnte ebenso für die Nachhaftung von Konzernmüttern anderer Branchen geltend gemacht werden, bietet also keinen ausreichenden Differenzierungsgrund. In umgekehrter Hinsicht ist hinsichtlich der Gleichbehandlung bei unterschiedlichen Konzernstrukturen gerade nicht ersichtlich, dass ein finanzieller Vorsorgebedarf gleichermaßen für alle EVU bestehen soll.

Eine Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich auch nicht daraus, dass die Konzernmütter derzeit aufgrund der BEAV über umfassende Weisungsrechte verfügen und von Erlösen aus dem operativen Geschäft profitieren. Denn dieser Ansatz – unabhängig davon, dass er inhaltlich zu kurz greift und bereits den Eingriff in Freiheitsrechte nicht zu rechtfertigen vermag – bietet keine hinreichenden Differenzierungsgründe. Insbesondere ist er vollständig auf solche Konzernmütter anderer Branchen übertragbar, welche Weisungsrechte und Gewinnbeteiligungen an Tochterunternehmen haben, die umweltrelevante Tätigkeiten mit möglichen Folgepflichten nach den einschlägigen Vorschriften ausführen. Deren Haftung unterliegt indessen

⁵³ Sog. „neue Formel“ des BVerfG; vgl. BVerfGE 55, 72 (88 f.); 71, 39 (58 f.); 120, 125 (144); 124, 199 (219 f.).

lediglich den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, denen sie sich in Ausübung ihrer Privatautonomie unterworfen haben. Aus welchem Grund in jenen Bereichen keine umfassende und eigene Haftung der Konzernmütter für die Gefahr eines Zahlungsausfalls ihrer Tochterunternehmen statuiert wird, ist nicht ersichtlich.

Weitere Differenzierungsgründe sind nicht erkennbar – insbesondere handelt es sich nicht um eine Sondersituation aufgrund der besonderen Gefahren der Kernenergie, da es vorliegend nicht um deren Begrenzung, sondern allein den Umgang mit behaupteten finanziellen Risiken geht.

6. Unvereinbarkeit mit dem Rückwirkungsverbot

Der Haftung der Muttergesellschaften für die Stilllegungs- und Entsorgungskosten nach Maßgabe des REG-E käme in mehrfacher Hinsicht unzulässige Rückwirkung zu, die ebenfalls zur Verfassungswidrigkeit der Regelung führt.

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

Nach der ständigen Rechtsprechung (des Ersten Senats) des Bundesverfassungsgerichts liegt eine echte Rückwirkung vor, wenn eine Norm „nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift“⁵⁴. Eine unechte Rückwirkung ist hingegen anzunehmen, wenn die fragliche Norm lediglich „auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt“⁵⁵.

Der Zweite Senat wich seit Mitte der 1980er Jahre von dieser Terminologie ab und differenzierte stattdessen zwischen der Rückbewirkung von Rechtsfolgen und der tatbestandlichen Rückanknüpfung. Eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen entfalte eine Rechtsnorm dann, wenn „der Beginn ihres zeitlichen Anwendungsbereichs normativ auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der *vor* dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm rechtlich existent, das heißt gültig geworden ist“⁵⁶. Demgegenüber sei die tatbestandliche Rückanknüpfung „einer Norm insoweit eigen, als sie den Eintritt ihrer Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der *Zeit vor* ihrer Verkündung abhängig macht“⁵⁷.

Im Ergebnis handelt es sich indes nur um terminologische, nicht um inhaltliche Unterschiede. Dies scheinen auch die Senate so zu sehen. Dafür spricht zum einen, dass

⁵⁴ BVerfGE 11, 139 (145 f.).

⁵⁵ BVerfGE 11, 139 (146).

⁵⁶ BVerfGE 63, 343 (353).

⁵⁷ BVerfGE 72, 200 (242).



sie das Plenum des Gerichts nicht einberufen haben, was bei divergierenden Auffassungen jedoch hätte geschehen müssen (§ 16 Abs. 1 BVerfGG). Zum anderen kommt die inhaltliche Kongruenz darin zum Ausdruck, dass der Zweite Senat inzwischen häufig beide Begrifflichkeiten nebeneinander und identisch verwendet, z.B. „tatbestandliche Rückanknüpfung („unechte“ Rückwirkung)“.⁵⁸

b) Unzulässige tatbestandliche Rückanknüpfung/unechte Rückwirkung

Eine tatbestandliche Rückanknüpfung ist schon dann anzunehmen, wenn das Gesetz für noch andauernde Sachverhalte mit Wirkung für die Zukunft veränderte Rechtsfolgen vorsieht oder erstmals Belastungen auferlegt. Dies wäre hier der Fall. So hat z.B. die E.ON SE mit der Aufteilung ihres Konzerns in zwei voneinander getrennte Teile begonnen; dieser Umstrukturierungsprozess ist noch nicht abgeschlossen. Auch der Vattenfall-Konzern wurde im Jahr 2013 grundlegend umstrukturiert.⁵⁹ Das Gleiche gilt bei allen EVU und Betreibergesellschaften für einzelne Kostentatbestände (Stilllegung, Rückbau und Entsorgung); auch hier sind bereits spezifische Lebenssachverhalte angelegt.

Deren Erfassung durch gesetzliche Neuregelungen ist zwar nicht generell ausgeschlossen, muss aber die strengen Maßstäbe des Übermaßverbots wahren. Die Frage, wann die Schwelle der Unzulässigkeit **ausnahmsweise** überschritten wird, ist normativ zu beantworten. Insofern ist das Problem der Rückwirkung besonders eng mit der Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit verbunden.⁶⁰ Die Grenzen der unechten Rückwirkung ergeben sich dabei aus einer **vertrauensspezifischen Abwägungsentscheidung**,⁶¹ die im Rahmen der allgemeinen Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. der Maßnahme stattfindet.

Insoweit ist zuvörderst auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach die Angemessenheit der vorgesehenen Regelungen zu verneinen ist. Das Vorliegen einer

⁵⁸ So in BVerfGE, NJW 2004, 739 (748). Vgl. auch z.B. BVerfG, NVwZ 2012, 876 (876 f. – Rz. 65 f.): „Eine Rechtsnorm entfaltet ‚echte‘ Rückwirkung („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“), wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll [...]. Soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung“), liegt eine ‚unechte‘ Rückwirkung vor [...].“ Vgl. auch BVerfG, NJW 2013, 3151 (3153 f.): „Allerdings bestimmt § 1 I ThUG keine Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung). Er beschränkt das Vertrauen der Betroffenen lediglich in Gestalt einer tatbestandlichen Rückanknüpfung („unechte Rückwirkung“) [...].“

⁵⁹ Damit ist auch im Hinblick auf die Vattenfall-Umstrukturierung noch nicht der Zeitraum der umwandlungsrechtlichen Nachhaftung von grundsätzlich fünf Jahren (bei Pensionsverbindlichkeiten: zehn Jahren) abgelaufen; vgl. § 133 UmwG.

⁶⁰ BVerfGE 95, 64 (86 f.); 97, 378 (389).

⁶¹ BVerfGE 39, 128 (145 f.); 63, 152 (175).

Rückwirkung verschiebt die Gewichte nochmals weiter in Richtung Unangemessenheit.⁶² Zudem war für die Betroffenen im Zeitpunkt der Anlegung der Lebenssachverhalte, die mit einem hohen Aufwand verbunden waren, nicht erkennbar, dass eine – wie gezeigt unangemessene – gesetzliche Neuregelung beabsichtigt würde. Insofern wurde Vertrauen ins Werk gesetzt. Auch daraus folgt die Unverhältnismäßigkeit der Regelung wegen eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot.

c) Rückbewirkung von Rechtsfolgen/echte Rückwirkung

Mit Blick auf die bereits erfolgte **Rückstellungsbildung** durch die normbetroffenen EVU steht sogar eine echte Rückwirkung in Rede. Denn sie greift in den abgeschlossenen Tatbestand der Bildung von Rückstellungen entsprechend den Vorgaben des Steuerrechts ein, ohne dass dafür eine Rechtfertigung ersichtlich wäre (hierzu aa)). Gleiches gilt im Hinblick auf den Rückgriff auf die **etablierte Konzernstruktur** zur Haftungs begründung (bb)).

aa) Rückstellungsbildung

- (1) Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts liegt eine echte Rückwirkung immer dann vor, wenn im Zeitpunkt der Verkündung des „neuen“ Gesetzes die Steuerschuld bereits entstanden ist.⁶³ Nach § 38 AO ist die Steuerschuld entstanden, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Dies ist nach § 30 KStG der Veranlagungszeitraum. Somit stellen alle bis einschließlich 2014 gebildeten Rückstellungen abgeschlossene Tatbestände dar.

Für eine echte Rückwirkung spricht überdies, dass die Rückstellungen nach den steuerrechtlichen Vorgaben über einen Zeitraum von 25 Jahren zu bilden waren. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Rückstellungen während der Betriebsdauer der Kraftwerke gebildet werden. Da die 25 Jahre durchgängig abgelaufen sind, liegt auch insofern ein abgeschlossener Sachverhalt vor. Zwar besteht eine (handelsrechtliche) Nachholungspflicht über den Ansammlungszeitraum hinaus. Diese war aber von Anfang an absehbar und soll v.a. technischen und monetären Entwicklungen Rechnung tragen; sie war somit stets Teil des in sich geschlossenen Systems. Der Rückstellungsaufbau mit seiner 25-jährigen Laufzeit ist folglich abgeschlossen – und als ausreichend testiert worden. Darauf gleichwohl eine Nachhaftung aufzusatteln, entwertet nachträglich jene Ansammlung und ihre Funktion. Denn der maßgebliche Lebenssachverhalt – die Etablierung hinreichender finanzieller Leistungsfähigkeit für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung – ist durch den Abschluss des Aufbaus beendet. Da die Ausfallhaftung des REG-E tatbestandlich an eine unzu-

⁶² Vgl. zu diesem Effekt einer Rückwirkung *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl., Art. 20 Rz. 137.

⁶³ St. Rspr. seit BVerfGE 13, 261 (270 ff.).

reichende finanzielle Leistungsfähigkeit bei den Betreibern ansetzt, hätten diese von Beginn an über die Laufzeit von 25 Jahren (oder mehr) größere Vorsorge treffen können und müssen, wenn sie schon seinerzeit von der jetzigen Haltung der Politik Kenntnis gehabt hätten. Diese Möglichkeit wird ihnen und den Konzernmüttern durch den Abschluss der Rückstellungsbildung mit der nunmehr beabsichtigten Haftungserweiterung genommen. Ebenso wenig wie nachträglich eine Neubewertung der Rückstellungen selbst vorgenommen werden dürfte, darf für jenen Lebenssachverhalt deshalb ein zweites Sicherungssystem etabliert werden, ohne dass dies an den strengen Regelungen für eine echte Rückwirkung zu messen wäre.

- (2) Die echte Rückwirkung zeitigenden Neuregelungen in Form des REG-E sind verfassungswidrig. Denn im Gegensatz zur unechten ist eine echte Rückwirkung von Rechtsfolgen auf einen schon abgeschlossenen Sachverhalt grundsätzlich unzulässig. Die vom Bundesverfassungsgericht insoweit akzeptierten, strengen Voraussetzungen für eine Ausnahme⁶⁴ liegen erkennbar nicht vor.
- (a) Das Gericht hat in seiner Judikatur die folgenden Fallgruppen entwickelt, in denen die Schutzwürdigkeit entfallen soll:⁶⁵
- Von der Rückwirkung geht nur eine Bagatellbelastung aus.⁶⁶
 - Es musste mit einer Neuregelung gerechnet werden.⁶⁷ Dies ist aber erst dann der Fall, wenn der Bundestag die Neuregelung beschlossen hat;⁶⁸ die bloße Diskussion oder Ankündigung⁶⁹ genügt nicht.
 - Die bisherige Rechtslage war unklar und verworren.⁷⁰
 - Die bisherige Regelung war nichtig und soll nun ersetzt werden; insofern wurde nur in einen Rechtsschein vertraut.⁷¹
 - Die Rückwirkung beruht auf besonders schwerwiegenden, zwingenden Gründen des Allgemeinwohls.⁷²

⁶⁴ BVerfGE 88, 384 (403 f.); 114, 258 (300); 122, 374 (394).

⁶⁵ Vgl. nur BVerfGE 13, 271 (272); 18, 429 (439); 72, 200 (259 ff.); 87, 48 (60 f.); 95, 64 (86 f.); 98, 17 (39).

⁶⁶ BVerfGE 72, 200 (258 f.).

⁶⁷ BVerfGE 22, 330 (347); 30, 367 (387 f.).

⁶⁸ BVerfGE 13, 206 (213); 72, 175 (200); 72, 200 (261). Nur in seltenen Einzelfällen mag schutzwürdiges Vertrauen schon vorher nicht gegeben sein, wenn es nämlich nach Bekanntwerden des Vorhabens einzig noch um die Ausnutzung der Phase vor (Beschluss und) Inkrafttreten geht (negative Ankündigungseffekte). Dazu BVerfGE 95, 64 (88).

⁶⁹ BVerfGE 97, 67 (82 f.).

⁷⁰ BVerfGE 13, 261 (272).

⁷¹ BVerfGE 13, 261(272).

(b) Keine dieser Fallgruppen ist hier einschlägig.

Das gilt insbesondere für die letztgenannte Kategorie. Denn eine Berufung auf zwingende Gründe des Allgemeinwohls kommt nach herrschender Meinung nur in Betracht, wenn ein sofortiges gesetzgeberisches Handeln erforderlich ist, um drohende Nachteile für die Allgemeinheit abzuwenden.⁷³ Letztlich kommt es also in der Regel auf „offensichtliche Gefahren und Missstände“ an.⁷⁴ Eine derartige Situation ist indes im Hinblick auf die Entsorgung und Stilllegung nicht gegeben. Die Rückstellungen wurden bislang als ausreichend anerkannt und jährlich im Rahmen des Jahresabschlusses geprüft. Die Bundesregierung hat das System wiederholt verteidigt und selbst im Zuge des beschleunigten Atomausstiegs auf Grundlage der 13. AtG-Novelle nicht geändert. Kein Unternehmen hat insoweit seine (atomrechtlichen) Pflichten verletzt. Das hält im Übrigen auch W&K in dem vom BMWi in Auftrag gegebenen Stresstest fest. W&K kommt im Wesentlichen zu den Ergebnissen, dass (i) die EVU die Entsorgungskosten zutreffend ermittelt haben und (ii) sowohl die Vermögenswerte – bei bilanzieller und marktorientierter Betrachtung – als auch die geschätzten Nettoeinnahmen der EVU ausreichen, um die zu erwartenden Entsorgungskosten abzudecken. Letzteres gilt selbst in dem Fall, dass für die Diskontierung ein denkbar ungünstiges Szenario von hoher Inflation (1,6 % bis 2 %) und nuklearspezifischer Kostensteigerung (1,97 %) bei gleichzeitig niedrigem durchschnittlichem Zinssatz (2,44 %) zu Grunde gelegt wird.⁷⁵ Darüber hinaus stellt W&K fest, dass die von den EVU vorgenommenen Schätzungen der Rückbaukosten sehr vorsichtig sind und deutlich über den geschätzten Kosten in anderen Staaten liegen.⁷⁶

Ebenso wenig musste mit einer Neuregelung gerechnet werden. Anderes ergibt sich vor allem nicht aus dem Verursacherprinzip. Denn dieses allein begründet noch keinerlei Rechtsfolgen. Vielmehr bedarf es der konkreten Ausgestaltung. Sofern eine solche konkrete Ausgestaltung vorliegt, begründet diese gerade Vertrauen – nämlich dahingehend, dass eine Einhaltung der Rechtslage ausreicht und nicht später von weiteren Maßnahmen flankiert werden muss. Folglich steht die bloße Existenz des Verursacherprinzips einer Vertrauensbildung und unzulässigen Rückwirkung nicht entgegen.

⁷² Vgl. etwa BVerfGE 13, 261 (272); 31, 222 (226 f.).

⁷³ BFH, BStBl II 1981, 595 (599). In diesem Sinne auch *Tipke*, Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., S. 162.

⁷⁴ Dazu *Mellinghoff*, in: DWS Schriftenreihe Nr. 1, Berlin 2002.

⁷⁵ W&K-Gutachten, S. 5 ff. (insbesondere Rz. 23, 42, 49, 52, 55).

⁷⁶ W&K-Gutachten, S. 50 ff. (insbesondere Rz. 200).

Somit bleibt es hier bei der Regel, dass die echte Rückwirkung nicht gerechtfertigt werden kann. Die beabsichtigte Neuregelung ist daher auch aus diesem Grund verfassungswidrig.

bb) Konzernstruktur

Eine weitere echte Rückwirkung liegt darin begründet, dass die Etablierung der Konzernstruktur, an die nunmehr die unbegrenzte Nachhaftung anknüpfen soll, **vor Jahrzehnten unter gänzlich anderen Voraussetzungen** erfolgte und im Laufe der Jahre aufrechterhalten blieb. Die jetzige Regelung knüpft nicht nur an diesen Lebenssachverhalt an und gibt ihm für die Zukunft einen neuen Inhalt, sondern sie verändert rückwirkend die – rechtliche wie wirtschaftliche – Bedeutung der vor rund einem halben Jahrhundert getroffenen Entscheidungen. Auch unter diesem Gesichtspunkt liegt deshalb eine echte, unzulässige Rückwirkung vor.⁷⁷

Eine Rechtfertigung dafür nach Maßgabe der vorstehend dargestellten Voraussetzungen ist nicht ersichtlich. Insbesondere trägt der Gedanke, eine Rückwirkung sei jedenfalls zulässig, weil wegen des Verursacherprinzips jederzeit mit einer Änderung der Rechtslage zu rechnen gewesen sei, nicht. Denn das **Verursacherprinzip als solches begründet noch keinerlei Rechtsfolgen**. Vielmehr bedarf es der konkreten Ausgestaltung. Sofern eine solche konkrete Ausgestaltung vorliegt, begründet diese *gerade umgekehrt* Vertrauen – nämlich dahingehend, dass eine Einhaltung der Rechtslage ausreicht und nicht später von weiteren Maßnahmen konterkariert und entwertet wird. Folglich steht die bloße Existenz des Verursacherprinzips einer Vertrauensbildung und unzulässigen Rückwirkung auch hier nicht entgegen.

III. UNVEREINBARKEIT MIT UNIONSRECHT

Die vorgesehene weitreichende Haftung herrschender Unternehmen ist nicht nur verfassungs- sondern auch unionsrechtswidrig. Sie verstößt insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit nach **Art. 49 AEUV** und die Kapitalverkehrsfreiheit gem. **Art. 63 AEUV**.

1. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

a) Beeinträchtigung des Anwendungsbereichs

Art. 49 AEUV enthält ein grundsätzliches Verbot aller Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit – auch ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. In Anlehnung an die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelte *Dassonville*-Formel des

⁷⁷ Vgl. *Leidinger*, NVwZ 2015, 1564 (1565 f.).

EuGH⁷⁸ sollen unter Beschränkungen **alle staatlichen Maßnahmen** verstanden werden, **die geeignet sind, die Ausübung der grundlegenden Freiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.**⁷⁹

Die Regelungen der geplanten Nachhaftung erscheinen aufgrund ihrer inhaltlichen und zeitlichen Reichweite durchaus geeignet, die Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit im Bereich der Kernenergie in Deutschland für ausländische Unternehmen weniger attraktiv zu machen.

Dem steht auch die Entscheidung des EuGH zu einer portugiesischen Regelung über die Haftung von Muttergesellschaften nicht entgegen. Dem Urteil lag eine andere – und weniger beschränkende – Konstellation zugrunde: Das portugiesische Recht sah eine gesamtschuldnerische Haftung von Muttergesellschaften gegenüber den Gläubigern ihrer Tochtergesellschaften vor, die sich jedoch ausschließlich – anders als im deutschen Entwurf – auf im Inland ansässige Muttergesellschaften bezog. Der EuGH führte aus, die Unanwendbarkeit der Regelung auf Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat sei nicht geeignet, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit für Muttergesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat weniger attraktiv zu machen.⁸⁰ Nichtsdestoweniger ist anlässlich dieser Entscheidung die Frage aufgeworfen worden, inwieweit eine konzernrechtlich begründete Haftung der ausländischen Muttergesellschaften deutscher Gesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.⁸¹ Erst recht ist dann eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgrund einer derart weitgehenden Haftungsregelung, wie sie der REG-E vorsieht, anzunehmen.

b) **Fehlende Rechtfertigung**

Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist weder durch geschriebene noch ungeschriebene Gründe gerechtfertigt.

Die Rechtfertigungsgründe des Art. 52 Abs. 1 AEUV liegen nicht vor. Danach beeinträchtigen die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Vorliegend handelt es sich indes lediglich um finanzielle Interessen der öffentlichen Hand – nicht um die Begrenzung von Gefahren aus der Kernenergie, die der öffentlichen Sicherheit unterliegen könnten. Die Verfolgung wirtschaftlicher

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, C-8/74, Slg. 1974, 837 – Dassonville.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 31. März 1993, C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (Rz. 32) – Kraus.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 20. Juni 2013, C-186/12, EuZW 2013, 664 (665).

⁸¹ *Lehmann*, LMK 2013, 352735.

Zwecke, wie beispielsweise die Verringerung des Steueraufkommens, ist indes keine normative Beschränkungsmöglichkeit.⁸²

Auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des EuGH⁸³ können die Regelungen des REG-E nicht rechtfertigen. Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH seine ursprünglich zur Warenverkehrsfreiheit ergangene Rechtsprechung dahingehend erweitert, dass nationale Maßnahmen, die nichtdiskriminierend angewendet werden, auf zwingenden Gründen des Allgemeinwohls beruhen und sowohl geeignet als auch erforderlich zur Zielerreichung sind, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.⁸⁴ Hier sind zwingende Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung der Regelungen des REG-E indes nicht ersichtlich. Wie bereits im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung ausgeführt, handelt es sich lediglich um die Begrenzung unterstellter finanzieller Risiken für die öffentliche Hand, die durch Analysen nicht belegt wurden. Da zudem seit Jahrzehnten ein funktionierendes System interner Rückstellungen zur Finanzierungsvorsorge betrieben wird, dessen Leistungsfähigkeit im „Stresstest“ nochmals bestätigt wurde, kann nicht von zwingenden Erfordernissen ausgegangen werden. Darüber hinaus gilt auch für die Niederlassungsfreiheit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁸⁵ In diesem Zusammenhang ist eine Erforderlichkeit klar zu verneinen, da zahlreiche mildere Mittel existieren, die auch hinsichtlich der Ausübung der Niederlassungsfreiheit mit einer geringeren Beschränkung einhergehen. Erst recht ist die Ausgestaltung der Regelungen des REG-E aufgrund der Kumulierung der Belastungen nicht verhältnismäßig.

2. Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit

Neben einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit liegt ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 2 AEUV vor.

Eine Pflicht zur Nachhaftung der Konzernmütter nach den Regelungen des REG-E lässt eine Investition in Aktien der Muttergesellschaften weniger attraktiv für im europäischen Ausland ansässige Investoren erscheinen und ist insoweit geeignet, deren Anlageverhalten negativ zu beeinflussen. Insbesondere handelt es sich bei dem Modellvorschlag nicht lediglich um die gesetzliche Sicherung eines bereits bestehenden Status Quo, sondern es werden neue, inhaltlich und zeitlich unbegrenzte und unaus-

⁸² EuGH, Urteil vom 18. September 2003, C-168/01, Slg. 2003, I-9409 (Rz. 42) – Bosal.

⁸³ EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, C-120/78, Slg. 1979, 649 (Rz. 8) – Cassis.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 31. März 1993, C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (Rz. 32) – Kraus; Urteil vom 30. November 1995, C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (Rz. 37) – Gebhard.

⁸⁵ Vgl. Frenz, Hb Europarecht Bd. 1, 2. Aufl., Kap. 8, S. 837 f.; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 56. EL, Art. 52 AEUV, Rz. 29.

wechliche Haftungsrisiken geschaffen, die Anleger von einer Investition abzuhalten geeignet sind. Diese Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit kann ebenfalls weder durch geschriebene noch durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne zwingender Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden und ist ungeachtet dessen nicht verhältnismäßig.

IV. FAZIT

Nach alledem ist festzuhalten, dass ein Gesetz des Inhalts, wie ihn der Entwurf des Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetzes vorsieht, verfassungs- und unionsrechtswidrig wäre. Ein entsprechendes Sonderrecht, das mit etablierten und seit Jahrzehnten bewährten Strukturen „auf Verdacht“ und entgegen den vorhandenen Erkenntnissen bricht, könnte vor den Gerichten folglich keinen Bestand haben.

20. November 2015

**Öffentliche Sachverständigenanhörung des Ausschusses
für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestags am
Montag, dem 23. November 2015,**

**zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Nachhaftung für
Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich
(Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG) –
BT-Drs. 18/6615**

Stellungnahme

Von Dr. Marc Ruttloff, Rechtsanwalt, Gleiss Lutz, Berlin

A. GEGENSTAND DES GESETZENTWURFS DER BUNDESREGIERUNG

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung bestimmt „eine subsidiäre Haftung von Unternehmen, die die Betreibergesellschaften der Kernkraftwerke in Deutschland beherrschen für die finanziellen Verpflichtungen dieser Betreibergesellschaften bis zum Abschluss von Stilllegung und Rückbau ihrer Kernkraftwerke sowie Entsorgung und Endlagerung der radioaktiven Abfälle“ (BT-Drs. 18/6615, S. 6). Es soll gegenüber den Konzerngesellschaften, die den jeweiligen Betreibergesellschaften übergeordnet sind, ein eigenständiger Zahlungsanspruch für die finanziellen Lasten aus der Stilllegung und dem Rückbau der Kernkraftwerke und der Entsorgung der radioaktiven Abfälle begründet werden. Vorrangiger Schuldner bleibt grundsätzlich die Betreibergesellschaft, jedenfalls solange diese als Rechtsperson existiert. Die Haftung der herrschenden Konzernunternehmen ist zwar formal nachrangig, faktisch gilt dieses Subsidiaritätsverhältnis jedoch nur sehr eingeschränkt und ist einer gleichrangigen Haftung weitgehend angenähert. Das herrschende Unternehmen haftet nach § 1 Abs. 4 GesetzE „wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat“ – also wie ein selbstschuldnerischer Bürge. D.h. es muss nicht zunächst erfolglos versucht worden sein, die Forderungen gegenüber der Betreibergesellschaft durchzusetzen und zu vollstrecken, bevor das herrschende Unternehmen in Anspruch genommen werden kann. Es genügt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GesetzE, wenn die Betreibergesellschaft die Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit nicht erfüllt. Dabei ist unerheblich, ob die Zahlungsverweigerung der Betreibergesellschaft auf berechtigten Gründen oder auf zweckwidrigen Erwägungen beruht. Die Haftung des herrschenden Unternehmens ist damit weitgehend einer gleichrangigen Gesamtschuld angenähert. Sie endet weder mit dem Erlöschen

der Betreibergesellschaft (§ 2 Abs. 3 GesetzE), noch mit der Beendigung der Eigenschaft als herrschendes Unternehmen (§ 3 Abs. 1 GesetzE) oder der Übertragung der Haftungsstellung auf einen Dritten, die ausdrücklich keine befreiende Wirkung haben soll (§ 3 Abs. 2 GesetzE).

B. AUSWIRKUNGEN GEGENÜBER DEM STATUS QUO UND PRÄMISSEN DER VERGANGENHEIT

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wird eine sachlich-inhaltlich und zeitlich unbegrenzte Haftung der herrschenden Unternehmen für sämtliche Folgekosten der Nutzung der Kernenergie begründet. Ein Ende der Haftung ist gem. § 4 GesetzE erst vorgesehen, wenn sämtliche radioaktiven Abfälle vollständig in dem Endlager des Bundes abgeliefert sind und dieses verschlossen wurde. In der Gesamtschau ergibt sich aus dem Gesetzentwurf eine grundlegende Abkehr von den bisherigen Prämissen.

I. Die friedliche Nutzung der Kernenergie und das bisherige finanzielle Vorsorgekonzept

Zur genauen Einordnung der politischen Diskussion sollte der Hintergrund des Einstiegs in die Nutzung der Kernenergie in Deutschland als Ausgangspunkt nicht vollständig übersehen werden. Die Kernenergieerzeugung war kein originäres Anliegen der Energiewirtschaft. In der Energiewirtschaft herrschten vielmehr massive Vorbehalte gegen die damals neue Technologie vor. Der Staat wirkte gezielt auf die damals noch sehr zögerliche Energiewirtschaft ein, um diese zu Investitionen in die neue und aus ihrer Sicht zukunftssträchtige Technologie zu animieren. Im Jahr 1959 traf der Gesetzgeber hierzu die Grundsatzentscheidung für die friedliche Nutzung der Kernenergie, indem er eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz in das Grundgesetz einfügte und das Atomgesetz als formal gesetzliche Grundlage erließ. Dem lag ein Grundkonsens in Gesellschaft und Politik zugrunde, mit der Entwicklung, dem Auf- und dem Ausbau der Kernenergie in Deutschland die Basis für eine gesicherte Stromversorgung zu legen. Dies galt als unentbehrliche Voraussetzung für den wirtschaftlichen und sozialen Wiederaufstieg Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg. Die öffentliche Hand war ursprünglich in erheblichem Umfang an den Energieversorgungsunternehmen, die Kernkraftwerke betreiben, beteiligt – und ist dies teilweise noch heute. Die Frage nach einer gewissen Mitverantwortung der öffentlichen Hand für die Folgekosten des von ihr initiierten Einstiegs in die Kernenergie ist daher nicht völlig fernliegend.

Seit mehr als 40 Jahren haben die Energieversorgungsunternehmen für die Kosten der Stilllegung, des Rückbaus und der Entsorgung Rückstellungen gebildet. Deren Werthaltigkeit haben Wirtschaftsprüfer fortlaufend testiert. Aus staatlicher Sicht wurde dieses Konzept über den gesamten Zeitraum mitgetragen und als tragfähig anerkannt. Zuletzt hat dies der „Stresstest“ der Bundesregierung dem Grunde nach bestätigt, wie sich der „Gutachtlichen Stellungnahme zur Bewertung der Rückstellungen im Kernenergiebereich“ der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Warth & Klein Grant Thornton vom 09.10.2015 entnehmen lässt. Dennoch gibt der Gesetzentwurf die bisherige Konzeption der finanziellen Vorsorge auf.

II. Auswirkungen des Standortauswahlgesetzes

Die sachlich-inhaltlich und zeitlich unbegrenzte Nachhaftung, wie sie der Gesetzentwurf vorsieht, erfährt eine vollkommen unkalkulierbare Dimension. § 1 Abs. 1 GesetzE sieht eine Nachhaftung nicht nur für die gegenwärtigen, sondern auch für sämtliche „zukünftigen öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen eines Betreibers“ vor. Schon bisher zählten zu diesen Zahlungsverpflichtungen alle erforderlichen Aufwendungen für die Stilllegung, den Rückbau, die Zwischen- und Endlagerung. Der Kostenrahmen hierfür war zumindest einigermaßen kalkulierbar, wenn auch niemals der Höhe nach begrenzt. Diese Ausgangssituation hat sich mit dem Standortauswahlgesetz (StandAG) grundlegend geändert. Es wurde ein aufwendiges und vielschichtiges Verfahren für die Standortsuche und –auswahl etabliert, das die Entscheidung für viele Jahrzehnte auf zukünftige Generationen verschiebt. Der tatsächliche zusätzliche Erkenntnis- und Sicherheitsgewinn ist zumindest zweifelhaft. Eine enorme Kostensteigerung ist vorprogrammiert. Vor diesem Hintergrund bestehen auch an der Verfassungsmäßigkeit des StandAG erhebliche einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Zweifel. In zeitlicher Hinsicht verzögern sich die Errichtung, der Betrieb und der abschließende Verschluss des Endlagers so weit in die Zukunft, dass nach allgemeiner Auffassung keine verlässliche Prognose möglich ist, ob das Verfahren noch in diesem Jahrhundert seinen Abschluss findet. Erst zum Ende des Verfahrens mit dem Verschluss des Endlagers soll auch die Nachhaftung gem. § 4 GesetzE enden. Nur unter Einbeziehung dieses zusätzlichen Aspekts können die Auswirkungen und Dimensionen einer sachlich-inhaltlich und zeitlich unbegrenzten Nachhaftung vollständig erfasst werden.

III. Gesellschaftsrechtlicher Systembruch

Der Gesetzentwurf bricht ferner mit allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.

Das System des Kapitalgesellschaftsrechts basiert auf dem Grundgedanken, die Haftung eines Gesellschafters gegenüber Forderungen gegen die Gesellschaft auf die Höhe seiner Einlage zu beschränken. Kapitalgesellschaften sind damit ein bewusst geschaffenes Instrument in unserem Wirtschaftssystem. Es dient als Anreiz für Investitionen. Die Investitionssumme kann dadurch auf eine nahezu unbegrenzte Anzahl an Investoren verteilt werden. Dadurch lassen sich Projekte realisieren, die für einen Einzelnen zu kapitalintensiv oder mit zu großen Risiken behaftet wären. Zu diesem Grundsatz setzt sich der Gesetzentwurf in Widerspruch. Die Haftung des herrschenden Unternehmens wird weit über seine Gesellschaftereinlage erstreckt. Im Ergebnis muss das herrschende Unternehmen nahezu in gleicher Weise für die Verbindlichkeiten der Betriebsgesellschaft einstehen wie diese selbst.

Ähnliches gilt für den gesellschaftsrechtlichen Trennungsgrundsatz. Danach haftet im Außenverhältnis grundsätzlich nur das eigene Vermögen der Gesellschaft. Gläubiger der Gesellschaft können allgemein nicht auf das Vermögen der einzelnen Gesellschafter zugreifen. Dies gilt auch für Gesellschaften, die in einem Konzern eingebunden sind, es sei denn, es besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag oder es liegt ein sog. qualifiziert faktischer Konzern vor. Auch diesen Trennungsgrundsatz löst der Gesetzentwurf auf.

Eine weitere Ausprägung des Grundgedankens der Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftserhaftung hat in dem Institut der Begrenzung der Nachhaftung seinen Niederschlag gefunden. Entsprechende Regelungen finden sich unter anderem in § 133 Umwandlungsgesetz (UmwG) und in § 160 des Handelsgesetzbuches (HGB). Ein Gesellschafter muss bei einer Umwandlung oder einer Übertragung seiner Gesellschaftsanteile auf einen Rechtsnachfolger, bei der damit grundsätzlich auch sämtliche Rechte und Pflichten auf den Rechtsnachfolger übergehen, nur für eine Nachfrist von maximal 5 Jahren für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft – im Sinne einer Nachhaftung – eintreten. Es handelt sich dabei um eine rechtspolitische Grundsatzentscheidung mit fundamentaler Bedeutung für den Wirtschaftsverkehr. Sie soll volkswirtschaftlich sinnvolle Umstrukturierungen erleichtern und die Verkehrsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen fördern.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung bricht mit all diesen grundsätzlichen allgemeinen Systementscheidungen des Gesellschaftsrechts und damit mit den Grundfesten, die als Basis und Voraussetzung für allgemeine Investitionsentscheidungen wirken.

C. RECHTLICHE STELLUNGNAHME

Diese grundlegenden Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen sind in dieser Form mit den grundrechtlichen Vorgaben und den verfassungsrechtlichen Maßgaben des Vertrauensschutzes nicht zu vereinbaren. Dies ergibt sich aus den nachfolgend skizzierten Erwägungen:

I. Grundrechtsbeeinträchtigung der herrschenden Unternehmen

Das Nachhaftungskonzept des Gesetzentwurfs beeinträchtigt in mehrfacher Hinsicht grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der herrschenden Unternehmen.

1. Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG

Das Nachhaftungskonzept des Gesetzentwurfes sieht eine nachhaltige und grundlegende Neugestaltung der Eigentumspositionen des herrschenden Unternehmens vor. Die rechtlichen Rahmenbedingungen hinsichtlich der Gesellschaftsanteile an den Betreibergesellschaften der Kernkraftwerke und den flankierenden Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen werden grundlegend umgestaltet. Die Regelungen entziehen zwar erkennbar keine konkreten Eigentumspositionen. Sie entheben diese Eigentumspositionen jedoch weitgehend jeder privatnützigen Verwendbarkeit und maßgeblicher eigentumsrechtlicher Befugnisse.

Die abstrakte Veräußerungsmöglichkeit, die Verfügungsbefugnis und die eigenverantwortliche Entscheidungsmöglichkeit über die Ausübung all dieser Befugnisse zum privaten Nutzen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in besonderer Weise durch das Eigentumsgrundrecht geschützt. Der Eingriff in diese originären Eigentümerbefugnisse ist spezifischer Weise rechtfertigungsbedürftig.

Auch wenn weder die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an einer Betreibergesellschaft noch die Kündigung der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge unmittelbar untersagt werden, kommt das vorgeschlagene Nachhaftungskonzept in seinen Wirkungen dem Entzug dieser Rechte und Eigentümerbefugnisse faktisch gleich. Schließlich kann durch die Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages sowie durch die Übertragung der Gesellschaftsanteile an einer Betreibergesellschaft die Situation dieser Eigentumspositionen nicht mehr im positiven Sinne gestaltet werden. Solche Maßnahmen verlieren jede eigenständige Privatnützigkeit, da sie nur noch den Verlust jeder Einflussmöglichkeit bewirken, aber zugleich die Einstands- und Haftungspflichten unbegrenzt fortbestehen. Es tritt damit eine Trennung der eigentumspezifischen Verbundenheit von Nutzen und Lasten, von Einflussmöglichkeit und Haftungsverantwortung ein. Das herrschende Unternehmen kann damit nur noch über den Verbleib des Nutzens verfügen, mit den Lasten bleibt es uneingeschränkt auf Ewigkeit verhaftet.

2. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs.1 GG

Diese Aspekte können zugleich unter der Perspektive der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit eingeordnet werden. Die allgemeinen Gestaltungsmöglichkeiten und (Um-)Strukturierungsoptionen sind wesentlicher Bestandteil des Wirtschafts- und Handelsverkehrs. Dies gilt auch und erst recht in der Energiewirtschaft, die unter den vielfältigen und kurzfristigen Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht zuletzt im Zuge der Energiewende schnelle und kurzfristige Anpassungen von Geschäftskonzepten und den damit verbundenen konzern- und gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungsformen erfordert. Die Anpassungsmöglichkeiten werden in berufsspezifischer Weise beschränkt, indem Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge sowie Übertragungen von Anteilen an Betreibergesellschaften im Kernenergiebereich faktisch jeder sinnvollen Umgestaltung entzogen werden. Damit wird das Adaptionspotential an die rechtspolitisch induzierten Veränderungen in der Energiewirtschaft nachhaltig beschränkt.

3. Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG

Angesichts des Bruches mit grundsätzlichen Systementscheidungen des Gesellschaftsrechts berührt das Nachhaftungskonzept auch die grundrechtliche Vereinigungsfreiheit. Wie bereits dargelegt, wird faktisch die bisherige Situation der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge sowie der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an den Betreibergesellschaften im Kernenergiebereich festgeschrieben. Gestaltungen gegenüber der aktuellen Situation sind in privatnütziger Art und Weise nicht mehr möglich. Jede denkbare Handlung führt zu einer Verschlechterung des Status Quo für ein herrschendes Unternehmen. Sinnvolle Umstrukturierungen sind damit ausgeschlossen. Die faktische „Ungestaltbarkeit“ einer Beteiligungssituation an einer Gesellschaft als Vereinigung im grundrechtlichen Sinne ist ein tiefgreifender Eingriff in diese Gewährleistung.

II. Keine hinreichende verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Nachhaftungskonzept des Gesetzentwurfs genügt im Ergebnis nicht den Anforderungen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Es ist mit den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unvereinbar (1), es ist weder erforderlich noch angemessen. Ferner widerspricht es den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Vertrauensschutzes (2). Schließlich ist die Belastungswirkung des Gesetzentwurfs auch gleichheitswidrig ausgestaltet, da ein singuläres und punktuelles Sonderregime geschaffen wird (3).

1. Unverhältnismäßigkeit

Der Gesetzentwurf ist unverhältnismäßig. Die Grundrechtsbeeinträchtigungen, die sich aus seinen Regelungswirkungen ergeben, müssen zur Umsetzung des gesetzgeberisch verfolgten Zwecks unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein. Dabei sind die schutzwürdigen Interessen der Grundrechtsträger und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen, das zugleich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen steht. Die Beeinträchtigungen der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen müssen zur Erreichung des angestrebten – für sich verfassungsrechtlich legitimen – Gemeinwohlzwecks geeignet und erforderlich sein. Der Zweck darf ferner nicht übermäßig belasten und deshalb unzumutbar sein. Dem wird nicht genügt. Dabei wird nicht verkannt, dass dem Gesetzgeber ein nicht unerheblicher Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zusteht, in dessen Rahmen er grundsätzlich seine politischen Vorstellungen verwirklichen kann. Er kann diese auch kurzfristig ändern. Maßnahmen von einer solchen Tragweite und verfassungsrechtlichen Erheblichkeit unterliegen jedoch spezifischen verfassungsrechtlichen Grenzen.

a) Gesetzgeberischer Zweck

Der Ausgangspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die konkrete Ziel- und Zwecksetzung des Gesetzgebers. Diese ergibt sich aus der gesetzgeberisch verfolgten Intention. Nach der Gesetzesbegründung liegt der Zweck des Gesetzentwurfs in einer Begrenzung der *„finanziellen Risiken der öffentlichen Haushalte insbesondere bei einer Insolvenz der Betreibergesellschaft im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Verpflichtung, die Kosten der Stilllegung und des Rückbaus der Kernkraftwerke und der Entsorgung der radioaktiven Abfälle zu tragen“* (BT-Drs. 18/6615, S. 6).

Eine Relativierung des tatsächlichen Gewichts dieser gesetzgeberischen Zweckrichtung ergibt sich aus den Ergebnissen des Gutachtens der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Warth & Klein Grant Thornton *„Gutachtliche Stellungnahme zur Bewertung der Rückstellungen im Kernenergiebereich“* vom 9. Oktober 2015, das durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegeben wurde. Dieses Gutachten stellt ausdrücklich fest, *„dass die EVU [...] in der Summe über ausreichende Vermögenswerte zur Abdeckung der Entsorgungsverpflichtungen verfügen“* (S. 18, Rn. 55). Ferner reichten

die „geschätzten Nettoeinnahmen der EVU insgesamt aus, um die zu erwartenden Entsorgungskosten abdecken zu können“ (S. 19, Rn. 58).

Eine weitere Relativierung dieses gesetzgeberischen Zwecks ergibt sich daraus, dass sich das besondere Bedürfnis für die Absicherung der Finanzierungsverantwortung erst durch das Standortauswahlgesetz ergeben hat. Dieses sieht grundlegende konzeptionelle Änderungen für das Verfahren im Zusammenhang mit der Endlagerung radioaktiver Abfälle vor. Die Kosten für Stilllegung und Rückbau waren und sind seit jeher der Höhe nach kalkulierbar. Erst die Unkalkulierbarkeit des Aufwandes für das komplexe Verfahren nach dem Standortauswahlgesetz und die damit verbundenen finanziellen Lasten über einen ebenfalls nicht eingrenzenden Zeitraum ließen die Grundsatzfrage der Finanzierbarkeit aufkommen. Die konzeptionelle Neuausrichtung des Endlagerkonzepts mag aus politischer Sicht opportun sein. Politische Opportunitäten haben jedoch keine eigene verfassungsrechtliche Erheblichkeit, die eine Grundrechtsbeeinträchtigung in spezifischer Weise rechtfertigen könnte.

b) Fehlende Erforderlichkeit

Auch wenn an der grundsätzlichen Geeignetheit des Nachhaftungskonzeptes für die gesetzgeberischen Zwecke keine Zweifel bestehen, ergeben sich jedenfalls auf der Ebene der Erforderlichkeit grundlegende Einwände.

An der Erforderlichkeit fehlt es insbesondere, wenn mildere, den Grundrechtsträger weniger belastende Mittel zur Verfügung stehen, mit denen die gesetzgeberisch verfolgten Zwecke gleichermaßen effektiv verwirklicht werden können. Das bislang praktizierte System, für die finanziellen Lasten der Stilllegung, des Rückbaus und der Entsorgung Rückstellungen in entsprechender Höhe zu bilden, hat sich seit mehr als 40 Jahren bewährt. Es kam weder zu Beanstandungen, noch zu Ausfällen, die einen konkreten Handlungsbedarf oder ein Abweichen von der bisherigen Struktur rechtfertigten.

Hinzukommt, dass die denkbaren Maßnahmen innerhalb des bestehenden strukturellen Konzepts nicht ansatzweise ausgeschöpft wurden. Die konkrete Ausgestaltung der atomrechtlichen Genehmigungen nach § 7 Abs. 1 Atomgesetz (AtG) sowie das allgemeine atomrechtliche Instrumentarium eröffnen ein breites Spektrum an Handlungsmöglichkeiten, von denen bislang kein Gebrauch gemacht wird. Hintergrund ist, dass nach dem atomrechtlichen Genehmigungsregime eine Genehmigungsvoraussetzung die Zuverlässigkeit in persönlicher Hinsicht ist. Hierzu wird nach im Ergebnis einhelliger Auffassung (bei teilweise divergierender dogmatischer Anknüpfung) auch die wirtschaftliche Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gezählt. Es muss demnach sichergestellt werden, dass sämtliche Verpflichtungen auch in finanzieller Hinsicht erfüllt werden können – einschließlich der Kosten für die Stilllegung, den Rückbau und die Entsorgung.

In den atomrechtlichen Genehmigungen für die einzelnen Kernkraftwerke nach § 7 Abs. 1 AtG finden sich regelmäßig flankierende Nebenbestimmungen, die eine finanziel-

le Zuverlässigkeit sicherstellen. Unter anderem werden die Übertragung von Anteilen an einer Betreibergesellschaft und jeder Gesellschafterwechsel unter die Auflage der vorherigen Zustimmung durch die zuständigen Atomaufsichtsbehörden gestellt. Auch Änderungen der Gesellschaftsverträge der Betreibergesellschaften sind zumeist den Atomaufsichtsbehörden anzuzeigen. Die Mithaftung der herrschenden Unternehmen wird ferner aufgrund entsprechender Nebenbestimmungen an die Abgabe sog. harter Partronatserklärungen geknüpft.

An diesen Pflichtenkreis sind sowohl die Betreibergesellschaften als auch die jeweiligen herrschenden Unternehmen gebunden, ohne dass grundsätzlich eine einseitige Loslösung rechtlich zulässig oder möglich wäre. Verstöße gegen diesen bereits bestehenden atomrechtlichen Pflichtenkreis könnten durch nachträgliche Anordnungen und Verfügungen der Atomaufsichtsbehörden unterbunden und bei Bedarf sanktioniert werden. Auch ein verwaltungsvollstreckungsrechtlicher Zugriff auf die entsprechenden Vermögensmassen ist zur Erfüllung der finanziellen Verpflichtungen denkbar. Dieses gesamte vollzugsrechtliche Instrumentarium nach den bestehenden Genehmigungen und den Befugnissen des Atomgesetzes wurde in der bisherigen Diskussion über den Gesetzentwurf – soweit ersichtlich – nicht berücksichtigt. Die bereits bestehenden Handlungsoptionen über den Verwaltungsvollzug durch die Atomaufsichtsbehörden sind in jeder Hinsicht ein gleich effektives, und dennoch deutlich milderer Mittel für die grundrechtsbetroffenen Betreibergesellschaften und insbesondere die jeweiligen herrschenden Unternehmen.

Auch weitere alternative Maßnahmen werden in der Gesetzesbegründung nicht weiter beleuchtet. Denkbar wäre insbesondere eine Sicherheitsleistung in anderer Form. Zu denken ist an unterschiedliche Ausgestaltungsvarianten der Aussonderung von Vermögenswerten, die zweckgebunden zur Erfüllung der finanziellen Lasten zur Verfügung stehen. Die absolute Mindestanforderung wäre vor diesem Hintergrund die gesetzliche Verankerung einer ausdrücklichen Opt-Out-Möglichkeit im Gesetzentwurf, wenn eine hinreichende Sicherheitsleistung auf andere Art und Weise bereitgestellt wird. Jedenfalls die Möglichkeit eines solchen milderer Austauschmittels kann und darf aus verfassungsrechtlicher Sicht durch ein solches gesetzliches Nachhaftungskonzept, wie es der Gesetzentwurf vorsieht, nicht ausgeschlossen werden.

c) Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Der Gesetzentwurf genügt darüber hinaus auch nicht den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Im Rahmen der Gesamtabwägung sind sämtliche widerstreitenden Interessen und Belange zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Dabei sind das Gewicht und die Erheblichkeit der verfolgten gesetzgeberischen Zwecke, die zu berücksichtigenden objektiven Verfassungsgüter und die subjektiven Grundrechtspositionen in ein angemessenes Verhältnis zu setzen. Die ‚Grenze der Zumutbarkeit‘ ist nach diesen Maßstäben unter mehreren Gesichtspunkten überschritten.

aa) Gewichtung des gesetzgeberischen Zwecks

Die Gewährleistung der finanziellen Leistungsfähigkeit für die Kosten der Stilllegung, des Rückbaus und der Entsorgung blieben in der Vergangenheit ohne Beanstandung und haben sich dem Grunde nach bewährt. Auch perspektivisch ergibt sich kein konkreter Anknüpfungspunkt für Zweifel an der Funktionsfähigkeit des bisherigen Systems. Dies hat die im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie abgegebene gutachtliche Stellungnahme von Warth & Klein Grant Thornton vom 9. Oktober 2015 dem Grunde nach bestätigt. Es fehlt an einer tatsächlichen Grundlage für die Annahme eines verfassungsrechtlich induzierten Handlungsgebots. Das gesetzgeberische Anliegen ist zwar im Ausgangspunkt legitim. Ihm fehlt jedoch ein spezifischer Anknüpfungspunkt im Tatsächlichen, der eine Pflicht oder auch nur eine Obliegenheit zu einem gesetzgeberischen Tätigwerden begründen könnte. Der Gesetzeszweck leitet sich damit aus einem an sich anerkennenswerten politischen Gestaltungswillen ab, dem jedoch jedes darüber hinausgehende verfassungsrechtliche Gewicht fehlt. Dies ist von grundlegender Bedeutung für die weitergehende Gewichtung bei der Abwägung mit den im Übrigen berührten und beeinträchtigten Rechtsgütern.

bb) Intensität der grundrechtlichen Beeinträchtigungen

Zu berücksichtigen ist ferner die – zumindest potentielle – Belastungsintensität der Grundrechtsbeeinträchtigung. Der Gesetzgeber kreiert ein punktuell beschränktes Gesellschaftssonderrecht für den Kernenergiebereich. Die Haftung ist sachlichinhaltlich und zeitlich unbegrenzt. Der genaue Haftungsumfang damit unabsehbar. Der Gesetzentwurf selbst geht von einer „*Verfügbarkeit eines Endlagers [...] frühestens um das Jahr 2050*“ aus und rechnet „*für die anschließende Einlagerung und den Verschluss des Endlagers [...] mit Jahrzehnten*“ (BT-Drs. 18/6615, S. 6). Der Verschluss des Endlagers als zeitliche Beschränkung der Haftung gemäß § 4 GesetzE ist für dieses Jahrhundert nicht sicher prognostizierbar. Aus marktwirtschaftlicher Perspektive kommt dies einer Ewigkeitshaftung gleich.

Eine derart unbegrenzte Durchgriffshaftung auf ein herrschendes Unternehmen ohne jede Lösungsmöglichkeit – selbst durch anderweitige Sicherheitsleistung – ist beispiellos. Jede sinnvolle Umstrukturierungsmöglichkeit innerhalb der betroffenen Energieversorgungskonzerne wird dauerhaft ausgeschlossen. Die Betreibergesellschaften sind faktisch unveräußerlich, die bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge unkündbar, die bestehende gesellschaftsrechtliche Lage im Wesentlichen unveränderlich. Welche Auswirkungen eine solche Haftungssituation auf das Rating und die künftige Aktienbewertung für die herrschenden Energieversorgungsunternehmen haben könnte, kann derzeit nicht beurteilt werden. Existenzbedrohende Folgen sind nicht ausgeschlossen.

cc) Überschreitung der Grenzen der Zumutbarkeit

Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass eine vollkommen unlimitierte Einstandspflicht die verfassungsrechtlichen Grenzen der Zumutbarkeit überschreitet.

Insbesondere zur Haftung des Grundstückseigentümers für Altlasten nach dem Bundesbodenschutzgesetz hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 102, 1) ausdrücklich eine Begrenzung von Haftungshöhen und Haftungszeiträumen als verfassungsrechtliches Gebot geprägt. Es fordert dort eine grundsätzliche Begrenzung des Haftungsumfanges auf den Verkehrswert des betroffenen Grundstückes, von dem die Altlastengefahren ausgehen. Eine darüber hinausgehende Haftung mit dem gesamten Vermögen ist grundsätzlich auszuschließen, es sei denn, der Grundstückseigentümer hat die Altlasten selbst verursacht oder zumindest wissentlich und willentlich in Kauf genommen. Und selbst unter derartigen Umständen erachtet es das Bundesverfassungsgericht nicht als zumutbar, den Eigentümer *„unbegrenzt für eine Sanierung einstehen zu lassen, d. h. auch mit Vermögen, das in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück steht.“* Zusätzliche Haftungsmassen können allenfalls dann in Anspruch genommen werden, wenn diese Vermögensbestandteile eine funktionale Einheit mit dem betroffenen Grundstück darstellen.

In ähnlicher Weise hat das Bundesverfassungsgericht auch in seiner Entscheidung zum rheinland-pfälzischen Denkmalschutzgesetz festgestellt, dass eine Norm bereits dann verfassungswidrig ist, wenn sie unverhältnismäßige Belastungen nicht ausschließt und keinerlei Vorkehrungen zur Vermeidung derartiger Beeinträchtigungen und Beschränkungen enthält (BVerfGE 100, 226).

Aus diesen Maßstäben ergibt sich, dass mit dem Nachhaftungskonzept des Gesetzesentwurfs die absolute verfassungsrechtliche Zumutbarkeits- und Belastungsschwelle überschritten ist. Eine hinreichende betragsmäßige Eingrenzbarkeit dürfte noch für die Kosten der Stilllegung und des Rückbaus anzunehmen sein, da hierzu entsprechende Erfahrungswerte vorliegen und nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Überschreitung der Belastungsgrenze nahezu ausgeschlossen oder jedenfalls unwahrscheinlich ist. Anders sieht es demgegenüber mit den Entsorgungskosten aus. Bereits für die Endlagerstandorte Konrad und Gorleben haben die betroffenen Energieversorgungsunternehmen über entsprechende Vorausleistungen Beträge in Milliardenhöhe aufgebracht. Obwohl nach den vorliegenden Erkenntnissen aus der Erkundung des Salzstockes in Gorleben keine Zweifel an der Eignungshöflichkeit angebracht sind, hat der Gesetzgeber mit dem Standortauswahlgesetz eine in zeitlicher und betragsmäßiger Hinsicht unkalkulierbare potentielle Kostenlast verursacht, um politischen Opportunitätserwägungen Rechnung zu tragen. Jedenfalls mit der unbegrenzten Überwälzung dieser Kostenlast ist die verfassungsgerichtliche Obergrenze der Zumutbarkeit eindeutig überschritten. Dabei kann dahinstehen, ob

als absolute Obergrenze auch in diesem Fall auf den Verkehrswert der Kernkraftwerke im Stilllegungszeitpunkt unter Berücksichtigung der nach technischen Gesichtspunkten international anerkannten Restlebensdauer der Anlage abzustellen ist oder ob aufgrund besonderer Umstände zusätzliche korrigierende Faktoren einfließen können. Jedenfalls eine unabsehbare und unbegrenzte Haftung hätte für das herrschende Unternehmen eine potentiell erdrosselnde Wirkung, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen unter keinen Umständen genügen kann.

2. Missachtung der Grundsätze des Vertrauensschutzes

Die Regelungen des Gesetzentwurfs enttäuschen zudem in verfassungswidriger Weise das schutzwürdige Vertrauen der betroffenen Betreibergesellschaften und der jeweiligen herrschenden Unternehmen.

a) Rückwirkung

Die Bildung der entsprechenden Rückstellungen für die Kosten der Stilllegung, des Rückbaus und der Entsorgung über den vorgesehenen Zeitraum von 25 Jahren ist bereits vollständig abgeschlossen und entsprechend testiert worden. Der Gesetzentwurf entwertet diese bereits abgeschlossenen Dispositionen zur Sicherstellung der Finanzierungsverantwortung. Dabei kann im Ergebnis dahinstehen, ob insofern nach den verfassungsgerichtlichen Kategorien sogar ein Fall der echten Rückwirkung vorliegt. Es handelt sich zumindest um einen Fall der unechten Rückwirkung, der tatbestandlich an die Vergangenheit anknüpft und bereits begründetes schutzwürdiges Vertrauen enttäuscht.

b) Besondere Vertrauenstatbestände wegen konkret verfestigter Vermögensdispositionen

Jenseits dieser Kategorien erkennt das Bundesverfassungsgericht zunehmend auch sogenannte „besondere Vertrauenstatbestände“ an, die erhöhte Anforderungen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung auch jenseits der Kategorien der „echten“ und „unechten“ Rückwirkung unterliegen (BVerfGE 102, 68; 122, 374; 127, 1; 127, 31; 127, 61; 132, 302). Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine „konkret verfestigte Vermögensposition“ begründet wurde oder sich das Vertrauen auf eine bestehende Rechtslage durch eine verbindliche und regelmäßig nicht ohne weiteres rückgängig zu machende Vermögensdisposition manifestiert hat. Ein enttäushtes schutzwürdiges Vertrauen in die bisherige Rechtslage ist unter diesen Umständen nur dann hinzunehmen, wenn besondere, gerade die Rückanknüpfung rechtfertigende öffentliche Interessen unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit vorliegen, die über das allgemeine Änderungsinteresse hinausgehen. Das öffentliche Interesse muss die spezifische Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens und die rückwirkende Entwertung vollständig aufwiegen. An diesen Voraussetzungen fehlt es hier:

c) Nachhaltige Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens

Die Betreibergesellschaften und die herrschenden Unternehmen haben auf vielfältige Weise schutzwürdige Vermögensdispositionen getätigt. Sie bildeten nach dem bisherigen System entsprechende Rückstellungen, deren Werthaltigkeit durch Testate von Wirtschaftsprüfern bestätigt ist und durch die öffentliche Hand faktisch anerkannt wurde. Sie bezogen ihre bisherigen Planungen auf die voraussehbaren finanziellen Belastungen für die Stilllegung, den Rückbau und die Entsorgung. Teilweise haben die herrschenden Unternehmen harte Patronatserklärungen abgegeben, um die Verbindlichkeiten der Betreibergesellschaften abzusichern. Gleichzeitig gestalteten sie ihre gesellschaftsrechtlichen Strukturen und die Einbindung der Betreibergesellschaften im jeweiligen Konzern einschließlich der herrschenden Unternehmen nach ihren unternehmensstrategischen Bedürfnissen und unter Berücksichtigung sämtlicher regulatorischer Rahmenbedingungen des Atom- und Strahlenschutzrechts sowie der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben.

Und erst recht erfolgte der ursprüngliche Einstieg gegen die Nutzung der Kernenergie, der ausdrücklich auf staatliche Initiative und im gesamtwirtschaftlichen Interesse einer sicheren Energieversorgung nach dem 2. Weltkrieg zurückging, im Vertrauen auf eine überschaubare und kalkulierbare Lastentragung im Zusammenhang mit Stilllegung, Rückbau und Entsorgung. Mit dem Verfahren nach dem Standortauswahlgesetz wird jedoch die gesamte Phase der Endlagersuche, -erkundung, -errichtung, -inbetriebnahme, -einlagerung und der endgültige Verschluss immens verzögert. Gerechnet vom Stilllegungszeitpunkt des letzten Kernkraftwerks – nach der aktuellen Gesetzeslage mit Ablauf des Jahres 2022 – wird diese Phase insgesamt einen Zeitraum in Anspruch nehmen, der länger dauert als die gesamte Kernenergienutzung in Deutschland. Dies ist verbunden mit den entsprechenden Folgekosten aufgrund der politischen Opportunitätserwägungen. Unter derartigen Rahmenbedingungen wäre kein Unternehmen bereit gewesen, Investitionen in die Kernenergie zu tätigen und in diese Technologie einzusteigen.

Es liegt damit ein Fall einer mehrschichtigen Begründung schutzwürdigen Vertrauens durch unterschiedliche vermögenswerte Dispositionen zugrunde, die jede für sich nicht mehr rückgängig zu machen sind und denen durch den Gesetzentwurf nachträglich die Grundlage entzogen wird. Alle diese Vermögensdispositionen entsprachen jeweils dem staatlich gewünschten und durch die regulatorischen Rahmenbedingungen veranlassten Verhalten. Die bloße Änderung dieser Rahmenbedingungen ist für sich kein spezifisches eigenes gesetzgeberisches Änderungsinteresse, die diese Entwertung schutzwürdig begründeter Vertrauensdispositionen aufwiegen könnte. Die Maßgaben des Standortauswahlgesetzes für das Auswahlverfahren schufen eine potentiell nahezu uferlose finanzielle Kostenlast. Unter diesen Umständen auf eine unzureichende Sicherung des bisherigen Haftungskonzepts zu schließen und deshalb eine erdrosselnde Haftungskonzeption mit dem Gesetzentwurf einführen zu wollen, ist in der Sache widersprüchlich und treuwidrig und damit in dieser Tragweite verfassungsrechtlich nicht begründbar.

3. Gleichheitswidrige Belastungswirkung

Schließlich ergibt sich aus dem Gesetzentwurf eine gleichheitswidrige Ausgestaltung der Belastungswirkung.

Dabei kann im Ergebnis dahinstehen, ob für die unterschiedlichen grundrechtsbetroffenen Betreibergesellschaften und die jeweils herrschenden Unternehmen bezüglich der einzelnen Kernkraftwerke eine unterschiedliche Belastungswirkung eintritt. Denn eine solche unterschiedliche Belastung könnte man aus Gründen der regelungstechnischen Handhabbarkeit und Vereinfachung noch für verfassungsrechtlich zulässig halten.

Anders liegen die Umstände jedoch für die bereichsspezifische Begründung eines absoluten gesellschaftsrechtlichen und zivilrechtlichen Sonderregimes für den Kernenergiebereich. Es lassen sich beliebig andere Branchen identifizieren, in denen vergleichbare Risikopotentiale angelegt sind. Vielfach bestehen dabei nicht einmal annähernd mit dem Atomrecht vergleichbare Anforderungen und erst recht keine vergleichbar umfassenden Haftungssysteme. Exemplarisch zu nennen sind hier Anlagen der Großchemie, der erdölverarbeitenden Industrie und der Infrastruktur. Bei einer isolierten Betrachtung der generellen Haftungsrisiken sind ferner der Banken- und Finanzsektor sowie die Versicherungsbranche zu erwähnen. Das Ausmaß der gesamtgesellschaftlichen Verantwortung für mögliche Haftungsrisiken ist in diesen Bereichen ohne weiteres vergleichbar. Ein auch nur annähernd analog ausgestaltetes zivil- und gesellschaftsrechtliches Sonderregime ist dennoch für keine dieser Branchen bislang politisch angedacht. Nachvollziehbare Gründe für diese singuläre und gleichheitswidrige Sonderbelastung der Kernenergie sind weder ersichtlich, noch in der Gesetzesbegründung im Ansatz erkennbar.

D. FAZIT

Das Nachhaftungskonzept des Gesetzentwurfs genügt in mehrfacher Hinsicht nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Er ist mit den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unvereinbar, er ist weder erforderlich noch angemessen. Ferner widerspricht er den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Vertrauensschutzes. Schließlich ist die Belastungswirkung des Gesetzentwurfs auch gleichheitswidrig ausgestaltet, da ein singuläres und punktuelles Sonderregime geschaffen wird.

* * * * *



Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich (Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz – Rückbau- und Entsorgungskostennach- haftungsG; BT-Drs. 18/6615)

anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses
für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
am 23. November 2015 in Berlin

Prof. Dr. Wolfgang Irrek
Hochschule Ruhr West
Campus Bottrop
Postfach 10 07 55
45407 Mülheim an der Ruhr
Tel. +49 [0]208 882 54-838 (-836)
Fax +49 [0]208 882 54-869
Email: wolfgang.irrek@hs-ruhrwest.de

Bottrop, 19. November 2015

Vorbemerkung

Die vorliegende Stellungnahme basiert auf einer langjährigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung des Verfassers mit Fragen der Finanzierung von Stilllegung, Rückbau und Entsorgung und mit weiteren ökonomischen Aspekten der Nutzung der Atomenergie in Deutschland, weiteren EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz. Zentrale Veröffentlichungen in diesem Zusammenhang seit 1996 sind:

Irrek, Wolfgang; Vorfeld, Michael (2015): Liquidität und Werthaltigkeit der Anlage der freien Mittel aus der Bildung von Rückstellungen für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der Atomkraftwerke; 2. Korrektur einer Kurzstudie vom 15. Juli 2015 zu Händen der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen im Deutschen Bundestag, 10. Oktober 2015, Wuppertal

Däuper, Olaf; Fouquet, Dörte; Irrek, Wolfgang; et al. (2014): Finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich – Etwaige Risiken des Status quo und mögliche Reformoptionen, Gutachten der Rechtsanwaltskanzlei BBH [Becker Büttner Held] im Auftrag des BMWi, Berlin

Irrek, Wolfgang (2014): Die Ewigkeitslasten der deutschen Atomindustrie, anti atom aktuell, 242, 14-17

Irrek, Wolfgang (2009): Improving financing schemes for nuclear decommissioning and radioactive waste management in European member states and at EU level. In: Davies, Christophe (Hrsg.): Euradwaste '08 : Community policy and research & training activities ; seventh European Commission Conference on the Management and Disposal of Radioactive Waste. - Luxembourg : Publications Office of the Europ. Union, 527-531

Irrek, Wolfgang (2009): Was kostet die Kernenergie: Von den „wahren“ Kosten der Kernenergie - gibt es sie? Lassen sie sich bestimmen? Wovon hängen sie ab? In: Neue Atomkraftwerke in der Schweiz - Fehlinvestition oder Goldesel? : Fachtagung, 12. September 2008, Zürich. - Zürich : Schweizerische Energie-Stiftung, 40-52

Irrek, Wolfgang; et al. (2007): Comparison among different decommissioning funds methodologies for nuclear installations, Final Report on behalf of the European Commission Directorate-General Energy and Transport, H2, Service Contract TREN/05/NUCL/S07.55436, Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie, et al., Wuppertal

Irrek, Wolfgang (2005): Development of jobs and supporting measures at nuclear power plant sites in the context of decommissioning. In: Tagungsbericht : Jahrestagung Kerntechnik 2005 ; 10. - 12. Mai 2005, Meistersingerhalle Nürnberg. - Berlin : INFORUM-Verl. u. Verwaltungsges., S. 594-599

Irrek, Wolfgang (2002): Reducing market distortions by setting harmonized standards for decommissioning and waste management funds in Europe. In: International Conference on Safe Decommissioning for Nuclear Activities : assuring the safe termination of practices involving radioactive materials ; contributed papers ; Berlin, Germany, 14 – 18 October 2002. - Vienna : Internat. Atomic Energy Agency, S. 366-371

Irrek, Wolfgang; Hennicke, Peter; et al. (2000): Kernkraftwerksscharfe Analyse im Rahmen des Projekts „Bewertung eines Ausstiegs aus der Kernenergie aus klimapolitischer und volkswirt-

schaftlicher Sicht – Zusatzauftrag: Kernkraftwerks- und unternehmensscharfe Analyse“, Endfassung des überarbeiteten Berichts von Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie GmbH und Öko-Institut e. V. zu Teil I des Zusatzauftrages im Auftrag des BMU, Ufoplan 99 FKZ 999 41 802, Wuppertal et al.

Irrek, Wolfgang (1996): Volkswirtschaftliche Vorteile und höhere Finanzierungssicherheit durch einen Stilllegungs- und Entsorgungsfonds : eine Untersuchung der Bildung und Verwendung von Rückstellungen für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung im Kernenergiebereich, Wuppertal : Wuppertal Inst. für Klima, Umwelt, Energie

Auf dieser Basis beantwortet die vorliegende Stellungnahme die aufgeworfenen Fragestellungen aus **ökonomischer Perspektive**. Fragestellungen, die eher juristische Aspekte betreffen, können leider nicht beantwortet werden. Insbesondere kann der Verfasser dieser Stellungnahme keine Aussagen zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzesentwurfs tätigen.

1 Ökonomische Argumente zum Gesetzentwurf

Die konsequente Implementierung des Verursacherprinzips ist ökonomisch notwendig, um eine effiziente Allokation der Ressourcen zu erreichen. Sie wirkt damit wohlfahrtssteigernd. Dabei müssen im Falle des Betriebs einer Atomanlage die politischen Rahmenbedingungen so gesetzt werden, dass alle durch den Leistungsbetrieb bedingten heutigen und zukünftigen Auszahlungen durch die vom Leistungsbetrieb profitierenden Unternehmen gedeckt und als Aufwand bzw. Kosten dem Leistungsbetrieb zugerechnet werden. Für zukünftig erwartete Auszahlungen erfolgt die Zurechnung zum Leistungsbetrieb prinzipiell durch die Rückstellungsbildung.

Das Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG unterstützt, dass die vom Leistungsbetrieb profitierenden Muttergesellschaften der Kernkraftwerksbetreiber für nachfolgend notwendige Auszahlungen herangezogen werden können, unabhängig davon, zu welcher Gesellschaft die Kraftwerke nach ihrem Leistungsbetrieb gehören.

Auszahlungen, die auch nach Ende des Leistungsbetriebs anfallen können, sind Auszahlungen für Nachbetrieb, Stilllegung und Rückbau, Auszahlungen für die langfristige Sicherung des radioaktiven Materials („Ewigkeitslasten“) und Auszahlungen für die etwaige Begleichung von Schäden, die durch nukleare Ereignisse und infolge der ionisierenden Strahlen einer Strahlenquelle im Betrieb eines Kraftwerks oder danach verursacht werden.

Die „normalen“ Kosten des Rückbaus sind relativ gut abschätzbar, so lange jedenfalls keine unerwarteten Ereignisse auftreten wie beispielsweise die nicht vorhergesehene, radioaktiv verstrahlte Kondensnässe im Sockelbereich des Reaktorgebäudes des Atomkraftwerks Stade. Die atomrechtliche Deckungsvorsorgeverordnung greift nur für einen sehr kleinen Anteil möglicher Schadenskosten durch ein nukleares Ereignis; hier ist zudem unklar, wie die Deckungsvorsorge nach dem Ende der Solidarvereinbarung ab 27. April 2022 mit Blick auf mögliche Ereignisse bei Stilllegung, Rückbau, Zwischenlagerung und Transporten erfüllt werden soll. Hinsichtlich der Kosten für die langfristige Sicherung des radioaktiven Materials existieren folgende Probleme, die aufgrund der mit der langfristigen Sicherung einhergehenden atomaren Risiken für zukünftige Generationen ein besonderes staatliches Eingreifen ökonomisch rechtfertigen:

- 1. Die Kosten können in ihrer Höhe derzeit nicht zuverlässig abgeschätzt werden.**
- 2. Es ist unklar, wann genau Auszahlungen anfallen.**

Dabei stellt sich hinsichtlich der Abschätzung der Kosten für die langfristige Sicherung des radioaktiven Materials nicht die von Wolfers et al. (2015) aufgeworfene Frage, ob der Staat oder ob die Atomkraftwerksbetreiber die größere Schuld daran haben, dass es bislang hierfür keine Lösung gibt, die den Sicherheitsanforderungen unserer Gesellschaft genügt. Fakt ist, dass es bislang kein überzeugendes, gesellschaftlich akzeptier-

tes, technisches Konzept gibt (hier konkurrieren Konzepte wie z. B. die Lagerung in tiefen Bohrlöchern mit Konzepten mit wieder rückholbaren Abfällen und Konzepten, die keine Rückholbarkeit vorsehen). Eine von Einzelinteressen der Beteiligten unabhängige, ernsthafte, tiefergehende Beschäftigung mit dieser Problematik hat bis heute kaum stattgefunden. Ökonomisch nicht zur Diskussion steht, dass entsprechend des Verursacherprinzips und wie in der Endlagervorausleistungsverordnung verankert die Abfallverursacher ihre Kostenbeiträge zahlen müssen. Wie hoch diese Kosten einmal sein werden und wann genau die Auszahlungen anfallen werden, ist offen bzw. wird vom noch zu erarbeitenden technischen Sicherungskonzept abhängen. Die bisherigen Kostenschätzungen basieren noch „auf Projektkostenermittlungen für das früher geplante Endlager Gorleben aus den 1990er Jahren“ (Warth & Klein Grant Thornton 2015, 7).

Es geht auch nicht darum, ob die auf derartigen Kostenschätzungen basierenden, derzeit erwarteten Verpflichtungshöhen in den Bilanzen der Betreiberunternehmen korrekt inflationiert und diskontiert als Rückstellungen ausgewiesen sind und ob die Unternehmen ein adäquates System der Liquiditätssicherung installiert haben. Daran besteht kein Zweifel (vgl. auch Warth & Klein Grant Thornton 2015, die allerdings die Höhe Diskontierungszinssätze kritisch diskutiert haben).

Vielmehr geht es allein darum, inwieweit sichergestellt ist, dass die Unternehmen zukünftig genügend Cashflow generieren, um die in den nächsten Jahrzehnten anfallenden Rechnungen bezahlen zu können, und inwieweit auf diesen Cashflow, alternativ auf entsprechend liquidierbare Vermögenswerte oder auf Außenfinanzierungen der Unternehmen z. B. über Kredite zugegriffen werden kann.

Wie Wolfers et al (2015, 63) richtig zitieren, haben wir kurzfristig daran keinen Zweifel. Größere Auszahlungen sind aber erst in einigen Jahren und Jahrzehnten fällig. Warth & Klein Grant Thornton (2015, 100) schätzen: „Das Risiko, dass über die Gesamtdauer der Entsorgung ... eine Unterdeckung eintritt, liegt ... deutlich über 25%“. Auch wenn die Methodik, die dieser Abschätzung zugrunde liegt, höchst fragwürdig ist, besteht kein Zweifel daran, dass die Insolvenzgefahr für die großen Energiekonzerne nicht zu vernachlässigen ist, unabhängig davon, ob eine öffentlich-rechtliche Fondslösung installiert wird oder nicht. Unsere Analyse am Beispiel von RWE und E.ON hat gezeigt (Irrek/Vorfeld 2015):

- a) Die Möglichkeiten von E.ON und RWE, Aktivitäten zum Rückbau und zum Umgang mit den Ewigkeitslasten im Atombereich mit Fremdkapital zu finanzieren, sinken angesichts immer schlechter werdender Credit Ratings und relativ hoher Verschuldungsgrade, insbesondere beim RWE.
- b) Die operativen Renditen der Energiekonzerne sind in den letzten Jahren stark gesunken und zum Teil negativ; die Umsätze und EBITDA sind in den meisten Geschäftssegmenten von E.ON und RWE ebenfalls im Vergleich zum Vorjahr gesunken. Bei den fossilen Kraftwerken ist keine Verbesserung der Margen vor 2018 in Sicht. Im Erneuerbaren Energien-Bereich sinken die Vergütungssätze und steigt der Wettbewerb. Das Energiedienstleistungsgeschäft erbringt noch keine wesentli-

chen Ergebnisbeiträge. Es besteht das Risiko, dass sich die internationalen Aktivitäten der Konzerne in den nächsten Jahren nicht besser entwickeln als in den letzten Jahren. Es ist daher insgesamt nicht gesichert, dass der Cashflow der nächsten Jahre ausreichen wird, um notwendige Aufzinsungen und etwaige Erhöhungen der Rückstellungen aufgrund neuer Kostenschätzungen zu finanzieren und Aktivitäten zum Rückbau und zur langfristigen Sicherung des radioaktiven Materials bezahlen zu können.

- c) Für eine Finanzierung aus Vermögensumschichtung sind die Aktiva der Unternehmen genauer zu betrachten, insbesondere die Sachanlagen, Beteiligungen, Finanzanlagen und – soweit sie nicht zur Deckung kurzfristiger Verbindlichkeiten benötigt werden – auch die liquiden Mittel. Die kurzfristig zur Verfügung stehenden Finanzmittel reichen alleine nicht aus, die gesamten Nettorückstellungen aus dem Atombereich zu decken. Der Wert der technischen Anlagen und Maschinen sowie der Beteiligungen von E.ON und RWE ist in 2014 gegenüber dem Vorjahr zum Teil deutlich gesunken. Es bestehen Risiken, dass sich dieser Trend fortsetzen oder gar verstärken wird, wie die jüngsten Zahlen von E.ON zum letzten Quartalsschluss zeigen.
- d) Zudem sind die Verpflichtungen im Atombereich nicht die einzigen, die von den Konzernen zu decken sind.

Eine Abspaltung von Konzernteilen mit Verschiebung der Atomkraftwerke in eine neue Gesellschaft (wie von E.ON mit Uniper ursprünglich geplant) erhöht das Risiko, dass zukünftig erforderliche Auszahlungen nicht getätigt werden können, da dann derselben nuklearen Verpflichtungshöhe ein geringerer Cashflow und ein geringerer Bestand an Aktiva gegenüberstehen wird.

Das geplante Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG ermöglicht, dass auch nach einer Abspaltung von Konzernteilen das Unternehmen, das vom Leistungsbetrieb profitiert hat, zur Begleichung notwendiger Zahlungen herangezogen werden kann, sollte die abgespaltene Gesellschaft ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen können. **Da hiermit das Verursacherprinzip im dargestellten Sinne gestärkt wird, ist der Gesetzentwurf aus ökonomischer Sicht zu befürworten.** Dies gilt generell und unabhängig von der Frage, wem das vom Leistungsbetrieb profitierende Unternehmen gehört, ob dies in privater oder in öffentlicher Hand ist.

2 Stellenwert des Gesetzentwurfs

Aufgrund der dargestellten Problemlage besteht die Gefahr, dass der Cashflow und die verfügbaren Vermögenswerte der Energiekonzerne Jahr für Jahr weniger ausreichen werden, die langfristigen Verpflichtungen im Atombereich und darüber hinausgehende Verpflichtungen zu decken. Daher kann der hier zur Diskussion stehende Gesetzentwurf **nur ein erster Baustein auf dem Weg zu einer substanziellen Erhöhung der Finanzierungssicherheit** sein.

Darüber hinaus sollten in den nächsten Jahren Vermögenswerte der Konzerne in einen Fonds in Form einer **öffentlich-rechtlichen Stiftung** übertragen und gesichert werden, um für zukünftig erforderliche Zahlungen für Rückbau und Ewigkeitslasten als liquidierbare Masse zur Verfügung zu stehen. Dabei sollten die Betreiber durch die Übertragung an den externen Fonds nicht aus ihrer Verantwortung für Rückbau und Ewigkeitslasten entlassen, sondern eine Nachschusspflicht für den Fall nicht ausreichender Fondsmittel verankert werden. Um Risiken für die Fondsverwaltung zu diversifizieren und den Betreibern die Übertragung möglich zu machen, sollte nicht allein die Übertragung von Wertpapieren und Zahlungsmitteln verlangt, sondern auch die Übertragung von Eigentum an Sachanlagen und Beteiligungen im Netz- und ggf. Energievertriebsbereich erlaubt sein. Die Vermögenswerte sollten innerhalb von fünf Jahren übertragen werden. Ein längerer Übertragungszeitraum beinhaltet größere Risiken des weiter gehenden Substanzverlusts. Das Risiko der Insolvenz der Konzerne lässt sich weder bei einer fünfjährigen, noch bei einer längeren Übertragungsfrist vollständig ausschließen, allerdings auch nicht bei einem Beibehalten der bisherigen Rückstellungspraxis ohne die Schaffung einer externen Fondslösung.

Bezüglich der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer solchen öffentlich-rechtlichen Stiftungslösung als möglichen weiteren gesetzlichen Schritt sei hier beispielsweise auf Mutius (1996) und Jasper (1999) und entsprechende Diskussionen um die Gesetzentwürfe zur Schaffung einer solchen Fondslösung von 1997/98 verwiesen (Schönberger et al. 1998; Scheer et al. 1997; vgl. aber auch Gaßner 2013).

Aufgrund des berechtigten öffentlichen Interesses an einer langfristig sicheren Lösung sollte im Zuge der Schaffung einer solchen Fondslösung die **Transparenz** der Finanzierungsvorsorge erhöht werden. Warth & Klein Grant Thornton (2015) haben erstmalig die aggregierten Kostenschätzungen der Betreiber öffentlich gemacht. Um die Finanzierungsrisiken für die Allgemeinheit überhaupt abschätzen zu können, sollte das gesamte System der Kostenschätzungen und Rückstellungsbildungen – wie auch in anderen Ländern üblich – kraftwerksscharf in ausreichender Differenzierung transparent gemacht und von unabhängiger Seite überprüft werden.

3 Quellen

- Däuper, Olaf; Fouquet, Dörte; Irrek, Wolfgang; et al. (2014): Finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich – Etwaige Risiken des Status quo und mögliche Reformationsoptionen, Gutachten der Rechtsanwaltskanzlei BBH [Becker Büttner Held] im Auftrag des BMWi, Berlin
- Gaßner, Hartmut (2013): Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Entsorgungsfonds im Auftrag des BfS (Bundesamt für Strahlenschutz), Berlin
- Irrek, Wolfgang (1996): Volkswirtschaftliche Vorteile und höhere Finanzierungssicherheit durch einen Stilllegungs- und Entsorgungsfonds : eine Untersuchung der Bildung und Verwendung von Rückstellungen für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung im Kernenergiebereich, Wuppertal : Wuppertal Inst. für Klima, Umwelt, Energie
- Irrek, Wolfgang; Vorfeld, Michael (2015): Liquidität und Werthaltigkeit der Anlage der freien Mittel aus der Bildung von Rückstellungen für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der Atomkraftwerke; 2. Korrektur einer Kurzstudie vom 15. Juli 2015 zu Händen der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen im Deutschen Bundestag, 10. Oktober 2015, Wuppertal
- Jasper, Maren (2008): Die Finanzierung der Stilllegung von Kernkraftwerken, Eine Studie aus der Perspektiven des deutschen und europäischen Wirtschaftsrechts, Schriftenreihe des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V., Band 28, zugl. Dissertation an der Humboldt-Universität, Berlin
- Mutius, Albert von (1996): Schreiben vom 4. März 1996 an die Energiestiftung Schleswig-Holstein mit angehängtem Aktenvermerk zur rechtlichen Prüfung einer öffentlich-rechtlichen Fondslösung durch Monika Tönnies im Diskussionspapier von Irrek (1996, a.a.O.), Kiel
- Scheer, Hermann; et al. (1997): Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung der frei verwendbaren Rückstellungen für die Folgekosten der Kernenergienutzung, Bonn
- Schönberger, Ursula; et al. (1998): Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung zur Verwaltung von Rückstellungen, die für die Stilllegung und den Abbau von Atomanlagen gebildet werden (Rückstellungsgesetz – RückstG), Gesetzesentwurf auf Basis eines Vorschlags von Prof. Dr. A. von Mutius, Bonn
- Warth & Klein Grant Thornton (2015): Gutachterliche Stellungnahme zur Bewertung der Rückstellungen im Kernenergiebereich im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), 9. Oktober 2015, o. O.

Wolfers, Benedikt; et al. (2015): Stilllegung und Entsorgung Kernenergie, Rechtsgutachten von Freshfields Bruckhaus Deringer zur finanziellen Vorsorge für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung in der Kernenergiewirtschaft, 11. November 2015, o. O.



Schriftliche Stellungnahme Dr. Olaf Däuper
Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und
Energie zum Entwurf eines Gesetzes zur Nachhaftung für
Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich, BT-
Drs. 18/6615

Inhalt

I.	Überblick über den wesentlichen Gesetzesinhalt.....	1
1.	Fortschreibung des Status Quo	2
2.	Subsidiarität des Reg-E	2
3.	Akzessorietät des Reg-E.....	3
4.	Keine Ewigkeitshaftung	4
II.	Einzelne Diskussionspunkte zum Reg-E.....	4
1.	Stilllegungs- und Rückbauverpflichtungen im Atomgesetz.....	4
2.	Befristung der Nachhaftung.....	6
3.	Inkrafttreten des Reg-E.....	6
III.	Verfassungsrechtliche Bewertung	9
1.	Berufsfreiheit, Art. 12 GG	9
2.	Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG	16
3.	Vereinigungsfreiheit, Art. 9 GG	17
4.	Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG	17
5.	Ergebnis.....	18
IV.	Fazit	18

I. Überblick über den wesentlichen Gesetzesinhalt

Der Entwurf eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich der Bundesregierung (im Folgenden: Reg-E) bestimmt, dass für die Verbindlichkeiten der Atomkraftwerke betreibenden Gesellschaften (Betreibergesellschaften bzw. Betreiber) im Zusammenhang mit Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der radioaktiven Abfälle die diese Gesellschaften beherrschenden Unternehmen haften müssen, wenn die Verbindlichkeiten nicht erfüllt werden (vgl. § 1 Reg-E). Welche Unternehmen nach dem Gesetzentwurf als beherrschend gelten, richtet sich nach § 2 Reg-E. Umfasst werden im Wesentlichen die Muttergesellschaften der Betreiber und alle weiteren in der Konzernhierarchie über diesen stehenden Unternehmen. Ehemals an den Betreibergesellschaften beteiligte Unternehmen werden nicht umfasst, zukünftige Änderungen in den Konzern- bzw. Beherrschungsstrukturen lassen die Nachhaftung nach § 1 Reg-E jedoch nicht entfallen (vgl. § 3 Reg-E). Die übrigen Normen des Reg-E betreffen die zeitliche Beschränkung der Haftung in der Zukunft (§ 4 Reg-E) und das Inkrafttreten (§ 5 Reg-E).

Im Wesentlichen will der Reg-E die derzeitige Haftungsmasse, die unmittelbar oder mittelbar für die Rückbau- und Entsorgungskosten zur Verfügung steht für die Zukunft perpetuieren (1.). Dabei ist die Nachhaftung strikt subsidiär ausgestaltet, so dass eine Inanspruchnahme der beherrschenden Unternehmen nicht zu befürchten ist, wenn die Betreibergesellschaften ihre Rückstellungen in angemessener Höhe gebildet haben (2.). Außerdem ist die Nachhaftung streng akzessorisch, eine Erweiterung der Haftungssumme bzw. der Haftungstatbestände erfolgt gerade nicht (3.). Schließlich ist die durch den Reg-E etablierte Nachhaftung auch zeitlich befristet (4.).

1. Fortschreibung des Status Quo

Der Reg-E etabliert eine gesetzliche „Ausfallhaftung“ herrschender Unternehmen für die Nuklearverbindlichkeiten ihrer Kernkraftwerke betreibenden Töchter (Betreibergesellschaften). Bereits nach bisheriger Gesetzeslage besteht eine vergleichbare Haftung zumeist über sog. Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (im Folgenden: BGAV), welche jedoch grundsätzlich jederzeit gekündigt werden können. Demgegenüber ist nach dem Reg-E eine einmal durch Beherrschung begründete Haftung nicht mehr auflösbar. Damit soll erreicht werden, dass die beherrschenden Unternehmen, welche ggf. über Jahrzehnte von den Erträgen aus dem Betrieb der Kernkraftwerke haben profitieren können, sich des Kostenrisikos, insbesondere nach Ende der Laufzeit, nicht durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen entledigen können. Die derzeit für die Erfüllung der Nuklearverbindlichkeiten der Betreibergesellschaften zur Verfügung stehende Vermögensmasse wird durch den Reg-E folglich für die Zukunft fortgeschrieben.

Sofern der Reg-E darüber hinaus – in wenigen Einzelfällen – auch eine Nachhaftung von beherrschenden Unternehmen etabliert, die nicht schon aufgrund von BGAV für die Verbindlichkeiten der Betreibergesellschaften einzustehen hätten, so ist dies aufgrund ihrer Möglichkeit der Einflussnahme und Ziehung der Früchte gerechtfertigt.

2. Subsidiarität des Reg-E

Die Nachhaftung greift nach dem Reg-E nur subsidiär. Das heißt, die beherrschenden Unternehmen haften nur, wenn die Betreibergesellschaften ihrer – unabhängig vom Reg-E – bestehenden Haftung nicht nachkommen. Aus dieser strikten Haftungssubsidiarität folgt, dass im Grundsatz von der Erfüllung durch die Betreibergesellschaften ausgegangen wird. Insofern die von diesen gebildeten Rückstellungen richtig bemessen sind und zur Deckung aller Verbindlichkeiten ausreichen, kommt es daher nicht zur Nachhaftung der beherrschenden Unternehmen.

Dass die Rückstellungen nicht ausreichen und somit die (subsidiäre) Nachhaftung greift, kann vornehmlich auf zwei Ursachenszenarien beruhen:

- Einerseits könnten unvorhersehbare Kostensteigerungen bei Rückbau und Entsorgung dazu führen, dass die Rückstellungsgegenwerte „verbraucht“ sind, bevor alle Nuklearverbindlichkeiten beglichen sind.
- Andererseits könnten die Rückstellungen von vornherein zu knapp bemessen oder die den Rückstellungen entsprechenden Vermögensgegenwerte nicht werthaltig angelegt worden sein, so dass die vollständige Deckung der Verbindlichkeiten nicht mehr möglich ist.

Das Insolvenzrisiko der Betreibergesellschaften ist nach aktueller Sachlage ganz überwiegend an die Zahlungsfähigkeit der beherrschenden Unternehmen geknüpft, da letztere bei fortbestehenden BGAV zum Verlustausgleich verpflichtet sind. Allerdings haben die beherrschenden Unternehmen nach geltendem Recht die Möglichkeit, sich durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen und/oder Kündigung der BGAV ihrer Haftung gegenüber den Betreibergesellschaften zu entziehen. Diesem Risiko, dass die beherrschenden Unternehmen ihr Vermögen der Haftungsmasse entziehen, und somit eine Insolvenz der Betreibergesellschaften zwangsläufig zur Vergesellschaftung der Kosten führen würde, wird mit dem Reg-E zur Nachhaftung wirksam begegnet.

3. Akzessorietät des Reg-E

Die Nachhaftung nach dem Reg-E ist weiterhin streng akzessorisch. Das heißt, die beherrschenden Gesellschaften haften ausschließlich in dem Umfang, in dem die Betreibergesellschaften selbst haften. Neue Haftungstatbestände auf der atomrechtlichen Primärebene werden durch den Reg-E hingegen nicht begründet.

Somit haften die beherrschenden Unternehmen maximal in dem Umfang der bei den Betreibergesellschaften bestehenden Nuklearverbindlichkeiten. Grund und Höhe sowie Fälligkeit der Verbindlichkeiten der Betreibergesellschaften werden von der Reg-E nicht berührt. Sofern den Betreibern zukünftig weitere Zahlungspflichten vom Gesetzgeber auferlegt werden sollten, tritt eine Nachhaftung nach dem Reg-E nur dann ein, wenn die Zahlungspflichten gegenüber den Betreibern selbst gerechtfertigt sind. Der Reg-E ist von solchen zukünftigen Pflichten (etwa durch Einrichtung eines Fonds) daher gänzlich unabhängig zu betrachten.

4. Keine Ewigkeitshaftung

Zu beachten ist auch, dass der Reg-E keine Ewigkeitshaftung der beherrschenden Gesellschaften etabliert. Während die Betreibergesellschaften selbst nach aktueller Gesetzeslage zumindest theoretisch zeitlich unbegrenzt für ihre Finanzierungsverpflichtungen nach dem Atomgesetz und dem Standortauswahlgesetz aufzukommen haben, bestimmt § 4 Reg-E einen absoluten Endzeitpunkt für die Nachhaftung.

Zwar mag der dort festgelegte „Zeitpunkt, zu dem die ablieferungspflichtigen Stoffe des Betreibers vollständig an eine Anlage des Bundes zur Endlagerung radioaktiver Abfälle abgeliefert wurden und diese verschlossen ist“ erst in mehreren Jahrzehnten eintreten. Derartig lange Zeiträume sind der kernwirtschaftlichen Materie jedoch immanent. Angesichts des wesentlich größeren Zeitraums „von einer Million Jahren“, die das Endlager gem. § 1 Abs. 1 StandAG Sicherheit gewährleisten soll, ist die Befristung der Nachhaftung im Reg-E angemessen ausgestaltet und weit von einer Ewigkeitshaftung entfernt.

II. Einzelne Diskussionspunkte zum Reg-E

Nachfolgend wird zunächst auf einzelne Diskussionspunkte, die im Rahmen des bisherigen Gesetzgebungsverfahrens aufgekommen sind, eingegangen (sogleich unter 1. bis 3.). Anschließend wird die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfs ausführlich dargestellt (III.)

1. Stilllegungs- und Rückbauverpflichtungen im Atomgesetz

Hinsichtlich der Nachhaftung für die Kosten des Rückbaus der Kernkraftwerke verweist § 1 Abs. 2 Satz 2 des Reg-E auf

„die Pflichten der Betreiber zum Rückbau aus § 7 Absatz 3 des Atomgesetzes“.

§ 7 Abs. 3 AtG lautet:

„Die Stilllegung einer Anlage nach Abs. 1 Satz 1 sowie der sichere Einschluss der endgültig stillgelegten Anlage oder der Abbau der Anlage oder von Anlagenteilen bedürfen der Genehmigung. Abs. 2 gilt sinngemäß. Eine Genehmigung nach Satz 1 ist nicht erforderlich, soweit die geplanten Maßnahmen bereits Gegenstand einer Genehmigung nach Abs. 1 Satz 1 oder Anordnung nach § 19 Abs. 3 gewesen sind.“

Darin ist vordergründig lediglich das Erfordernis einer Genehmigung für die Durchführung des Rückbaus normiert. Eine ausdrückliche Rückbaupflicht ergibt sich aus

dem Wortlaut zumindest explizit nicht.¹ Insbesondere lassen sich der Regelung weder ein konkreter Zeitpunkt noch ein bestimmter Zeitrahmen für die Durchführung einer Stilllegung und eines Rückbaus entnehmen, weshalb die behördliche Anordnung zur Durchsetzung dieser Pflichten nur schwer möglich ist.

Deshalb ist eine klarstellende Konkretisierung der auf die Stilllegung und den Rückbau der Kernkraftwerke bezogenen Pflichten im Atomgesetz zu empfehlen. Dafür sollten die Alternative des sicheren Einschusses zukünftig gestrichen werden und die Festlegung von Fristen für die Stilllegung und Rückbau nach Ablauf der Genehmigungen zum Leistungsbetrieb erwogen werden.

Dessen ungeachtet ist es durchaus argumentativ überzeugend, eine generelle Verpflichtung der Betreiber zur Stilllegung und zum Rückbau ihrer Kernkraftwerke indirekt aus dieser Vorschrift im systematischen Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Atomgesetzes und unter Berücksichtigung seines gefahrenabwehrenden und risikovorsorgenden Zweckes zu entnehmen. Denn der Rückbau der radioaktiven Anlagenteile ist zwangsläufige Voraussetzung für die ordnungsgemäße Verwertung und Beseitigung der radioaktiven Abfälle, zu denen die Betreiber gem. § 9a Abs. 1 Satz 1 AtG ausdrücklich verpflichtet sind. Darüber hinaussetzt auch § 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. d Satz 3 EStG² gleichsam implizit eine Verpflichtung der Kernkraftwerksbetreiber zur Stilllegung (und zum Rückbau) voraus. Entsprechend haben auch die Betreiber bereits seit vielen Jahren Rückstellungen gebildet, um ihren Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Stilllegung und dem Rückbau der Kernkraftwerke zukünftig nachkommen zu können. Folglich kann, selbst wenn nicht unmittelbar aus § 7 Abs. 3 AtG, so doch aus dem zweiten Abschnitt des Atomgesetzes insgesamt, eine allgemeine Rückbauverpflichtung der Betreiber nach aktueller Gesetzeslage abgeleitet werden.

Der Zweck des Reg-E wird daher auch ohne Konkretisierung des Atomgesetzes erfüllt. Denn nach § 1 Abs. 2 Satz 2 des Reg-E erstreckt sich die Nachhaftung „insbesondere“ auf die Rückbauverpflichtung aus § 7 Abs. 3 AtG. Daneben sind also auch nicht ausdrücklich genannte Pflichten der Betreiber umfasst. Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 2 Reg-E kann daher für die Rückbauverpflichtung auch auf die

¹ Vgl. Cloosters, Rückstellungsverpflichtungen für Kernkraftwerke – aus der Sicht einer atomrechtlichen Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde, in: Koch/Roßnagel, 13. Deutsches Atomrechtssymposium, 2007, S. 293, 300 m.w.N.; s. auch Wittkamp, Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Rückbaus von Kernkraftwerken, S. 66.

² Hierin heißt es: „Rückstellungen für die **Verpflichtung, ein Kernkraftwerk stillzulegen**, sind ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Nutzung bis zum Zeitpunkt, in dem mit der Stilllegung begonnen werden muss, zeitanteilig in gleichen Raten anzusammeln; steht der Zeitpunkt der Stilllegung nicht fest, beträgt der Zeitraum für die Ansammlung 25 Jahre.“ (Hervorhebung nur hier).

übrigen Bestimmungen im Atomgesetz abgestellt werden, so dass mit dieser Bestimmung sowohl die implizit bereits im Atomgesetz enthaltene Rückbauverpflichtung, als auch eine zukünftige Änderung des Atomgesetz mit einer Konkretisierung dieser Pflichten von dem Gesetzentwurf gedeckt ist.

2. Befristung der Nachhaftung

Der Reg-E beschränkt die Nachhaftung in § 4 Reg-E auf den Zeitpunkt, bis die radioaktiven Abfälle vollständig an ein Endlager abgeliefert und dieses verschlossen wurde. Für Kosten, die gegebenenfalls nach Verschluss des bzw. der Endlager anfallen, ist eine Nachhaftung nach dem Reg-E ausgeschlossen. Eine Vorfestlegung auf das Endlagerkonzept dürfte damit nicht beabsichtigt sein.

Eine weitere zeitliche oder sachliche Begrenzung der Nachhaftung ist darüber hinaus nicht geboten. Die Nachhaftung setzt an der Beherrschung der Betreibergesellschaften an. Denn die beherrschenden Unternehmen haben aufgrund dieses Herrschaftsverhältnisses die Möglichkeit (gehabt), umfassend von den Gewinnen der Betreibergesellschaften zu profitieren. Der Reg-E soll sicherstellen, dass auf dieses Vermögen insgesamt unabhängig von gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen und vom Fortbestand der Beherrschung für die Finanzierung der Folgekosten aus dem Kraftwerksbetrieb zurückgegriffen werden kann.

3. Inkrafttreten des Reg-E

Der maßgebliche Zeitpunkt für die haftungsbegründende Beherrschung nach dem Reg-E wird auf den Tag des Inkrafttretens des Gesetzes bestimmt. Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen, die nach Inkrafttreten des Reg-E erfolgen, haben somit keinerlei Einfluss auf die Nachhaftung. Werden solche Umstrukturierungen oder eine anders erfolgte Aufgabe der beherrschenden Stellung jedoch bereits vor Inkrafttreten des Reg-E wirksam, so ist eine Nachhaftung nur beschränkt über die Regelungen bspw. des Umwandlungsgesetzes gewährleistet. Nachdem die angekündigte Spaltung von E.ON SE bereits mit Wirkung zum 01.01.2016 erfolgen soll, ist – unabhängig davon, dass nach Ankündigung von E.ON die Kernkraftwerke nun doch nicht mit abgespalten werden sollen – ein Inkrafttreten des Reg-E, schon um unnötige Diskussionen zu vermeiden, bis zum Jahresende dringend zu empfehlen.

a) Risiken bei einem späteren Inkrafttreten des Reg-E

Auch erscheint es nicht sinnvoll, mit einer Umsetzung des Reg-E bis zu einer Entscheidung der jüngst eingesetzten Kommission zur Überprüfung der Finanzierung des Kernenergieausstiegs (KFK) über eine Sicherung der Finanzierungsmittel in ei-

nem Fonds oder einer Stiftung zuzuwarten. Denn es ist zwar unbedingt zu empfehlen, das Instrument der Nachhaftung durch die Einrichtung eines Fonds oder damit vergleichbarem Sicherungsmittel zu ergänzen. Beide Maßnahmen sind komplementär, aber prinzipiell unabhängig voneinander zu betrachten. Insbesondere lässt die Einrichtung eines Fonds nicht (nachträglich) die Erforderlichkeit der Nachhaftung entfallen. Denn etwaige Einzahlungspflichten in einen Fonds würden sich unmittelbar nur an die Betreibergesellschaften richten, während die Nachhaftung nach dem Reg-E die Verpflichtungen der Betreibergesellschaften gerade unberührt lässt.

Die Sicherung der Finanzierungsmittel in einem Fonds kann nach dem Reg-E haftungsauslösende Zahlungsausfälle der Betreibergesellschaften zwar auch effektiv vorbeugen. Ein Fonds genügt aber nicht, wenn die Betreibergesellschaften bereits vor einer – sich höchstwahrscheinlich über mehrere Jahre hinziehenden – vollständigen Einzahlung der Finanzierungsmittel in (ggf. sogar durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen mittelbar induzierte) Zahlungsschwierigkeiten kommen. Zudem kann sich der Prozess bis zur vollständigen Mittelsicherung in einem Fonds nach Abschluss der KFK-Arbeit durchaus noch über einen längeren Zeitraum hinziehen. Angesichts der von E.ON bereits angekündigten und der von RWE jedenfalls nicht ausgeschlossenen gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen erscheint der durch den Reg-E bezweckte Erhalt der gegenwärtigen gesamten Vermögensmasse in den Konzernen auch aus zeitlicher Perspektive dringend erforderlich.

b) Risiken bei rückwirkendem Inkrafttreten des Reg-E

Gegebenenfalls könnte auch ein Stichtag vor Inkrafttreten des Gesetzes bestimmt werden, ab dem der Reg-E dann rückwirkend Geltung erlangen würde. Die Wahl des Stichtags muss sich allerdings innerhalb der Grenzen der zulässigen Rückwirkung des Gesetzes bewegen.

Kein Fall der Rückwirkung liegt vor, wenn der Stichtag zwischen dem Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses durch den Bundestag und seinem Inkrafttreten liegt. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entfällt das schutzwürdige Vertrauen in den Bestand der bisherigen Regelungen im Zeitpunkt des endgültigen Gesetzesbeschlusses über die Neuregelung.³ Mit dem Tag des Gesetzesbeschlusses müssen die Betroffenen mit der Verkündung und dem Inkrafttreten der

³ BVerfG, Beschl. v. 3.12.1997, 2 BvR 882/97 = NJW 1998, 1547, 1548 m.w.N.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 7.7.2010, 2 BvL 14/02 u.a. = NJW 2010, 3629, 3630; BVerfG, Beschl. v. 15.10.1996, 1 BvL 44/92 u.a. = NJW 1997, 722, 724; BVerfG, Ur. v. 19.12.1961, 2 BvL 6/59 =

Neuregelung rechnen; es ist ihnen von diesem Zeitpunkt an zuzumuten, ihr Verhalten auf die beschlossene Gesetzeslage einzurichten.

Soll der Stichtag hingegen schon vor dem Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses liegen, so entfaltet das Gesetz sog. echte Rückwirkung, die grundsätzlich unzulässig ist.⁴ Die echte Rückwirkung kann nur unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Fall, wenn der Normadressat in den Fortbestand der bislang geltenden Rechtslage nicht vertrauen durfte oder wenn das Vertrauen wegen überwiegender, zwingender Gründe des Gemeinwohls nicht schutzwürdig ist.⁵

In diesem Zusammenhang ist anerkannt, dass das Vertrauen in den Fortbestand der alten Regelungen bereits vor dem Beschluss über die Gesetzesänderung enden kann, wenn die Änderung des Rechts angekündigt wurde und die zeitlich vor dem Beschluss beginnende Wirkung der Rechtsänderung zur Vermeidung von Ankündigungseffekten als zwingender Grund gerechtfertigt ist.⁶

Im Fall des Nachhaftungsgesetzes kann von einer solchen Ankündigung der Änderung des Rechts zu dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Reg-E ausgegangen werden. Folglich könnte die echte Rückwirkung des Nachhaftungsgesetzes jedenfalls bis zu dem Datum der Veröffentlichung des Reg-E gerechtfertigt sein. Fraglich ist jedoch, welches die unerwünschten Ankündigungseffekte sein könnten (die Spaltung von E.ON SE war z.B. schon vor der Veröffentlichung des Reg-E in die Wege geleitet worden) und ob die Vermeidung dieser Effekte durch überwiegende Gründe des Allgemeinwohls geboten ist.

Zu empfehlen ist daher zur Vermeidung unnötiger Risiken – wenn man als Stichtag nicht mehr das „Inkrafttreten des Gesetzes“ zugrunde legen will – als Stichtag frühestens den Tag des Gesetzesbeschlusses zu wählen.

NJW 1962, 291; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 73. EL, 2014, Art. 20, Rn. 81.

⁴ Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 73. EL, 2014, Art. 20, Rn. 80.

⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 73. EL, 2014, Art. 20, Rn. 84 f.; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, Art. 20, Rn. 186.

⁶ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 73. EL, 2014, Art. 20, Rn. 82, 85, mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 3.12.1997, 2 BvR 882/97 = NJW 1998, 1547, 1549; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15.10.1996, 1 BvL 44/92 u.a. = NJW 1997, 722, 725.

III. Verfassungsrechtliche Bewertung

Die durch den Reg-E unterbundene Möglichkeit, das Risiko von Kostensteigerungen beim Atomausstieg – mit der Folge, dass die Rückstellungen nicht ausreichen – auf die Allgemeinheit abzuwälzen, ist verfassungsrechtlich nicht geschützt. Soweit der Reg-E darüber hinaus in Grundrechte der EVU eingreift, geschieht dies unter Beachtung der Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

1. Berufsfreiheit, Art. 12 GG

a) Eingriff in den Schutzbereich

Die rechtliche Befugnis, ein Unternehmen nach frei gewählten Zweckmäßigkeitsentscheidungen zu betreiben, folgt aus der von Art. 12 GG geschützten Freiheit der Berufswahl und -ausübung. Durch die gesetzliche Verpflichtung, für die Verbindlichkeiten ihrer Töchter einzustehen (und zwar ggf. auch über den Zeitpunkt der tatsächlich bestehenden (potentiellen) Beherrschung hinaus), wird die unternehmerische Möglichkeit zur Begrenzung der Haftung zur Nachhaftung nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen zur Haftungsbegrenzung eingeschränkt. Dadurch greift der Reg-E in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein.

Kein Eingriff kann hingegen darin erkannt werden, dass die Nachhaftung eine Kündigung von bestehenden BGAV in Bezug auf die Einstandspflicht der herrschenden Gesellschaft wirkungslos macht. Zwar fällt die negative Vertragsfreiheit aufgrund des hier vorliegenden berufsrechtlichen Bezugs in den Schutzbereich des Art. 12 GG.⁷ Jedoch hindert die mit dem Reg-E etablierte Nachhaftung die betroffenen Unternehmen nicht daran, die BGAV zu kündigen. Denn auch wenn eine Kündigung die Haftung nicht beschränken kann, so enthalten BGAV üblicherweise noch weitere Vereinbarungen, die durch die Kündigung beendet werden können. Ein Kündigungsverbot besteht nach dem Reg-E also gerade nicht.

b) Rechtfertigung

Die Bestimmungen des Reg-E betreffen lediglich die Art und Weise der unternehmerischen Aktivität der Konzernmütter. Der Zutritt zu bestimmten Geschäftsfeldern wird ihnen nicht generell versperrt. Daher sind die Bestimmungen zur Nach-

⁷ BVerfGE 33, 171, 191; ob der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG eröffnet ist, wenn wie vorliegend große Kapitalgesellschaften betroffen sind, hat das BVerfG ausdrücklich offengelassen, BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, S. 699, 702.

haftung im Reg-E als Berufsausübungsregelung mit „objektiv berufsregelnder Tendenz“⁸ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG anzusehen. Diese lassen sich mit vernünftigen Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen.⁹

aa) Verhältnismäßigkeit

Die Bestimmungen des Reg-E sind auch verhältnismäßig.

(1) Verfassungskonformer Zweck

Die gemäß dem Reg-E vorgesehene Nachhaftung soll verhindern, dass die EVU durch Konzernumstrukturierungen und/oder durch Kündigung der BGAV ihre Haftung für die Nuklearverbindlichkeiten begrenzen und das Kostenrisiko somit der Allgemeinheit überantworten. Weiterhin dient die finanzielle Haftung der Konzerne auch der schnellstmöglichen Beseitigung der Gefahren, die sich aus den Kernkraftwerken nach Beendigung ihres Leistungsbetriebs bis zu ihrem Rückbau und der Entsorgung der nuklearen Abfallstoffe ergeben können.

Die Betreibergesellschaften trifft nach § 9a Abs. 1 Satz 1 AtG die Entsorgungspflicht. Diese Entsorgungspflicht der Betreiber wirkt auch dann noch fort, wenn die Abfälle in die staatlichen Entsorgungsanlagen eingebracht werden und wenn infolgedessen öffentlich-rechtliche Abgabeforderungen entstehen. Indem der Staat eine Nachhaftung für Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Entsorgung der nuklearen Abfälle durch die Betreibergesellschaften anordnet, stellt er zugleich sicher, dass die Betreibergesellschaften selbst ihren Entsorgungsverpflichtungen in Gestalt der entgeltlichen Ablieferungspflicht nachkommen können. Die Verwirklichung der atomrechtlichen Pflichten, die aus Gründen der Gefahrenabwehr und der Risikovorsorge bestehen, ist damit besser gesichert. Der Reg-E verfolgt deshalb einen verfassungskonformen, legitimen Zweck.

(2) Geeignetheit

Die Regelungen des Reg-E sind auch geeignet, den Zweck zu erreichen. Denn durch die Konzernnachhaftung könnte der Staat bei Zahlungsunfähigkeit der Betreibergesellschaften Forderungen im Zusammenhang mit den Nuklearverbindlichkeiten der Betreibergesellschaften unmittelbar gegenüber dem Mutterkonzern geltend machen, wo bei typisierender Betrachtung mehr Vermögen vorhanden ist als bei der

⁸ Zu diesem Kriterium vgl. BVerfGE 128, 1, 82.

⁹ BVerfGE 85, 248, 259; 103, 1, 10; 123, 186, 238.

primär haftenden Betreibergesellschaft. Die Gefahr, dass die Entsorgungsverantwortung nicht von den Verursachern erfüllt wird, und das Risiko der Vergemeinschaftung der Folgekosten der Kernenergienutzung würden somit erheblich verringert.

(3) Erforderlichkeit

Eine Regelung zur Konzernnachhaftung ist auch erforderlich, um den Zweck zu erreichen. Ein milderer gleichermaßen geeignetes Mittel ist nicht ersichtlich.

(a) Kein milderer Mittel durch einen Fonds oder Belastung der Allgemeinheit

Insbesondere stellt die Einführung eines (internen und/oder externen) Fonds keine Alternative zur Nachhaftung nach dem Reg-E dar. Denn ein Fonds könnte lediglich dafür sorgen, dass die bei den Betreibergesellschaften vorhandenen Mittel einer Vermögenssicherung zugeführt würden. Nicht erfasst wäre jedoch das Risiko, dass sich die Fondsmittel später als zu niedrig herausstellen und die Betreibergesellschaften ihrer Nachschusspflicht nicht nachkommen können oder gar, dass die Betreibergesellschaften bereits ihre Zahlungspflichten in einen externen Fonds nicht erfüllen können.

Der Staat darf nach dem abgabenrechtlichen Grundsatz des Vorrangs der speziellen Entgeltlichkeit¹⁰ auch nicht einfach selbst die Kostenlast der Verursacher übernehmen, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten (vgl. § 21 a Abs. 1 Satz 3 AtG, der auf die allgemeinen gebührenrechtlichen Grundsätze verweist). Vielmehr ist die öffentliche Hand gehalten, die Nutznießer der Versorgungsanlagen vorrangig vor der Allgemeinheit in Anspruch zu nehmen. Begünstigte der öffentlichen Versorgungsanlagen sind die Konzernunternehmen, weil die Betreibergesellschaften durch die öffentlichen Anlagen in die Lage versetzt werden, ihren eigenen Versorgungspflichten nach § 9a Abs. 1 Satz 1 AtG nachzukommen. Wegen der Begünstigung der Konzernunternehmen durch die öffentlichen Versorgungseinrichtungen ist es notwendig, die Konzernunternehmen auch effektiv zur Refinanzierung durch sog. Vorzugslasten heranzuziehen.

Der Reg-E erweitert in diesem Zusammenhang die Einstandspflicht der Konzernunternehmen und stellt in Kongruenz zu den allgemeinen gebührenrechtlichen Grundsätzen eine

¹⁰ Vgl. etwa zum abgabenrechtlichen Grundsatz der speziellen Entgeltlichkeit oder Leistungsproportionalität bei Gebühr etwa BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 11.08.1998, 1 BvR 1270, 94, NVwZ 1999, 176 (177); HessVGh, Urt. v. 18.08.1999, 5 UE 291/97, NVwZ-RR 200, 388 (389); VG Münster, Urteil vom 25.08.2008 - 7 K 361/08.

effektive Heranziehung der Begünstigten sicher. Ein insoweit in Betracht kommendes milderes, aber genauso wirksames Mittel ist nicht ersichtlich. Die Belastung der Allgemeinheit stellt keine Alternative dar, die das verfassungsrechtlich legitime Ziel einer Haftung der Begünstigten wirkungsvoll erreichen könnte.

(b) Keine Erforderlichkeit einer weitergehenden Haftungsbegrenzung

Die Nachhaftung endet nach dem Reg-E grundsätzlich erst nach vollständiger Ablieferung der radioaktiven Abfälle in ein Endlager und dessen Verschluss. Ein milderes Mittel könnte in einer inhaltlichen oder zeitlichen Beschränkung dieser Nachhaftung gesehen werden. Durch eine derartige Beschränkung könnte vor dem Hintergrund der Langfristigkeit der Verbindlichkeiten die Erreichung des Gesetzeszwecks allerdings deutlich erschwert werden. Denn jede Haftungsbeschränkung erhöht das Risiko, dass das Kostenrisiko letztendlich von der öffentlichen Hand getragen wird. Folglich wären dies keine gleichermaßen geeigneten Mittel zur Erreichung des Gesetzeszwecks.

Auch eine inhaltliche Beschränkung der Haftung auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Reg-E bestehenden öffentlich-rechtlichen Zahlungspflichten ist nicht erforderlich. Denn jede nach diesem Zeitpunkt eingeführte neue Zahlungspflicht der Betreibergesellschaften ist ihrerseits auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Die Nachhaftung nach dem Reg-E greift von vornherein nicht für verfassungswidrige Zahlungspflichten, so dass sich eine weitere inhaltliche Eingrenzung erübrigt. An der Erforderlichkeit der Nachhaftung im Sinne des Reg-E bestehen daher keine Zweifel.

(4) Angemessenheit

Der Reg-E ist auch angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne). Die Schwere des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der Konzernobergesellschaften steht nicht außer Verhältnis zu dem mit der Nachhaftung verfolgten Zweck.

(a) Milde Eingriffsintensität

Aufgrund der Subsidiarität der Nachhaftung ist die Eingriffsintensität des Reg-E nur sehr gering. Denn grundsätzlich sollten die Nuklearverbindlichkeiten bereits vollständig durch die bei den Betreibergesellschaften erfolgten Rückstellungen gedeckt sein. Zur Nachhaftung kommt es daher ohnehin nur, wenn die den Rückstellungen entsprechenden Aktiva nicht werthaltig sind, oder wenn die Rückstellungen nicht ausreichen, etwa weil spätere Kostensteigerungen nicht ausreichend berücksichtigt wurden.

Die milde Eingriffsintensität des Reg-E zeigt sich zudem daran, dass keine natürlichen Personen in die Nachhaftung einbezogen werden. Haftungsverpflichtet werden vielmehr ausschließlich solche Unternehmen, die Einfluss auf die primär verantwortlichen Betreibergesellschaften haben ausüben können und somit auch für die Leistungsfähigkeit der Betreibergesellschaften Sorge tragen könnten, wodurch sie das Risiko ihrer Nachhaftung praktisch ausschließen können.

(b) Verantwortungsnähe und Verursacherprinzip

Demgegenüber überwiegen die Gründe, welche für die Regelung Angemessenheit der Regelungen des Reg-E sprechen.

Denn die von der Nachhaftung betroffenen beherrschenden Gesellschaften haben selbst in der Regel umfangreichen Einfluss darauf, dass die Betreibergesellschaften mit ausreichenden Mitteln ausgestattet sind, um ihre Nuklearverbindlichkeiten zu erfüllen, während die eigentlichen Betreibergesellschaften oft genug nur einen Anspruch gegen die Muttergesellschaft haben, der zur Deckung der Nuklearverbindlichkeiten ausreichen würde. So werden die Muttergesellschaften in der Regel die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Vermögenswerte haben, die die Rückstellungen verkörpern, so dass sie sogar eher noch als die Betreibergesellschaften für ihre Werthaltigkeit verantwortlich sind, weshalb ihre dauerhafte Einbindung in den Haftungsverbund erst recht als erforderlich und angemessen erscheint.

Weiterhin spiegelt die Nachhaftung das umweltrechtliche Verursacherprinzip wider, welches gewährleisten soll, dass der Verursacher von Umweltbeeinträchtigungen die Kosten für deren Beseitigung trägt.¹¹ Im Unionsrecht ist das Verursacherprinzip bei der Regelung der Umweltkompetenzen der Union als ausdrückliches Prinzip normiert.¹² Konsequenterweise findet sich dieses Prinzip im Bereich des Atomrechts auch in den §§ 7 und 9a AtG verwirklicht.¹³ Denn die unternehmerischen Entscheidungen der Betreibergesellschaften können nicht losgelöst von ihrer Konzernzugehörigkeit betrachtet werden. Nach Ansicht des BVerfG verändert die Eingliederung

¹¹ *Epiney, Astrid*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, Kommentar, 72. Ergänzungslieferung, 2014, AEUV Art. 191, Rn. 38.

¹² Artikel 191 Abs. 2 AEUV regelt ausdrücklich, dass die „Umweltpolitik der Union unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen der Union auf ein hohes Schutzniveau“ abzielt und „auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip“ beruht.

¹³ Vgl. hierzu die Ausführungen im BBH-Gutachten „Finanzielle Vorsorge im Kernenergiebereich – etwaige Risiken des Status Quo und mögliche Reformoptionen vom 10.12.2014, Seite 12 f.

in einen Konzern die Grundlage der beherrschten Gesellschaft entscheidend, sowohl im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Entfaltung als auch auf ihren vermögens- und gesellschaftsrechtlichen Status.¹⁴ Die freie wirtschaftliche Betätigung eines Unternehmens, das in einen Konzern eingegliedert ist, verfolgt nicht mehr allein den eigenen Gesellschaftszweck, sondern wird vom Interesse des Konzerns bestimmt.¹⁵ Das Verursacherprinzip spricht daher grundsätzlich für die Ausweitung der finanziellen Haftung auf die Muttergesellschaften.

Die nach dem Reg-E herrschenden Unternehmen haben schließlich nicht nur umfangreiche Möglichkeiten zur Einflussnahme, sondern können umgekehrt auch von allen Erlösen aus dem operativen Geschäft mit der Nuklearenergie profitieren. Dies rechtfertigt auch in besonderem Maße deren Inanspruchnahme für die Nuklearverbindlichkeiten.

(c) Besonderheiten der Kernenergiewirtschaft

Insbesondere die Besonderheiten der Kernenergiewirtschaft rechtfertigen den Eingriff in die Grundrechte der beherrschenden Gesellschaften. Die Sonderstellung der Kernenergienutzung gegenüber sonstigen Gewerbearten wird bereits durch die Existenz des AtG als Sondergesetz für die friedliche Kernenergienutzung und seine konkrete Ausgestaltung belegt. In diesem Zusammenhang kann auf die spezifischen Zwecke des AtG (§ 1) Bezug genommen werden, die im Unterschied zur Zweckbestimmung beispielsweise des BImSchG (§ 1) auch auf den Schutz der inneren und äußeren Sicherheit der Bundesrepublik (§ 1 Nr. 3 AtG) und – vor allem – auf eine Beendigung der Nutzung der Kernenergie (§ 1 Nr. 1 AtG) gerichtet sind.

Zudem sind die Kosten für die Aufgaben der Stilllegung und des Rückbaus von Kernkraftwerken sowie der Entsorgung aufgrund der unüberschaubaren – unmittelbaren und mittelbaren – Risiken für Leben und Gesundheit der Menschen bei weitem größer als bei herkömmlichen und auch mit Folgekosten verbundenen Gewerbebetrieben. Die Folgepflichten aus dem Betrieb kerntechnischer Anlagen unterscheiden sich auch in ihrer zeitlichen Dimension extrem von denen sonstiger gewerblicher Anlagen, so dass ein weit höheres Insolvenzrisiko und damit ein völlig anderes Bedürfnis nach Sicherung der für die Stilllegung und den Rückbau sowie die Entsorgung vorgesehenen Vermögenswerte besteht.

Schließlich reduziert der Atomausstieg die finanzielle Handlungsfähigkeit der Betreibergesellschaften. Die Haftungserstreckung ist in diesem Zusammenhang als

¹⁴ BVerfGE 14, 263, 28.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 14, 263, 28.

gesetzgeberische Erfüllung der Pflicht des Staates zum dynamischen Grundrechtsschutz in einer geänderten Situation, nämlich der des Atomausstiegs, zu sehen. Mit dieser verfassungsrechtlich motivierten Zielrichtung bekommt das gesetzgeberische Anliegen einer auf finanzielle Nachhaltigkeit angelegten Entsorgung in der Abwägung ein erhöhtes Gewicht. Das Interesse der Konzerne, sich der finanziellen Lasten der Entsorgung durch Nutzung der bisherigen gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsoptionen zu entledigen, ist gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer finanziell bei den Verursachern abgesicherten Entsorgung nachrangig.

Die mit den Bestimmungen des Reg-E einhergehenden Grundrechtseingriffe sind folglich auch angemessen und somit insgesamt verhältnismäßig.

c) Rückwirkung und Vertrauensschutz

Der Reg-E beschränkt die Haftung auf diejenigen Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes aufgrund einer Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit potentiell beherrschenden Einfluss auf die Betreibergesellschaften haben. Damit knüpft er an den zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden und noch fortdauernden Umstand der Beherrschung kraft Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit oder eine sonstige Möglichkeit der Einflussnahme an. In der Vergangenheit bereits komplett abgeschlossene Umstände, werden hingegen nicht verändert. Damit liegt nur eine sog. unechte Rückwirkung vor.

Von einer echten Rückwirkung kann nicht etwa deshalb ausgegangen werden, weil der Rückstellungsaufbau mit seiner 25-jährigen Laufzeit bereits abgeschlossen ist. Die Frist von 25 Jahren entspricht den bisherigen handelsrechtlichen Grundsätzen,¹⁶ die allerdings zum Teil überholt sind. Die Anwendung dieser Frist setzte voraus, dass der Zeitpunkt der Stilllegung nicht feststeht, vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. d) Satz 3 EStG. Inzwischen sind (durch die Festlegung von finalen Zeitpunkten für die Beendigung des Leistungsbetriebs) die längst möglichen Betriebsdauern jedoch im Atomgesetz gesetzlich abschließend festgelegt. Auch die jährliche Testierung der Bilanzen einschließlich der Überprüfung der Rückstellungen führt nicht zu einem bereits abgeschlossenen Sachverhalt. Denn der Rückstellungsaufbau hat sich nach handelsbilanziellen Grundsätzen am tatsächlichen Bedarf zu orientieren. Nach § 253 Abs. 1 HGB sind Rückstellungen in Höhe des nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrages zu bilden und laufend zu überprüfen und ggf. anzupas-

¹⁶ Vgl. hierzu *Tiedchen* in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2013, § 253 HGB, Rn. 38; *Günkel/Frenzl*, DStR 1999, S. 649, 655.

sen. Der Rückstellungsaufbau ist daher erst dann abgeschlossen, wenn die Verbindlichkeiten, für die die Rückstellungen gebildet worden sind, vollständig erfüllt sind und die Rückstellungen aufgelöst werden können.

Die vorliegende unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, wenn nicht ausnahmsweise das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage ausnahmsweise höher wiegt als das mit der Änderung der Rechtslage verfolgte Ziel. Das Vertrauen der Muttergesellschaften, nicht für die Verbindlichkeiten der Betreibergesellschaften eintreten zu müssen, ist jedoch angesichts der ganz überwiegend bestehenden Beherrschungsverträge als eher gering einzustufen. Darüber hinaus betrifft die Nachhaftung nur solche Verbindlichkeiten, die erst in der Zukunft fällig werden. Die beherrschenden Unternehmen haben daher ausreichend Einwirkungsmöglichkeiten, ihrer Inanspruchnahme durch vorzubeugen, indem sie auf eine ausreichende Kapitalausstattung der Betreibergesellschaften achten.

2. Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG

Die Eigentumsfreiheit ist von der Ausweitung der Haftung gem. dem Reg-E nicht betroffen. Die Grenze für eine Qualifikation als Eigentumseingriff wäre erst erreicht, wenn die Regelung eine Erdrosselungswirkung hätte. Angesichts der lediglich akzessorischen und subsidiären Haftung der herrschenden Unternehmen kann eine solche Erdrosselung ausgeschlossen werden. Soweit das BVerfG¹⁷ neuerdings Geldvermögen als vermögenswerte Rechtsposition in gewissem Umfang schützen will, ergibt sich nichts anderes, da die Regelung nicht auf eigentumsfähige Rechtspositionen richtet, sondern lediglich die Haftung einer Muttergesellschaft für Verpflichtungen ihrer Tochter begründen würde.

Ebenso wenig kann für einen Eingriff in Art. 14 GG auf die Geschäftsanteile abgestellt werden, welche die herrschenden Unternehmen an den Betreibergesellschaften halten. Zwar gehören diese grundsätzlich zu den eigentumsfähigen Rechten, doch werden durch den Reg-E an das Halten dieser Anteile lediglich bestimmte Pflichten (hier Haftung) geknüpft. Sie werden als solche jedoch weder entzogen, noch entwertet. Insbesondere folgt aus dem Reg-E kein (mittelbares oder faktisches) Veräußerungsverbot hinsichtlich des Anteilseigentums an den Betreibergesellschaften. Eine Abspaltung der Betreibergesellschaften zur Neugründung als eine oder mehrere eigene Gesellschaften mag angesichts der Verhinderung der Enthaltung durch den Reg-E für die beherrschende Gesellschaft unattraktiv sein, wird aber

¹⁷ BVerfGE 115, 97, 111 f.

in keiner Weise beschränkt. Das gleiche gilt auch für die Abspaltung der Betreiber-
gesellschaften zur Übernahme durch Dritte oder die Veräußerung von Anteilen an
Betreiber-
gesellschaften. Die Anteile sind weiterhin frei veräußerlich.

3. Vereinigungsfreiheit, Art. 9 GG

Die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG in ihrer negativen Gewährleistung¹⁸
(Austritt aus einer privatrechtlichen Vereinigung) ist ebenfalls nicht vom Reg-E be-
troffen. So hat das Bundesverfassungsgericht offen gelassen, ob sich große Kapital-
gesellschaften überhaupt auf den Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG berufen können.¹⁹ Zu-
dem folgt aus der Nachhaftung gem. dem Reg-E weder ein Veräußerungsverbot
hinsichtlich der Gesellschaftsanteile noch ein (faktisches) Kündigungsverbot der
BGAV. Letztere würde im Übrigen nicht die Vereinigungsfreiheit betreffen, sondern
die negative Vertragsfreiheit, die vorliegend in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1
GG fällt.

4. Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Die Nachhaftung betrifft nach dem Reg-E nur solche Konzerne, zu denen ein oder
mehrere Betreiber-
gesellschaften von Kernkraftwerken gehören. Andere Branchen
sind hingegen nicht betroffen. Dadurch könnte der allgemeine Gleichheitssatz
berührt sein. Sofern darin eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem er-
kannt werden sollte, ist diese allerdings gerechtfertigt. Dies gilt selbst unter Anwen-
dung der Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung gemäß
der sog. „neuen Formel“, welche über eine bloße Willkürprüfung hinausgehen. Da-
für ist maßgeblich, dass „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht beste-
hen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen konnten.“²⁰

Solche Unterschiede bestehen vorliegend. Denn es unterscheiden sich die Verpflich-
tungen und daraus entstehenden Verbindlichkeiten der Kernenergiebranche in we-
sentlichen Punkten von denen anderer Branchen: Zum einen sind die Verbindlich-
keiten der Betreiber-
gesellschaften deutlich umfangreicher und langfristiger als die Verbindlich-
keiten anderer Unternehmen, weshalb die Rückstellungen ungleich grö-
ßeren Prognoseunsicherheiten unterliegen. Zum anderen bedingt die Laufzeitbe-
grenzung der Kernkraftwerke, dass die Verbindlichkeiten ganz überwiegend erst fäl-
lig werden, wenn die Betreiber-
gesellschaften aufgrund der Betriebseinstellung

¹⁸ BVerfGE 85, 360, 370 = NJW Jahr 1992, 1373.

¹⁹ BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, S. 699, 702.

²⁰ St. Rspr. seit BVerfGE 55, 72 (88).

keine Erlöse mehr erwirtschaften, während in anderen Branchen zu niedrig prognostizierte Rückstellungen in der Regel noch durch Erlöse aus dem laufenden Geschäft ausgeglichen werden können. Die Gefahren einer isolierten Insolvenz von Betreiber-gesellschaften sind aufgrund des langen Zeithorizonts, für die ihre öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu Stilllegung, Rückbau und Entsorgung nachwirken, anders zu beurteilen als etwa bei der sicherlich im aktuellen Betrieb in ihrer Umweltrelevanz teilweise vergleichbaren Großchemie. Schließlich handelt es sich beim Betrieb von Kernkraftwerken nach den Bestimmungen des AtG in seiner heutigen Fassung um eine Tätigkeit mit festem Endzeitpunkt.

Selbst wenn also die Nachhaftung für Nuklearverbindlichkeiten zu einer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG führt, so ist diese Differenzierung aufgrund der beschriebenen Besonderheiten der Atomindustrie gerechtfertigt und ebenso wie der Eingriff in die Freiheitsgrundrechte verhältnismäßig. Die weiteren Fragen der Verhältnismäßigkeit unterscheiden sich in ihrer Argumentation vorliegend nicht wesentlich von der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Freiheitsgrundrechte, weshalb an dieser Stelle nach oben verwiesen wird.

5. Ergebnis

Der Reg-E stellt sich damit insgesamt als verfassungsgemäß dar.

IV. Fazit

Der Reg-E verbindet in sachgerechter Art und Weise Herrschaft und Haftung. Die Nachhaftung ist gewissermaßen die Kehrseite der (potentiellen) Vorteile und Gestaltungsmöglichkeiten, die sich aus der Beherrschung für das beherrschende Unternehmen ergeben. Darüber hinaus soll mit dem Reg-E vermieden werden, dass die Haftung vom Bestand eines – im Grundsatz jederzeit kündbaren – BGAV abhängig ist oder gar durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen begrenzt werden kann. Diese Ziele verfolgt der Reg-E – wie dargestellt – auch in verfassungskonformer Weise, insbesondere infolge der vorgesehenen Subsidiarität, Akzessorietät und Befristung der Regelungen. Eine baldige Umsetzung ist daher grundsätzlich zu begrüßen.

Angesichts der bereits angekündigten Spaltung von E.ON SE und gegebenenfalls weiteren bevorstehenden Änderungen innerhalb der vom Reg-E betroffenen Konzerne, stellt der Reg-E ein probates Mittel dar, um dem Risiko der Überwälzung der Kosten auf den Staat wirksam zu begegnen. Nur so kann zudem gewährleistet werden, dass die Stilllegungs-, Rückbau- und Entsorgungspflichten nicht aufgrund von finanziellen Schwierigkeiten vernachlässigt werden und so das Gefährdungspotenzial der Kernkraftwerke bzw. ihrer Abfallstoffe über das notwendige Maß steigt.

20. November 2015



BECKER BÜTTNER HELD

Die Nachhaftung nach dem Reg-E lässt die Notwendigkeit über die Einführung eines Fonds zur Sicherung der Rückstellungsgegenwerte vor Insolvenzrisiken nachzudenken, nicht entfallen. Im Gegenteil: Der Reg-E knüpft die Nachhaftung an bestimmte Rechtsträger an, ein Fonds hingegen hätte Vermögenssicherung zum Ziel. Im Ergebnis würden sich beide Konzepte ergänzen, ohne im Anwendungsbereich zu interferieren.

Berlin, 20. November 2015

Dr. Olaf Däuper
Rechtsanwalt

STELLUNGNAHME

zum Entwurf eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau- und
Entsorgungskosten im Kernenergiebereich

für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und
Energie des Deutschen Bundestages
am 23. November 2015

erstattet von

Dr. Gert Brandner



HAYER & MAILÄNDER

RECHTSANWÄLTE

STUTTGART – FRANKFURT – DRESDEN – BRÜSSEL

STUTTGART

20. NOVEMBER 2015

Zum Ziel des Entwurfs eines Gesetzes zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich (**Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG**) wird in der Gesetzesbegründung wie folgt ausgeführt¹:

„Derzeit sind die Betreiber von Kernkraftwerken in Konzerne eingegliederte Betreibergesellschaften. Sie sind weitgehend durch Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge innerhalb der Konzerne finanziell derart abgesichert, dass wirtschaftlich das gesamte Konzernvermögen zur Tragung der Kosten für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung haftet. Es gibt jedoch keine gesetzlichen Regelungen, die sicherstellen, dass diese Situation fortbesteht. Das geltende Recht gestattet grundsätzlich die Kündigung von Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen und gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen mit der Folge einer Begrenzung dieser Haftung auf Teile des wirtschaftlichen Konzernvermögens. Wenn diese Möglichkeiten künftig genutzt werden sollten und es in der Folge zu einer Zahlungsunfähigkeit von Betreibergesellschaften kommt, sind erhebliche finanzielle Risiken für die öffentlichen Haushalte nicht ausgeschlossen.

Ziel des Gesetzentwurfs ist es daher, durch eine Neuregelung eine langfristige Nachhaftung jedes Unternehmens, das eine Betreibergesellschaft von Kernkraftwerken beherrscht, für die Kosten der Stilllegung und des Rückbaus dieser Kernkraftwerke und die Entsorgung der radioaktiven Abfälle zu gewährleisten und somit die Risiken für die öffentlichen Haushalte zu reduzieren.“

Dieses Ziel einer Nachhaftung der Energieversorgungskonzerne durch eine „Konservierung der aktuellen Haftungssituation“² ist legitim.

Das Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG, das jedes herrschende Unternehmen neben dem Kernkraftbetreiber für dessen Verbindlichkeiten hinsichtlich der Rückbau- und Entsorgungskosten im Bereich der Kernenergie haften lässt (siehe § 1 Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG), geht jedoch mit seiner Anknüpfung an herrschende Unternehmen deutlich über diesen Gesetzeszweck hinaus.

Das Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG führt bei wörtlicher Anwendung dazu, dass nicht nur die Energieversorgungskonzerne, deren „fortdauernde Haftung“ das Gesetz sicherstellen will, neben dem Betreiber für die Kosten für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung aufzukommen haben, sondern auch deren beherrschende Gesellschafter, obwohl diese als Aktionäre nach bisheriger Gesetzeslage für Verbindlichkeiten der AG nicht haften.

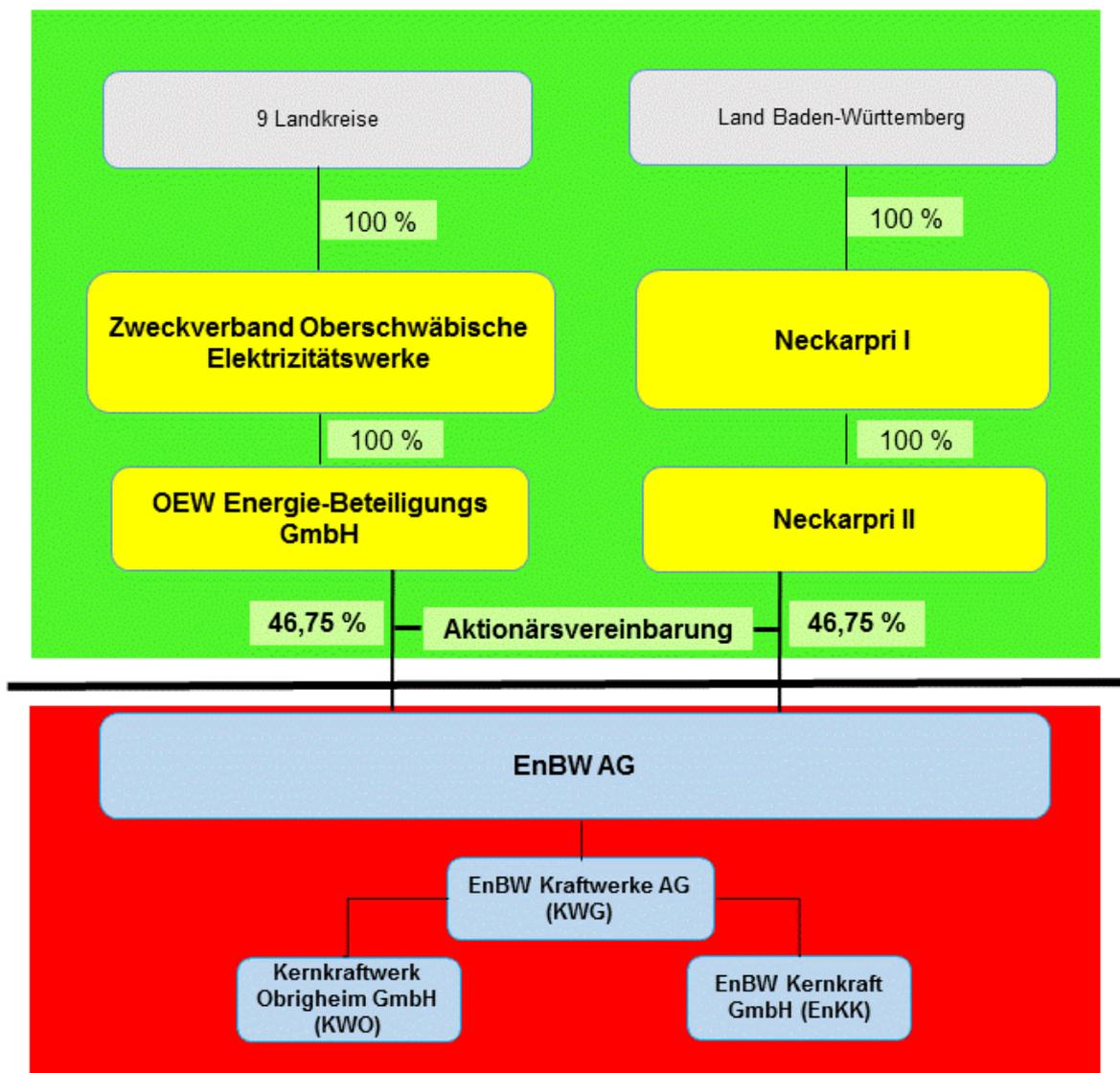
Das Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG geht von der falschen Prämisse aus, dass herrschende Unternehmen auch jetzt schon haften würden. Dies trifft jedoch nicht zu. Dies kann anhand des

¹ BT-Drucks. 18/6615, Seite 6.

² So die griffigere Formulierung des Referentenentwurfs vom 27.08.2015, Seite 1.

EnBW-Konzerns verdeutlicht werden. Vereinfachend kann die Konzern- und Gesellschafterstruktur bei der EnBW wie folgt dargestellt werden:

Haftungsstruktur vor Erlass des NachhaftungsG



Keine Haftung für Verbindlichkeiten der EnBW AG



Haftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich der EnBW AG

Aufgrund der Aktionärsvereinbarung zwischen OEW und dem Land Baden-Württemberg sind diese als herrschende Unternehmen der EnBW anzusehen und wären damit in die Nachhaftung einbezogen. Weder die OEW noch das Land Baden-Württemberg mit den NECKARPRI-Gesellschaften würden jedoch derzeit für Verbindlichkeiten der EnBW AG haften. Hierfür gibt es auch keine Rechtsgrundlage: Weder besteht ein Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag zugunsten der Gesellschafter mit der Konsequenz der Haftung nach § 302 AktG (Verlustübernahme) oder nach § 303 AktG (Gläubigerschutz), noch greifen andere aktienrechtliche Konzerntatbestände wie etwa §§ 311, 317 AktG (Ausgleichspflicht bei nachteiligem Rechtsgeschäft).

Durch die Anknüpfung an herrschende Unternehmen geht das Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG damit weit über seinen eigentlichen Gesetzeszweck der „*Konservierung der aktuellen Haftungssituation*“ hinaus und bezieht Rechtspersonen in die Haftung ein, die nach gegenwärtiger Rechtslage überhaupt nicht haften würden. Es handelt sich insoweit auch nicht um eine Nachhaftung, da eine solche eine schon bestehende Haftung voraussetzt, sondern um die Begründung einer erstmaligen Haftung für einen herrschenden Gesellschafter.

Während es legitim ist, den gesamten EnBW-Konzern (im Schaubild der rot gekennzeichnete Bereich) auch weiterhin für die Kosten des Rückbau und der Entsorgung haften zu lassen, verstößt die Einbeziehung von bisher nicht haftenden Gesellschaftern gegen den das Kapitalgesellschaftsrecht und das Recht der juristischen Personen tragenden Grundsatz, dass das Vermögen der Kapitalgesellschaft und der juristischen Person strikt vom Privatvermögen der Anteilsinhaber und der Mitglieder zu trennen ist (sog. Trennungsprinzip) und der Anteilsinhaber nicht für die Schulden der Gesellschaft haftet.

Die rückwirkende Aufhebung dieses Grundsatzes verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip. Der vorliegende gewichtige Verstoß gegen das Vertrauensschutzprinzip (keine Haftung des Gesellschafters bei bloßer gesellschaftsrechtlicher Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft) ist weder geeignet den Gesetzeszweck zu fördern, noch ist er erforderlich, da das mildere Mittel, die Konservierung der gegenwärtigen Haftungssituation, ohne weiteres erreichbar wäre. Das Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG hält damit die vom Bundesverfassungsgericht für die Fälle unechter Rückwirkung postulierte Grenze der Verhältnismäßigkeit nicht ein (BVerfG, Beschluss vom 07. Juli 2010 – 2 BvL 1/03, 2 BvL 57/06, 2 BvL 58/06 –, BVerfGE 127, 31-60, Rn. 69). Da auch eine Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens in Bezug auf den für das Kapitalgesellschaftsrecht fundamentalen Trennungsprinzips und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe zugunsten des Vertrauensschutzes ausschlägt, liegt ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vor.

Das Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG könnte durch eine Ergänzung auf seinen in der Gesetzesbegründung genannten Zweck der Nachhaftung reduziert werden, indem man als herrschende Unternehmen nur solche ansieht, die auch schon vor Inkrafttreten des Gesetzes gehaftet haben. Dies könnte man beispielsweise dadurch erreichen, dass man in § 2 Abs. 4 folgenden Absatz hinzufügt:

„Als herrschende Unternehmen im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht solche Unternehmen, die im Zeitpunkt unmittelbar vor Inkrafttreten des Gesetzes

- 1. im Außenverhältnis der anspruchsberechtigten Körperschaft gegenüber oder im Innenverhältnis dem Betreiber gegenüber für die in § 1 Abs. 1 und 2 genannten Verbindlichkeiten nicht haften würden, und*
- 2. die in Bezug auf die Verbindlichkeiten gemäß § 1 Abs. 1 und 2 keine sonstigen unmittelbaren oder mittelbaren Einstandspflichten, insbesondere gemäß §§ 302, 303, 311, 317 AktG treffen würden,*

wären diese Verbindlichkeiten bereits in diesem Zeitpunkt zu erfüllen.“

Durch eine Zurückführung des Rückbau- und EntsorgungskostennachhaftungsG auf seinen legitimen Zweck der Konservierung der aktuellen Haftungssituation (im Schaubild der rot gekennzeichnete Bereich) wären auch die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Gesetz ausgeräumt.

Stuttgart, den 20.11.2015

Dr. Brandner