

# Verfassungsrechtliche Beurteilung des Referentenentwurfs für ein „Gesetz zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich“

Herbert Posser

**Einleitung** Unter dem 2. September 2015 ist der Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Nachhaftung für Rückbau- und Entsorgungskosten im Kernenergiebereich“ publik geworden. Er stellte den Versuch der Politik dar, ein Sonderrecht für Konzerne im Kernenergiebereich zu etablieren, was im sonstigen Gesellschaftsrecht ohne Beispiel ist, tief in bewährte Strukturen eingreift und gegen die grundrechtlichen Gewährleistungsgarantien der betroffenen Unternehmen verstößt.

## A. Sachverhalt

Der Gesetzentwurf sieht im Kern eine **Ausfallhaftung** herrschender Unternehmen für Nuklearverbindlichkeiten ihrer Kernkraftwerke betreibenden Beteiligungsgesellschaften vor. Er ist von mehreren kumulativ wirkenden – Haftungsprinzipien gekennzeichnet. Die **einmal begründete Haftung** soll **nicht mehr auflösbar** sein. Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip, wonach die Verantwortungs- und Haftungssphären von Muttergesellschaften einerseits sowie Tochter- oder Enkelgesellschaft usw. andererseits getrennt sind und ein Durchgriff auf die Mutter grundsätzlich ausgeschlossen wird, wird hierdurch ausgehebelt. Gleiches gilt für das Prinzip der umfassenden Nachfolge in alle Rechte und Pflichten, indem eine Nachhaftung nicht nur im Rahmen der bestehenden Vorschriften für grundsätzlich fünf Jahre (vgl. § 133 UmwG), sondern auf unbestimmte Zeit vorgesehen wird. Der Gesetzentwurf stellt sich danach als **singuläre Abkehr von grundlegenden gesellschafts- und zivilrechtlichen Prinzipien** dar; die bundesgesetzlich normierte konzernrechtliche Dispositionsfreiheit und Gestaltungsmacht besteht für die herrschenden Unternehmen nicht mehr.

Darüber hinaus ist die Haftung **inhaltlich und zeitlich unbegrenzt**. So sollen alle „*gegenwärtigen und zukünftigen öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen eines Betreibers*“ erfasst werden (§ 1 Abs. 1 AE). Das betrifft nicht nur alle zurzeit bekannten Kosten im Zusammenhang mit Stilllegung, Rückbau, Zwischen- und Endlagerung, sondern auch **alle zukünftigen Zahlungsverpflichtungen**. Eine zeitliche Grenze wird nach § 4 lediglich durch die vollständige Ablieferung der radioaktiven Stoffe an ein Endlager und dessen *Verschluss* gezogen. Aufgrund der Unabsehbarkeit dieses Zeitraums stellt diese Regelung keine echte zeitliche Grenze dar. Wodurch auch immer

motivierte Verzögerungen bei Endlagersuche, -errichtung und -betrieb gehen allein zulasten der Betreiber und der herrschenden Unternehmen. Trotz Auflistung scheinbar bestimmter Pflichtenkreise (Stilllegung, Rückbau, Entsorgung) ist die Nachhaftung auch **sachlich** unbegrenzt. Denn angesichts des grundlegenden Konzeptwechsels in der Entsorgungsarchitektur ist die Endlagerthematik eine faktische „Blackbox“; niemand weiß, welche Anforderungen in 20 oder 50 Jahren aus politischen Gründen gesetzt werden, jedwede Planungs- und Rechtssicherheit fehlt.

## B. Rechtliche Würdigung

Diese Kumulation aus extrem weitreichenden und unbegrenzten Regelungen ist verfassungsrechtlich unzulässig.

### I. Grundrechtspositionen der herrschenden Unternehmen

#### 1. Art. 14 Abs. 1, 2 GG: Eigentumsgarantie

Der Schutzbereich des Art. 14 GG ist betroffen, weil sich das Gesetz mittelbar-faktisch auf das von den herrschenden Unternehmen gehaltene Anteilseigentum an den Betreiber-gesellschaften auswirkt. Da auch ein etwaiger Erwerber der Anteile nach den Regelungen des Gesetzentwurfs haften würde, kommen diese rechtstatachlich einem **Veräußerungsverbot** gleich; die Betreiber-gesellschaften sind ab Inkrafttreten des Gesetzes faktisch unveräußerlich. Gleichermaßen liegt ein faktisches **BGAV-Kündigungsverbot** (BGAV: Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag) vor.

Nach bundesverfassungsgerichtlicher Judikatur sind „*an ein Verbot der Veräußerung des Eigentums, also an eine Einschränkung derjenigen Befugnisse, die elementarer Bestandteil der Handlungsfreiheit im Bereich der Eigentumsordnung ist, besonders strenge Maßstäbe*“ anzulegen.

#### 2. Art. 12 Abs. 1 GG: Berufsfreiheit

Wenn ein Unternehmen sich zukünftig auf erneuerbare Energien konzentrieren und deshalb das Geschäft der konventionellen Energieerzeugung (einschließlich der Kernenergie) ausgliedern will, wird ihm nunmehr eine Haftung für die – dann ehemaligen – Kernenergie-töchter auferlegt, deren es sich nicht entledigen kann, sodass die beabsichtigte Trennung der Geschäftsfelder infrage steht. Die von ihm angestrebte Neuaufstellung zu einem „modernen Energieversorgungsunternehmen der Energiewende“ ist als **Berufswahlentscheidung** zu qualifizieren.

Wenn dies durch die Regelungen des Gesetzentwurfs faktisch unmöglich gemacht wird, steht mithin eine **subjektive Berufszulassungsregelung** im Raum. Dies wirkt sich nach den judikativ herausgearbeiteten Maßstäben entscheidend auf die Strenge der Verhältnismäßigkeitsprüfung aus.

#### 3. Art. 9 Abs. 1 GG: Vereinigungsfreiheit

Auch die Vereinigungsfreiheit ist durch das faktische Veräußerungsverbot betroffen. Sie umfasst nicht nur die Gründungs- und Beitrittsfreiheit im Hinblick auf Kapitalgesellschaften, sondern sichert – in ihrer negativen Gewährleistung – auch das Recht zum Austritt aus einer solchen.

Diese Austrittsmöglichkeit besteht nach Inkrafttreten des Gesetzes jedoch nur noch auf dem Papier: Die mittelbar-faktisch ausgelöste **Unveräußerlichkeit** der Betreiber-gesellschaften führt zu einem **Zwang, deren Gesellschafter zu bleiben**.

#### 4. Art. 2 Abs. 1 GG: Allgemeine Handlungsfreiheit

Die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Handlungsfreiheit umfasst neben der Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet auch die Vertragsfreiheit und Privatautonomie.

Das Fortbestehen der Haftung trotz Kündigung eines **BGAV** wirkt sich mittelbar-faktisch als **Verbot der Kündigung** eines solchen Konzernvertrages aus: Die herrschende Gesellschaft kann sich nicht mehr von ihrer BGAV-Hauptpflicht der Verlustdeckung befreien.

#### 5. Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichheit vor dem Gesetz

Eine verfassungswidrige (Un-)Gleichbehandlung liegt hier in **dreifacher Hinsicht** vor: Zunächst im Verhältnis der EVU zu *anderen Branchen* – wie etwa der Großchemie – mit ähnlichem Risikopotential. Darüber hinaus im Verhältnis der EVU mit ihren unterschiedlichen Konzernstrukturen und Haftungsmassen *untereinander*. Schließlich bezogen auf eine *Gesamtschuld* zwischen mehreren herrschenden Unternehmen, was wiederum von der jeweiligen Konzernstruktur abhängt: In einem mehrstufigen Konzern unterliegen in der Beherrschungskette mehrere Gesellschaften der von dem geplanten Gesetz angeordneten Haftung, während in zweistufigen Konzernen „nur“ die Muttergesellschaft betroffen ist.

Da neben Art. 3 GG zugleich mehrere Freiheitsrechte betroffen sind, müssen nach der *neuen Formel* des BVerfG **strenge Maßstäbe** an die Prüfung eines rechtfertigenden Sachgrunds gestellt werden.

#### II. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Es steht außer Frage, dass dem Gesetzgeber bei Zwecksetzung und Mittelwahl ein weiter **Gestaltungsspielraum** zukommt. Gleichwohl gilt dies gem. Art. 20 Abs. 3 GG **nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung**.

Der Gesetzgeber muss seine politischen Vorstellungen von der Neuordnung eines Rechtsgebiets deshalb einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung stellen. Daran scheitert der Gesetzentwurf: Er ist **weder erforderlich noch angemessen**.

Im Einzelnen:

##### 1. Keine Erforderlichkeit

Der Gesetzentwurf enthält keine expliziten Ausführungen dazu, warum die Regelungen erforderlich sein sollen. Es wird lediglich darauf hingewiesen, das geltende System basiere auf der Annahme dauerhafter Lebensfähigkeit der Betreiber, „d.h. der dauerhaften Werthaltigkeit und Ertragskraft des den Rückstellungen

*gegenüberstehenden Aktivvermögens“* (Begründung S. 5). Weitergehende gesetzliche Vorkehrungen – über die allgemeine 5-jährige Konzernhaftung hinaus – fehlten, woraus sich bei Ausfall eines Betreibers ein Risiko ergebe, dass der Staat im Wege der Ersatzvornahme einspringen müsse. Es gebe weder gesetzliche Anforderungen für eine zukunftssträchtige Ausgestaltung des Aktivvermögens des Betreiberunternehmens, noch eine Mitbestimmung des Staates oder eine Pflicht zur Errichtung von mit liquiden Anlagemitteln ausgestatteten Fonds (Begründung S. 5).

Die avisierte unbegrenzte Haftung der herrschenden Unternehmen stellt sich vor diesem Hintergrund schon nicht als das mildeste Mittel dar. So sind nicht eingehend Alternativen untersucht worden, ob hierdurch die Eingriffsintensität hätte verringert werden können. Noch dazu wird das bisherige Rückstellungssystem auf der Ebene der kernenergiebetreibenden Unternehmen demgegenüber **seit 40 Jahren beanstandungsfrei** durchgeführt. Bis heute hat es **keinen Ausfall** gegeben.

##### 2. Keine Angemessenheit im engeren Sinne

Weiterhin mangelt es dem Gesetzentwurf aber jedenfalls an der Angemessenheit seiner Regelungen. Mit dem Gesetzentwurf wird im Kern ein das bisherige **gesellschaftsrechtliche Haftungssystem derogierende Sonderrecht** geschaffen, was mit den Grundsätzen der *Systemgerechtigkeit* und der *Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* in Konflikt gerät. Dass eine Haftung für Forderungen gegen einen bereits *erloschenen Rechtsträger* begründet wird, bricht ebenfalls mit zivilrechtlichen Prinzipien. Es ist deshalb schon vom rechtsdogmatischen Ansatz her verfehlt, lediglich mit einer – vermeintlichen – Sondersituation des Atomrechts zu argumentieren; vielmehr sind die massiven Eingriffe in das etablierte konzern- und gesellschaftsrechtliche Haftungssystem gleichermaßen in Rechnung zu stellen.

Auch mit einem Verweis auf die Regelungen des Bodenschutzrechtes kann keine Angemessenheit der Regelung erzeugt werden. Insbesondere § 4 Abs. 6 BBodSchG (Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten) kann nicht für die Angemessenheit des vorliegenden Referententwurfs ins Feld geführt werden. Denn die Regelung des § 4 Abs. 6

BBodSchG zur nachwirkenden Zustandshaftung ist entscheidungstragend anders konturiert: So handelt es sich bei ihr schon **nicht um eine Nachhaftung für fremde Schuld**, sondern um eine *nachwirkende Inanspruchnahme für eigene Verpflichtungen*; das ist ein grundlegender rechtskategorialer Unterschied. Darüber hinaus greift sie erst für einen Übertragungsakt nach Inkrafttreten des BBodSchG zum 1. März 1999 ein, knüpft also – anders als in der hiesigen Konstellation – nicht an vor Jahrzehnten begründete Tatbestände wie die Etablierung von Konzernstrukturen an; wollte man hier Vergleichbares regeln, dürfte das beabsichtigte Gesetz allenfalls für solche Konzerne greifen, die erst nach dessen Wirksamwerden entstehen. Außerdem kommt es für § 4 Abs. 6 BBodSchG darauf an, dass der Eigentümer den Haftungszurechnungsgrund bei der Veräußerung zumindest kennen musste oder ihm bei Begründung seiner Eigentümerstellung kein schutzwürdiges Vertrauen zur Seite stand. Hier verhält es sich erneut anders: Für alles Bekannte und Absehbare wurde ausreichend Vorsorge getroffen; die Unzumutbarkeit der Nachhaftung ergibt sich vor allem daraus, dass der Staat einseitig und politisch motiviert eine jahrzehntelang praktizierte und allgemein anerkannte Entsorgungsarchitektur über den Haufen wirft und im Bereich der Endlagerung unter abruptem Bruch mit der bewährten Struktur alles auf Null setzt. Damit mussten die EVU bei Etablierung ihrer Konzernstrukturen nicht rechnen. Bei zutreffender Betrachtung steht § 4 Abs. 6 BBodSchG der hiesigen Argumentation somit nicht entgegen. Ganz im Gegenteil: Er stützt sie nachdrücklich. Denn ohne entsprechende Begrenzungen griffe die erhebliche Kritik, die schon diese Norm in verfassungsrechtlicher Hinsicht erfahren hat, im hiesigen Kontext erst recht durch.

a) Wie bereits bei der Erforderlichkeitsprüfung adressiert ist jedenfalls bei der Angemessenheit daran zu erinnern, dass das bisherige **Rückstellungssystem** auf Betreiberebene seit 40 Jahren **beanstandungsfrei** durchgeführt wird. In der Vergangenheit ist sogar kritisiert worden, die EVU würden *zu große* Rückstellungen bilden, sodass selbst der Vorwurf einer Steuerverkürzung im Raum stand. Dass ausgerechnet diese Rückstellungsbildungen nun unzureichend sein sollen, ist vor diesem Hintergrund *unplausibel* und *widersprüchlich*.

Dementsprechend hat es bis heute **keinen Ausfall** gegeben. Ganz im Gegenteil haben die jährlich angefertigten **Wirtschaftsprüfer-testate** die Angemessenheit der Rückstellungen durchweg attestiert. Sie ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die erforderliche Rückstellungshöhe über einen Zeitraum von **25 Jahren gebildet** wird; dies ist bei allen deutschen Kernkraftwerken (bis auf Krümmel) erreicht worden. Es gibt insoweit trotz des mit der 13. AtG-Novelle vorgezogenen, verfassungswidrig verfrühten Ausstiegs aus der Kernenergie **keine Deckungslücke**.

Die nunmehr vom Gesetzentwurf adressierten abstrakten Risiken sind zudem von Anfang an bekannt gewesen. Auf Betreiberebene, wo die Rückstellungen gebildet worden sind, hat es indessen keine durchgreifenden Veränderungen gegeben. Zu alledem schweigt der Gesetzentwurf.

b) Ein weiteres kommt rechtstatsächlich hinzu: Die **Stilllegungs- und Rückbaukosten** sind aufgrund von Erfahrungswerten weitgehend **genau zu kalkulieren** und unterliegen keinen substantiellen Abweichungen. Es steht empirisch fest, welche Kosten für einen Rückbau anfallen.

Bei den **Entsorgungskosten** sieht die Sachlage zwar teilweise anders aus, doch resultiert die insoweit bestehende Unsicherheit ausschließlich auf **staatlichen Interventionen**: Für schwach- und mittelradioaktive Abfälle gibt es das bestandskräftig planfestgestellte Endlager Konrad, das durch die Vorausleistungen der EVU nach Maßgabe der Endlager-vorausleistungsverordnung umfassend vorfinanziert wurde; es gibt keinen beitragsmäßigen Rückstau bei der finanziellen Mittelbereitstellung, der ein Ausfallrisiko begründen könnte. Das Endlager hätte längst in Betrieb genommen werden können, wenn es nicht durch andauernde politisch motivierte Eingriffe immer weiter hinausgezögert würde.

Für hochradioaktive Abfälle besteht eine Eignungshöflichkeit des Standorts Gorleben, in den die Betreiber im Wege der Vorausleistung ebenfalls bereits ca. 1,8 Mrd. Euro investiert haben. Die von der Gesetzesbegründung angeführte Unsicherheit ist allein darauf zurückzuführen, dass die Politik mit

dem seinerzeitigen 10-jährigen Moratorium einen **Stillstand** verfügt und nunmehr mit dem Stand-AG einen vollständigen **Konzeptwechsel** hinsichtlich der Entsorgungsarchitektur herbeigeführt hat.

c) Durchgreifende Bedenken gegen die Angemessenheit des Gesetzentwurfs bestehen auch hinsichtlich des **Umfangs der Haftung**, die inhaltlich und zeitlich unbegrenzt ist; richtigerweise ist sie – trotz Aufzählung scheinbar bestimmter Pflichten – auch *sachlich* unbegrenzt, da die dargelegte Endlagerungsthematik eine faktische „Blackbox“ ist.

d) Auch der Aspekt des **Vertrauensschutzes** spielt in der Prüfung der Verfassungskonformität des Gesetzes eine zentrale Rolle. Er ist vom Grundsatz der Rechtssicherheit umfasst und in Art. 20 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verankert. Das Vertrauen in den Fortbestand der vom Gesetzgeber geschaffenen rechtlichen Rahmenbedingungen hat somit verfassungsrechtliche Relevanz; insbesondere soll der Einzelne nicht durch die nachträgliche Entwertung von Rechtspositionen und grundlegende Änderungen rechtlicher Vorgaben „übrumpelt“ werden; es geht um „individuelle Erwartungssicherheit“. Das Vertrauen der Unternehmen darauf, ihre Konzerne nach eigenen Vorstellungen leiten, gestalten und umstrukturieren zu können – insbesondere einen BGAV kündigen und sich ggf. durch Verkauf oder Spaltung von den Töchtern lösen zu können – wird durch die tendenziell unendliche Haftung enttäuscht. Die kernenergiebetreibenden EVU sehen sich unerwartet der Erkenntnis ausgesetzt, dass die Gesellschafts-, Konzern- und Insolvenzrechtsordnung für sie in zentralen Fragestellungen nicht mehr gilt.

e) Dem Gesetz kommt zudem in mehrfacher Hinsicht **Rückwirkung** zu. Eine solche ist schon dann anzunehmen, wenn das Gesetz für noch andauernde Sachverhalte mit Wirkung für die Zukunft veränderte Rechtsfolgen vorsieht oder erstmals Belastungen auferlegt. Dies ist vorliegend schon insoweit der Fall, als bereits begonnene Umstrukturierungsmaßnahmen auch hiervon erfasst werden sollen. Darüber hinaus liegt eine echte Rückwirkung vor, da die Etablierung der Konzernstrukturen,

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 Jahrzehnten getroffenen Entscheidung*. Unter diesem Gesichtspunkt liegt deshalb eine echte, unzulässige Rückwirkung vor.

### III. Zusammenfassung

Die Regelungen des Gesetzentwurfs sind in hohem Maße grundrechtsrelevant und halten der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht Stand. Angesichts des praxiserprobten und bewährten deutschen Rückstellungssystems, das seit 40 Jahren beanstandungs- und ausfallfrei funktioniert, sind die angedachten Vorschriften schon nicht erforderlich.

Zahlreiche Argumente streiten zudem für die Unangemessenheit der vorgesehenen Grundrechtseingriffe. So verkennt der Entwurf die Verursacherstellung des Staates im Hinblick auf die Endlagerthematik; er hängt der verfassungsrechtlich unzutreffenden Prämisse an, die EVU hätten alles zu bezahlen, was der Staat für gesellschaftspolitisch wünschenswert hält. Die danach entstehende Belastungskumulation, die ein mittelbar-faktisches Veräußerungs- und BGAV-Kündigungsverbot normiert, ist ohne Vorbild und schleift anerkannte gesellschafts- und privatrechtliche Haftungssysteme. Die vorgesehenen Bestimmungen verstoßen zudem gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes und die Anforderungen an eine echte wie unechte Rückwirkung.

Würde der Gesetzentwurf in seiner gegenwärtigen Fassung Gesetz, wäre dieses erkennbar verfassungswidrig.

I Autor

Dr. Herbert Posser  
Freshfields Bruckhaus  
Deringer  
Feldmühleplatz 1  
40545 Düsseldorf,  
Germany