

Gerd Winter

## Ausstieg aus dem Schnellen Brüter?\*

Schnelle Natriumgekühlte Reaktoren, genannt SNR, gewinnen Wärmeenergie aus der Spaltung eines Plutonium- und Uranoxidgemisches mit im Vergleich zu Leichtwasserreaktoren (LWR) hohem Plutoniumanteil. Die freigesetzten Neutronen werden gezielter als im LWR außer zur Kernspaltung auch zur Kernumwandlung, dem »Erbrüten« von Plutonium aus Uran, genutzt. Als Kühlmittel wird Natrium verwendet, das die »schnellen« Neutronen weniger hemmt als Wasser und stärker aufgeheizt werden kann, ohne zu sieden. Die aufgenommene Wärmeenergie wird über Zwischenwärmetauscher an einen Wasserkühlkreislauf abgegeben, in dem Wasserdampf entsteht, der Turbinen antreibt<sup>1</sup>.

Der SNR in Kalkar, der für eine elektrische Leistung von 300 MW ausgelegt ist (»SNR 300«), ist baulich fertiggestellt. Ab 1972 sind 16 atomrechtliche Teilerrichtungs genehmigungen erteilt worden; auch ist die energiewirtschaftsrechtliche Freigabe erfolgt. Trägergesellschaft ist die Schnelle-Brüter-Kernkraftwerksgesellschaft mbH, die sich zu 69% im Besitz der – selbst überwiegend von Kommunen besessenen – Rheinland-Westfälischen Elektrizitätswerke (RWE) befindet. Die Kosten belaufen sich bisher auf DM 6,5 Mrd., wovon 71,5% aus staatlichen und der Rest aus privaten Mitteln getragen wurden<sup>2</sup>.

Die Regierung des Landes Nordrhein-Westfalen steht vor der Frage, ob sie den SNR 300 in Betrieb gehen lassen soll. Meine Aufgabe ist es zu ermitteln, ob sie dies verhindern könnte. Hierzu müssen geprüft werden

- die materiellrechtlichen Befugnisse des Landes gegenüber der Betreibergesellschaft
- die formellrechtliche Zuständigkeit des Landes im Verhältnis zum Bundesminister des Innern.

Ich behandle hier nur die materiellen Befugnisse<sup>3</sup>, und unter diesen nur die atom- und die energiewirtschaftsrechtlichen<sup>4</sup>. Dabei muß ich mich auf Rechtsfragen beschränken, indessen der Streit um den SNR 300 keineswegs nur ein juristischer, sondern gleichermaßen ein Streit um Tatsächliches ist: man streitet um die Sicherheit der Anlage, um ihre energiewirtschaftliche Brauchbarkeit, um die Entsorgungsmöglichkeiten, um die Waffentauglichkeit des Brennstoffs und der Brutprodukte

\* Überarbeitete und korrigierte Fassung eines Gutachtens für den Landesvorstand der Grünen, Nordrhein-Westfalen.

1 Eine gemeinverständliche Darstellung der Technik gibt H. Grupp, *Wie funktioniert ein Schneller Brüter?* in: R. Kollert, R. Donderer, B. Franke (Hrsg.), *Kalkar Report 1983*, S. 134 ff.

2 S. hierzu ausführlicher J. Vogel, R. Riehmüller, *Der SNR-300 vor der Inbetriebsetzung*, *arw* 1985, 453.

3 Der Teil über die Weisungsrechte des Bundes und Rechtsschutzmöglichkeiten des Landes ist in DVBl. 1985, 993 erschienen. Vgl. auch R. Steinberg, *Handlungs- und Entscheidungsspielräume des Landes bei der Bundesauftragsverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Atomgesetzes*, *AöR* 1985, 419.

4 Denkbar sind noch wettbewerbsrechtliche Befugnisse, für die wegen landesübergreifender Wirkung aber das Bundeskartellamt zuständig wäre.

etc. Insofern muß ich aber mit Annahmen zum Sachverhalt arbeiten, die allerdings nicht aus der Luft gegriffen sind, sondern eine gewisse Plausibilität besitzen, weil sie sich mit einer Ausnahme auf das Minderheitsvotum der Enquête-Kommission »Zukünftige Kernenergiepolitik« stützen können.

### 1. Atomrechtliche Befugnisse

Da mit Weisungen des Bundes zu rechnen ist, ist nicht nur zu prüfen, ob die zuständige Landesbehörde zur Verweigerung der Genehmigung *berechtigt* ist – denn im Rahmen ihres Ermessens könnte sie durch eine Weisung gebunden werden –, sondern auch, ob sie ggf. dazu *verpflichtet* ist oder, wenn dies zu verneinen ist, ob der Verweigerungsgrund als landeseigene Angelegenheit anzusehen ist – denn in diesen Fällen wäre die Weisung rechtswidrig und anfechtbar<sup>5</sup>.

Ich werde zunächst untersuchen, ob die Genehmigungsbehörde heute allgemein jede Genehmigung der Anlage verweigern könnte und müßte, und dabei unterstellen, daß noch keine Errichtungsgenehmigung erteilt ist (a). Erst wenn diese Frage bejaht werden kann, ist es sinnvoll, weiter zu prüfen, ob die grundsätzlich bestehenden Verweigerungsgründe angesichts bereits erteilter Errichtungsgenehmigungen noch die Nichterteilung der Betriebsgenehmigung rechtfertigen können, oder ob hierzu eine Aufhebung der Errichtungsgenehmigungen erforderlich und zulässig ist (b).

a) *Dürfte und, ggf., müßte ein neuer Errichtungsantrag, der sich auf die Genehmigung der zur Zeit bereits realisierten Anlage SNR 300 richtet, abgelehnt werden?*

aa) *Verweigerung der Genehmigung aus Gründen der Systemsicherheit*

Ich unterstelle hier,

- daß die Eintrittswahrscheinlichkeit für einen Bethe-Tait-Unfall<sup>6</sup> im wesentlichen unbekannt ist und
- daß das maximale Schadensausmaß beim SNR 300 erheblich größer ist als beim Leichtwasserreaktor<sup>7</sup>.

Erlauben diese Annahmen den Schluß, daß »die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden« nicht getroffen ist, so muß nach § 7 Abs. 2 Ziff. 3 AtG die Genehmigung verweigert werden.

Was ist »Stand der Wissenschaft«, wenn ein Problem wissenschaftlich ungeklärt (und gerichtlich deshalb unauflösbar) ist? Im technischen Sicherheitsrecht wird meistens versucht, die Frage zu umgehen, indem der Wissenschaft doch eine entschiedene Aussage, und sei es die eines Gefahrenverdachts oder einer Wahrscheinlichkeitszahl, abgerungen wird, obwohl eine ehrliche wissenschaftliche Betrachtung häufiger zu dem Eingeständnis gelangen müßte, daß das Problem eben nicht entschieden ist. Stellt man sich dagegen der Möglichkeit der wissenschaftlichen Ungeklärtheit eines Problems – und meine Sachverhaltsannahme zwingt dazu –, so

<sup>5</sup> Dazu G. Winter DVBl. 1985, 993.

<sup>6</sup> Der größte bisher für möglich gehaltene Unfall eines SNR. Er führt zum Kernschmelzen und wird ausgelöst durch Ausfall der beiden Schnellabschaltssysteme bei gleichzeitigem Versagen aller Primärkühlmittelpumpen (s. näher R. Donderer, Das nukleare Explosionspotential des Schnellen Brütters, in: Koller/Donderer/Franke a. a. O. S. 79 ff.).

<sup>7</sup> Dies sind die Feststellungen der SPD-dominierten Minderheit in der Enquête-Kommission »Zukünftige Kernenergie-Politik«, BT Drucks. 9/2001 S. 5.

hängt alles von der Interpretation dessen ab, was »Stand der Wissenschaft« heißt. Man kann vermuten, daß die herrschende Meinung darunter die gesicherten Erkenntnisse verstehen würde. Diese akzeptieren bisher aber nur die »normalen« Störfallabläufe, nicht den Bethe-Tait-Unfall, mit der Folge, daß im SNR 300 insofern die erforderliche Vorsorge als getroffen gelten würde. Nun formuliert § 7 Abs. 2 Ziff. 3 AtG aber nicht: »nach dem gesicherten Stand der Wissenschaft«. Der Stand der Wissenschaft kann gerade durch Uneinigkeit gekennzeichnet sein. Wenn »Stand« eine unversöhnliche und gerichtlich auch nicht überbrückbare Kontroverse ist, welche Vorsorge ist dann nach diesem Stand erforderlich? Man kann es nicht wissen, weil man ja bereits über die Prämisse dieser Folgerung nicht sicher ist. Trotzdem muß im Kontext des Genehmigungsverfahrens eine Entscheidung getroffen werden. Bei Ungewißheit zu entscheiden, ist juristisch kein neues Problem. Entscheidbarkeit läßt sich auf zwei Wegen herstellen: Man urteilt entweder nach der Beweislast oder nach einer Risikoabwägung.

Der erste Weg ist bei atomrechtlichen Genehmigungen zugunsten des zweiten dadurch stark eingengt, daß die für riskante Anlagen typische Situation der Ungewißheit über die Formel der »nach dem Stand von Wissenschaft und Technik« erforderlichen Vorsorge im gesetzlichen Tatbestand differenziert verarbeitet wird. Für Beweislastentscheidungen bleiben allenfalls anlagenspezifische Sachverhaltselemente, während alles, was Gegenstand der Wissenschaft sein kann, nach deren »Stand« zu beurteilen ist.<sup>8</sup> Auch der Bethe-Tait-Unfall gehört hierzu, so daß der zweite Weg zu beschreiten ist.

Wenn der »Stand der Wissenschaft« (durch Erfahrung oder sei es auch durch Simulation oder Rückschlüsse aus anderweitiger Erfahrung<sup>9</sup>) im Ganzen gesichert ist, entscheidet er selbst über die erforderliche Vorsorge. Wenn die Wissenschaft sich mit einem Versagensablauf noch nicht befaßt hat, ist dieser nicht »Stand«; Vorsorge muß seinerwegen nicht getroffen werden. Hat die Wissenschaft sich dagegen mit einem Ablauf wie auch dem Bethe-Tait-Unfall intensiv befaßt und bleibt sie unschlüssig, so ist die »praktische Vernunft« gefordert, und zwar nicht die »pragmatische« des Ingenieurs – ihn läßt der erfahrungsferne Probabilismus der Bethe-Tait-Rechnungen weit zurück –, sondern die »wertende« des Juristen<sup>10</sup>. Sie ist gefordert, weil ein Restrisiko (hier: das in der Unaufklärbarkeit liegende Risiko) nur zumutbar ist, wenn es sich als sozialadäquat erweist<sup>11</sup>.

Das Restrisiko ist demnach abzuwägen gegen andere Belange. Ein solcher Belang ist das Schadensausmaß. Dieses spielt bisher nur bei bekannten Eintrittswahrscheinlichkeiten eine Rolle; es fordert deren Minimierung im Maße des Anstiegs der denkbaren Schäden<sup>12</sup>. Es kann aber auch die Anforderungen an die Risikowahrnehmung beeinflussen: Je höher der Schaden ist, desto sicherer müssen (nicht nur die objektiven Mittel des Gefahrenausschlusses, sondern auch) die *Erkenntnisse* über den Gefahrenausschluß sein. Da diese Erkenntnisse aber trotz des unvergleichlich hohen Schadensumfangs beim SNR 300 unsicher sind, ist das durch die Anlage erzeugte Restrisiko nicht sozialadäquat<sup>13</sup>. Ein anderer Belang, der in die Abwägung

8 OVG Lüneburg v. 22. 12. 1978, DVBl. 1979, 686 (690) (Krümmel). Das Gericht trennt allgemeine Erkenntnisse über Kombinationswirkungen chemischer und radioaktiver Schadstoffe von Erkenntnissen über das Ausmaß von Doppelbelastungen am Standort des KKW.

9 So die vom BVerfG konzedierten Ungewißheitsstufen, s. BVerfG v. 8. 8. 1978, E. 49, 89 (142 f.) (Kalkar).

10 Über die Unterscheidung von pragmatischer und wertender Vernunft s. G. Winter, R. Schäfer, Zur richterlichen Rezeption natur- und ingenieurwissenschaftlicher Voraussetzungen über komplexe technische Systeme, am Beispiel von Kernkraftwerken, NVwZ 1985, 703.

11 Vgl. BVerfG a. a. O. S. 143.

12 Zur Herkunft dieser Formel s. H. P. Plischka, Technisches Sicherheitsrecht 1969 S. 110.

13 Weitergehend wird von manchen vertreten, daß der Schadensumfang, wenn er eine noch zu bestimmende Größe übersteigt, für sich allein und ohne Rücksicht auf die Eintrittswahrscheinlichkeit als

zu stellen wäre, könnte in dem energiewirtschaftlichen Bedürfnis für die Anlage bestehen. Hierauf ist unten zurückzukommen. Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Genehmigung auf der Grundlage der genannten Sicherheitsbedenken verweigert werden *könnte*.

*Müßte* sie es auch? Ja, wenn der hier unterstellte »Vorsorgemangel« wegen Unge-  
wißheit zum sog. Gefahrenbereich gehört. Zählt er dagegen, wie wohl eher anzu-  
nehmen ist, zum Vorsorgebereich<sup>14</sup>, so hängt die Antwort davon ab, ob dessen  
Überwachung Pflicht ist oder im Ermessen der Behörde steht. Die überwiegenden  
Stimmen in der Literatur sprechen sich für den Pflichtbereich aus<sup>15</sup>, und zwar, wie  
ich meine, zu Recht. Überzeugend ist vor allem die Begründung aus § 5 Bundesim-  
missionsschutzgesetz (BImSchG). Diese Bestimmung statuiert sowohl in Ziffer 1  
(»erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen«) wie in Ziffer 2 (Vorsorge  
gemäß dem Stand der Technik) eine gefahrenunabhängige Risikovorsorge für eine  
große Anzahl weniger riskanter Anlagen als Kernspaltungsanlagen. Deshalb wäre es  
widersprüchlich, ausgerechnet bei den letzteren Anlagen die behördliche Prüfungs-  
pflicht an der Gefahrenschwelle enden zu lassen. Daß das BImSchG jünger ist als  
das AtG, vershlägt nichts im Rahmen einer Auslegung, die BImSchG und AtG in  
systematische Beziehung zu bringen versucht und gesetzgeberische Motive objek-  
tiv-teleologisch fortentwickelt<sup>16</sup>. Im Sinne einer Einordnung der gefahrenunabhän-  
gigen Risikovorsorge in den Pflichtbereich kann auch der Kalkar-Beschluß des  
BVerfG gedeutet werden, wenn er mehrfach »Gefahrenabwehr und Schadensvor-  
sorge« nebeneinanderstellt, also beides unterscheidet<sup>17</sup>, und dem § 7 Abs. 2 Ziff. 3  
AtG zuordnet. Gleiches gilt für das Stade-Urteil des BVerfG. Wenn das Gericht  
annimmt, daß die Dosisgrenzwerte »die äußerste, weil nicht mehr überschreitbare  
Grenze der gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG erforderlichen Schadensvorsorge« konkre-  
tisierten<sup>18</sup>, so ist damit impliziert, daß auch die unterhalb dieser Grenze erforderliche  
Schadensvorsorge zum Pflichtbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG gehört. Gegen  
den VGH Mannheim, der das Ermessenskonzept vertritt, ist schließlich noch  
anzuführen, daß er das Minimierungsgebot des § 28 StrlSchV, das deutlich Pflicht-  
charakter hat, nicht in sein Ermessenskonzept einzuordnen vermag<sup>19</sup>. Selbst wenn  
man annehmen würde, daß aus § 7 Abs. 2 Ziff. 3 AtG keine Vorsorgepflicht folgt,  
ergäbe sie sich doch aus dem Minimierungsgebot der Verordnung.  
Die Behörde *müßte* die Genehmigung folglich verweigern. Eine anderslautende  
Weisung des Bundesinnenministers wäre rechtswidrig, weil sie der Behörde ein  
rechtswidriges Verhalten abverlangen würde<sup>20</sup>.

#### *bb) Verweigerung der Genehmigung aus energiewirtschaftlichen Gründen*

Ich unterstelle hier,

- daß für den Strom aus dem SNR 300 ein Bedarf nicht besteht,
- daß der Strom wesentlich teurer ist als Strom aus herkömmlichen Anlagen,

Genehmigungshindernis anzusehen sei. S. R. Kollert in: ders. u. a., Kalkar-Report 1983 S. 64 f. Ebenso  
für allgemeine Risikobewertungen: Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Sondergutachten  
»Energie und Umwelt« 1980, BT Drucks. 9/871.

14 Zu der Problematik einer Unterscheidung von Gefahren- und Vorsorgebereich in Sicherheitsfragen vgl.  
P. Marburger, Atomrechtliche Schadensvorsorge, 1983 S. 83 ff.; G. Winter, R. Schäfer, a. a. O. S. 704.

15 R. Breuer, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, DVBl. 1978, 829 (836); B. Bender,  
Gefahrenabwehr und Risikovorsorge als Gegenstand nuklearer technischer Sicherheitsrechts, NJW 1979,  
1425 (1429); a. A. VGH Mannheim v. 30. 3. 1982 (Wyhl), Urteilsabdruck S. 109 ff.

16 Dies verkennt der VGH Mannheim, a. a. O. S. 119.

17 BVerfG v. 8. 8. 1978, E 49, 89 (138, 140, 143); a. A. dazu VGH Mannheim, a. a. O. S. 123.

18 BVerfG v. 22. 12. 1980, E 61, 256 (264).

19 Vgl. S. 149 f. des Urteilsabdrucks, wo das Gericht sich über dieses Problem ausschweigt.

20 Vgl. dazu G. Winter DVBl. 1985, 993.

- daß es im Hinblick auf den französischen Stand der Brütertechnik nicht erforderlich ist, weitere Betriebserfahrungen mit dem Typ SNR 300 zu sammeln,
- daß es für den Typ SNR 300 auf dem Weltmarkt keine Nachfrage gibt<sup>21</sup>.

Auf dieser Prämisse aufbauend ist zu prüfen, ob Bedarfsgründe eine Genehmigungsverweigerung rechtfertigen oder gar erzwingen würden. Die ganz überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung lehnt dies entschieden ab. Nach ihr haben Bedarfsgründe im Atomrecht nichts zu suchen<sup>22</sup>. Obwohl die Entschiedenheit dieser Ablehnung in einem Mißverhältnis zu ihrer spärlichen Begründung steht – tatsächlich scheint es so, daß es hier eher um Glaubensbekenntnisse als wohl abgewogene Interpretationen geht –, ist sie doch in Rechnung zu stellen, wenn man über Alternativen nachdenkt. Die Aussicht einer solchen Alternative, von der Rechtsprechung anerkannt zu werden, muß von vornherein als gering eingeschätzt werden.

Soweit ersichtlich, hat in der Rechtsprechung bisher nur das OVG Lüneburg eine Bedarfsprüfung für zulässig gehalten, dabei jedoch betont, daß der Bedarf nicht Genehmigungsveroraussetzung sei, sondern in den Ermessensbereich gehöre<sup>23</sup>. In der Literatur finden sich nur vereinzelte Befürworter<sup>24</sup>.

Ganz im Gegensatz zu dieser Meinungslage sprechen die überwiegenden Gründe für eine Berücksichtigung energiewirtschaftlicher Gesichtspunkte, und zwar für eine Berücksichtigung nicht nur im Ermessens-, sondern gerade im Rechtsbereich der atomrechtlichen Genehmigung.

Zunächst aber einige Bemerkungen zum *Vorverständnis* vorweg, da dieses in der Frage besonders einflußreich zu sein scheint: Würde hier nicht eine Investitionskontrolle begründet werden? Die Frage ist zu bejahen, mit der Einschränkung, daß die Kontrolle nur negativ ausgerichtet wäre, nicht etwa positiv im Sinne der Ausübung von Investitionszwängen. Da die Elektrizitätswirtschaft aber – zulässigerweise, vgl. § 103 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – monopolistisch organisiert ist, bedarf sie stärkerer Kontrolle. Diese ist durch die Eingriffsmöglichkeiten des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und des GWB denn auch geschaffen worden, und zwar auf Grundlage des EnWG explizit als Investitionskontrolle.

Reicht aber die Energieaufsicht nach dem EnWG nicht aus? Warum muß sie auch in das Atomrecht einbezogen werden? – Eine Aufspaltung von Energieaufsicht und Sicherheitsaufsicht übersieht den inneren Zusammenhang von Bedarfs- und Sicherheitsaspekten bei Kernspaltungsanlagen. Ein Restrisiko kann der Bevölkerung nur zugemutet werden, wenn die Anlage nicht überflüssig ist. Energiebedarf und Sicherheit sind im Restrisikobereich also gegeneinander abzuwägen. Zu dieser Abwägung kann es nicht kommen, wenn beide Behörden ausschließlich ihren eigenen Fachbereich berücksichtigen dürfen. Widersprüchliche Wertungen lassen sich wie auch sonst im Verwaltungsrecht über geeignete Verfahren oder Bindungswirkungen ausschließen.

Sind die Gerichte nicht überfordert, wenn sie nun auch noch die Richtigkeit von Bedarfsprognosen überprüfen sollen? – Gerichte entscheiden darüber, ob ein Kind nach der Scheidung der Eltern besser bei der Mutter oder dem Vater aufgehoben ist,

<sup>21</sup> Zur Plausibilität dieser Annahme vgl. Bericht und Stellungnahme der Enquête-Kommission des 9. Bundestages, a. a. O. (Anm. 7).

<sup>22</sup> H. Fischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, 2. Aufl. 1978 § 7 Rz. 25; R. Breuer, a. a. O. (Anm. 15) S. 166; VG Schleswig v. 30.11.1979 (10 A 512/76) Urteilsabdruck S. 17; VGH Mannheim v. 30.3.1982, Urteilsabdruck S. 542 ff.

<sup>23</sup> OVG Lüneburg v. 20.1.1982 (7 OVG A 119/76) Urteilsabdruck S. 40.

<sup>24</sup> P. C. Mayer-Tasch, Das umweltrechtliche Genehmigungsverfahren, in: aus politik und zeitgeschichte 1978, B 17, S. 31; H. Sommer und W. Baumann, Diskussionsbeiträge, 7. Deutsches Atomrechtssymposium S. 206; G. Winter, Bedürfnisprüfung im Fachplanungsrecht, NuR 1985, 41 (44).

sie entscheiden darüber, wie sich ein marktbeherrschendes Unternehmen verhalten würde, wenn der Markt von ihm nicht beherrscht würde, sie entscheiden über das letzte sicherheitstechnische Detail von Kernkraftwerken und sie entscheiden auch über Bedarfsprognosen, und zwar im Fachplanungsrecht im Rahmen der Prüfung der Planrechtfertigung für Infrastrukturprojekte wie Straßen, Flughäfen, Talsperren, Kanäle, und sogar im Rahmen des Atomrechts, nämlich bei der Interessenabwägung für vorläufigen Rechtsschutz gem. § 80 Abs. 5 VwGO. Die Komplexität solcher Prognosen kann also, für sich genommen, kein Grund sein, sie nicht als Rechtsfragen zu behandeln. Im übrigen gibt es die Möglichkeit, die gerichtliche Kontrolldichte zurückzunehmen und auf eine Verfahrens- und Plausibilitätskontrolle zu beschränken. Auch mag erwähnt werden, daß der amerikanische National Environmental Policy Act für Kernkraftwerke eine Umweltverträglichkeitsprüfung verlangt, die auch den wirtschaftlichen Nutzen der Anlage beschreiben muß<sup>25</sup>, und daß die amerikanischen Gerichte insoweit eine gründliche und umfassende Darlegung fordern<sup>26</sup>.

Auf der *rechtsdogmatischen* Ebene lassen sich für eine Bedarfsberücksichtigung folgende Argumente anführen:

Aus der Gesetzesgeschichte ergibt sich, daß bei der Einführung des Verwaltungsermessens in § 7 AtG mit der Möglichkeit einer Bedürfnisprüfung zumindest gerechnet wurde. Artikuliert wurde die Erwartung von Thomas Dehler (FDP):

„Wenn Sie die Bestimmungen des § 7 Abs. 2 und des § 9 Abs. 2 in der jetzigen Vorlage beschließen würden, bestünde die Gefahr abweichender Handhabung in den verschiedenen Ländern ... und die Möglichkeit, daß in dem einen Land im Rahmen des Ermessensspielraums bestimmte wirtschaftspolitische Erwägungen angestellt würden. Die Entscheidung könnte also von einer, sagen wir: Bedürfnisprüfung oder einer sonstigen wirtschaftspolitischen Überlegung abhängig gemacht werden.“<sup>27</sup>

Die Möglichkeit wurde, da man mit der Verabschiedung des Gesetzes Eile hatte, in Kauf genommen<sup>28</sup>. Eine Bedarfsprüfung mit negativem Ausgang war damals angesichts der Aufbaunotwendigkeiten auch kaum vorstellbar. Sie muß aber in den Vordergrund dringen, seitdem die sozialen Kosten des ungezügelter Wachstums deutlicher in Erscheinung treten. Wenn diese Entwicklung zur Einführung eines zwingenden Vorsorgegebots (§ 5 BImSchG) geführt hat, das auch in das Atomrecht übertragen worden ist, so ist es aus der Entstehungs- und Interpretationsgeschichte heraus nur konsequent, die Bedarfsfrage nicht nur überhaupt als zulässig, sondern sogar als rechtlich geboten anzusehen.

Der Hauptgrund dafür ergibt sich aus der dogmatischen Struktur des Vorsorgegebots. Weiter oben habe ich dargelegt, daß die Beachtung des Vorsorgegebots Rechtspflicht der Genehmigungsbehörde ist, und daß das Gebot eine Schadensminimierung unterhalb der Gefahrgrenze verlangt, soweit die dafür aufzuwendenden Kosten nicht außer Verhältnis zum erzielbaren Sicherheitszuwachs stehen. Sicherheitsvorkehrungen sind nun aber nur *ein* Schutzschild für die Betroffenen. Sie reagieren auf Defekte, hinsichtlich derer zumindest ein Verdacht besteht; denn sonst würden sie ins Blaue geplant. Verursachungsketten, die gänzlich unbekannt oder,

25 NEPA § 102; 10 CFR § 51.26; vgl. dazu F. J. Feldmann, Gefahren und Gefahrenbeurteilungen in der Rechtsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil III, hrsg. v. R. Lukes, Köln 1980 S. 260.

26 Der US Court of Appeals für Washington DC, der für die Bundesbehörden zuständig ist und deshalb eine herausragende Stellung einnimmt, geht in seiner Forderung nach Abwägung von Alternativen sehr weit, vgl. Calvert Cliffs' Coordination Committee v. USAEC, 449 F 2 d 1109 u. bes. Aeschliman v. USNRC, 547 F 2 d 622; moderater dagegen der US Supreme Court, bes. Vermont Yankee v. NRDC, 435 U.S. 521.

27 PlProt. 3. WP 92. Sitzung S. 5039.

28 So der Abg. Memmel (CDU/CSU) a. a. O.

wie ich oben ergänzt habe, trotz Erforschung ungeklärt sind, werden dagegen als Restrisiko zugemutet. Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigt dies u. a. damit, daß man sonst »weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen« würde<sup>29</sup>. Man wird diesem leider sprachlich mißglückten Satz (»weithin« widerspricht »jede«, eine »Zulassung« kann man nicht »verbannen«) nicht Gewalt antun, wenn man ihn so versteht, daß nicht *jede* noch so unsinnige Techniknutzung das Restrisiko rechtfertigt, sondern nur – um weitere Vokabeln des Gerichts zu verwenden – die für die »Gestaltung der Sozialordnung« sinnvolle, »sozial-adäquate«. Ist eine Technik überflüssig oder gar ökonomisch schädlich, so rechtfertigt sie nicht die Zumutung eines Restrisikos.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß das Vorsorgegebot nicht nur eine Abwägung von möglichem Sicherheitsgewinn und dafür aufzuwendenden Kosten verlangt, sondern auch eine Abwägung von Restrisiko und energiewirtschaftlichem Bedarf für den zusätzlichen Strom und die eingesetzte Technologie. Besteht ein solcher Bedarf nicht, darf das Restrisiko den Betroffenen nicht zugemutet werden. Es steht dann nicht im Ermessen, sondern es ist Rechtspflicht der Behörde, die Genehmigung zu verweigern. Eine Weisung des Bundesinnenministers, die Genehmigung trotzdem zu erteilen, wäre dann rechtswidrig.

Selbst wenn man aber annimmt, daß die Bedarfsfrage in den Ermessensbereich gehört, so folgt daraus im Ergebnis nichts anderes. Zunächst fällt der Bedarfs Gesichtspunkt nicht etwa deshalb aus dem Ermessensbereich heraus, weil ein Ermessen aus verfassungsrechtlichen Gründen nur für Zwecke der Gefahrenvermeidung eingeräumt werden dürfte<sup>30</sup>. Es ist schon fraglich, ob sich die Trägergesellschaft des SNR 300, die sich überwiegend – über andere Gesellschaften vermittelt – in öffentlicher Hand befindet, auf den Grundrechtsschutz aus Art. 14 und Art. 12 GG berufen darf<sup>31</sup>. Weiterhin hat das BVerfG anerkannt, daß es sich bei der Elektrizitätsversorgung um ein überragendes Gemeinschaftsgut handelt, zu dessen Schutz auch objektive Zulassungsschranken errichtet werden dürfen<sup>32</sup>. Schließlich hat das BVerfG im Kalkar-Beschluß speziell zum Ermessen in § 7 AtG entschieden<sup>33</sup>:

»Der Gesetzgeber durfte deshalb von Verfassungen wegen den wissenschaftlichen, technologischen und industriellen Erkenntnis- und Erfahrungsstand bezüglich dieser möglichen Gefahren und ihrer Beherrschbarkeit als (vorerst) unzureichend einschätzen...«

Es sind also auch Gründe der industriellen Entwicklung, und das heißt doch vermutlich z. B. der technologiepolitischen Entscheidungen, des Vergleichs verschiedener Energieträger usw., die die Ermessenseinräumung legitimieren und dementsprechend bei der Ermessensausübung berücksichtigt werden dürfen.

Die Letztentscheidung im Ermessensbereich kommt in der Auftragsverwaltung nun zwar dem zuständigen Bundesminister zu, doch handelt es sich bei der Berücksichtigung des energiewirtschaftlichen Bedarfs um einen Gesichtspunkt, der dem Bereich der landeseigenen Verwaltung zuzurechnen ist. Maßstäbe sind den Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes zu entnehmen. Dieses Gesetz ist Bundesrecht geworden, wird aber gem. Art. 83 GG durch die Länder als landeseigene Angelegenheit ausgeführt. Art. 87c mit Art. 74 Nr. 11a GG ermächtigen demgegenüber nur zur Regelung und Weisungsverwaltung für den »Schutz gegen Gefahren, die bei Frei-

<sup>29</sup> BVerfG v. 8. 8. 1978, E 49, 89 (143).

<sup>30</sup> So aber VGH Mannheim a. a. O. (Anm. 15), S. 542 f.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG v. 7. 6. 1977, E 45, 63 (80) u. v. 20. 12. 1979, NJW 1980, 1093 für ausschließlich öffentliche Beteiligung. Für gemischtwirtschaftliche Unternehmen s. V. Emmenich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg 1969, S. 92 f.; H. Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, Stuttgart 1981, S. 295 ff.

<sup>32</sup> BVerfG v. 16. 3. 1971, E 30, 292 (324).

<sup>33</sup> BVerfG v. 8. 8. 1979, E 49, 89 (146). Hervorhebung von mir.

werden von Kernenergie oder durch ionisierende Strahlen entstehen«, also für nuklearspezifische Gesichtspunkte. Eine in den landeseigenen Bereich des Ermessens hineinwirkende Weisung wäre deshalb rechtswidrig.

*cc) Verweigerung der Genehmigung aus Gründen der Nichtverbreitung von Kernwaffen*

Ich unterstelle hier,

- daß frische Brennelemente des SNR 300 ein Uranisotop und Plutonium enthalten, die nach Abtrennung kernwaffentauglich sind,
- daß der radiale Brutmantel nach einigen Betriebsjahren Plutonium enthält, welches nach Abtrennung kernwaffentauglich ist<sup>34</sup>.

Die Genehmigungsbehörde müßte die Genehmigung verweigern, wenn dieser Sachverhalt gegen den Nichtverbreitungsvertrag oder das Verifikationsabkommen<sup>35</sup> verstieße. Diesen Verträgen hat der Bundestag durch Gesetz v. 4. 6. 1974<sup>36</sup> zugestimmt. Sie sind auch innerstaatlich verbindliches Recht und aus diesem Grund wie auch gem. § 1 Ziff. 4 AtG von der Genehmigungsbehörde anzuwenden.

Ein Verstoß gegen diese Abkommen liegt nicht vor. Zwar könnte man vertreten, daß i. S. d. Art. II des Nichtverbreitungsvertrages<sup>37</sup> Kernwaffen »hergestellt« werden, insofern mit der Brütertechnologie der entscheidende Schritt zur Herstellung waffenfähigen Materials getan wird. Doch wird diese materiellrechtliche Vorschrift im Verifikationsabkommen, das den vom Nichtverbreitungsvertrag gesetzten Rahmen ausfüllt, gänzlich von einem Konzept der Sicherheitskontrolle überlagert<sup>38</sup>. Nach diesem Konzept sollen Abzweigungen von waffenfähigem Material aus dem »friedlichen« Brennstoffzyklus zu Rüstungszwecken verhindert werden. Die Art der friedlichen Kerntechnologie wird dagegen nicht angetastet. Auch die International Fuel Cycle Evaluation (INFCE), die wegen Befürchtungen hinsichtlich Brütertechnologie und Wiederaufbereitung initiiert worden war und Vorschläge zur Verbesserung der »Abzweigungsresistenz« der Brennstoffzyklen entwickeln sollte<sup>39</sup>, hat sich nicht gegen die Brütertechnologie ausgesprochen<sup>40</sup>.

Gefahren atomarer Aufrüstung werden neben den genannten Abkommen auch durch § 1 Ziff. 1 AtG in den Blick genommen. Hiernach ist es Zweck des Atomgesetzes,

»die Erforschung, die Entwicklung und die Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken zu fördern«.

Dies bedeutet einerseits, daß die Kernenergie zu fördern ist, andererseits aber auch – das wird häufig übersehen – daß eine Förderung zu *unfriedlichen* Zwecken nicht zulässig ist. Wenn unter »Förderung« auch die Erteilung von Genehmigungen zu verstehen ist, ist diese ausgeschlossen, wenn mit der Anlage unfriedliche Zwecke verfolgt werden. Es dürfte allerdings vergeblich sein, dem Wort »friedlich« eine konkrete und subsumtionsfähige Bedeutung abzugewinnen. Da das Bundesverfas-

<sup>34</sup> Zur Plausibilität dieser Annahme vgl. die Stellungnahme in der Anhörung des Hess. Landtags – Ausschuß für Wirtschaft und Technik und Hauptausschuß – v. 15. 6. 1984; s. auch BT Drucks. 9/2001 S. 39.

<sup>35</sup> Beide abgedruckt in BGBl. 1974 II 794 und bei H. Fischerhof, a. a. O. (Anm. 22) S. 1003 ff.

<sup>36</sup> BGBl. II 794.

<sup>37</sup> Art. II lautet: »Jeder Nichtkernwaffenstaat ... verpflichtet sich, ... Kernwaffen weder herzustellen noch zu erwerben ...«

<sup>38</sup> Zur Kritik hieran und an weiteren Rücknahmen der ursprünglichen Verzichtbereitschaft durch das Verifikationsabkommen vgl. Künzel in der Hess. Landtags-Anhörung, a. a. O. (Anm. 34), Protokoll S. 61 ff.

<sup>39</sup> R. v. Preuschen, Nichtverbreitungspolitik und Nuklearexport RiW 1977, 741.

<sup>40</sup> Unterrichtung der Bundesregierung, BT Drucks. 8/3968 S. 23.

sungsgericht verteidigungspolitische Entscheidungen als Domäne der Bundesregierung ansieht<sup>41</sup>, ist zu erwarten, daß das Gericht die Beachtung der friedlichen Zwecke in den Bereich des Ermessens der Genehmigungsbehörde verorten und die Letztentscheidung im Ermessensrahmen nicht als landeseigene, sondern als weisungsunterworfenene Angelegenheit einstufen würde. Für unseren Zusammenhang heißt dies, daß eine Weisung des Bundesinnenministers unter dem Gesichtspunkt der Friedenssicherung weder wegen Verstoßes gegen rechtliche Genehmigungsvoraussetzungen noch wegen Eingriffs in landeseigene Angelegenheiten rechtswidrig wäre. Der Gesichtspunkt der Kernwaffenfähigkeit scheidet deshalb aus der weiteren Betrachtung aus.

*dd) Verweigerung der Genehmigung aus Entsorgungsgründen*

Ich unterstelle hier,

- daß für die kurzfristige Zwischenlagerung der Brenn- und Brutelemente aus dem SNR 300 zwar geeignete Einrichtungen zur Verfügung stehen, daß eine langfristige Zwischenlagerung, eine Wiederaufarbeitung und eine Endlagerung der genannten Stoffe jedoch noch ungeklärt, insbesondere auch durch internationale Verträge nicht klar und bindend abgesichert sind<sup>42</sup>.

Ob und inwieweit der »Entsorgungsnachweis« bei der atomrechtlichen Genehmigung zu berücksichtigen ist, ist stark umstritten. Höchststrichterlich ist die Frage noch unentschieden. Das BVerwG hat sie im Stade-Urteil offengelassen und lediglich zu verstehen gegeben, daß es sich schwer vorstellen kann, daß ein Kläger durch das Fehlen einer Entsorgungsregelung individuell betroffen sein kann – eine Frage, über die hier nicht zu handeln ist<sup>43</sup>. In der übrigen Rechtsprechung und Literatur werden alle denkbaren Positionen vertreten<sup>44</sup>, nämlich

- daß die Entsorgungsregelung Genehmigungsvoraussetzung sei, wobei
  - = manche zumindest das Vorliegen einer Errichtungsgenehmigung für eine Wiederaufarbeitungsanlage und ein Endlager fordern<sup>45</sup>,
  - = andere eine »hinreichende Aussicht« auf eine gesicherte Entsorgung genügen lassen<sup>46</sup>;
- daß die Entsorgungsregelung in den Ermessensbereich falle<sup>47</sup>;
- daß sie – mit inhaltlichen Minimalforderungen – Genehmigungsvoraussetzung sei und – potentiell mit Maximalforderungen – zugleich auch zum Ermessensbereich gehöre<sup>48</sup>; und sogar
- daß Entsorgungsfragen im Rahmen des § 7 Abs. 2 AtG überhaupt nicht zu berücksichtigen seien<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> BVerfG v. 18. 12. 1984, EuGRZ 1984, 593 (614 f.).

<sup>42</sup> So Wirtschaftsminister Jochimsen, lt. Westfälische Rundschau v. 7. 11. 1985. Neuere Forschungen weisen nach, daß die Toxizität des Abfalls selbst nach Wiederaufarbeitung noch weit höher ist als beim Leichtwasserreaktor. Ursache dafür ist nicht das Plutonium, sondern das in den Abfällen verbleibende Neptunium. (G. Kirchner, Ein neuer Toxizitätsindex zur Ermittlung des Gefahrenpotentials endgelagerter radioaktiver Abfälle, Diss. Bremen 1986). Die Hoffnung, durch die Brüterechnologie werde zugleich die Atomüllproblematik verringert, könnte sich deshalb als trügerisch erweisen.

<sup>43</sup> BVerwG v. 22. 12. 1980 E 61, 256 (275).

<sup>44</sup> Vgl. den umfassenden Überblick bei H. Hofmann, a. a. O. (Anm. 31) S. 192 ff.

<sup>45</sup> Vor allem A. Roßnagel, Grundrechte und Kernkraftwerke, Heidelberg 1979, S. 102 Anm. 282.

<sup>46</sup> Vor allem OVG Lüneburg v. 17. 10. 1977. DVBl. 1978, 67 (71 f.).

<sup>47</sup> Vor allem VGH Mannheim a. a. O. (Anm. 15) S. 502; so auch die wohl h. M. in der Literatur, s. z. B. R. Lukes, W. Dauk, Die Auswirkungen der Entsorgungsregelung des § 9a AtG auf den Anlagenegenehmigungstatbestand des § 7 Abs. 2 AtG, ET 1979, 667; ebenso die »Grundsätze zur Entsorgungsvorsorge für Kernkraftwerke« v. 29. 2. 1980, Umwelt Nr. 76 S. 21 Ziff. I 3.

<sup>48</sup> So H. Hofmann a. a. O., S. 194 f. selbst.

<sup>49</sup> VG Hannover v. 2. 6. 1977, ET 1978, 174 (181).

- Quer zu dieser Streidlinie liegt eine weitere Divergenz darin, daß
- manche den Entsorgungsnachweis bereits für die Errichtungsgenehmigung fordern<sup>50</sup>,
  - andere dagegen erst für die Betriebsgenehmigung<sup>51</sup>.

Da das Gesetz im Wortlaut, nach Entstehungsgeschichte und Systematik sowie hinsichtlich der möglichen Zwecke nicht viel hergibt, dürfte der Streit mit wissenschaftlichen Argumenten kaum zu entscheiden sein. Für jede der genannten Auffassungen lassen sich Argumente finden, mit Ausnahme derjenigen, die die Entsorgungsfrage bei der Anlagenehmigung gar nicht berücksichtigen will. Sie ist abwegig, weil danach eine Genehmigung selbst bei offenkundiger Unmöglichkeit der Entsorgung erteilt werden könnte.<sup>52</sup> Die Entscheidung zwischen den Positionen wird weitgehend vom Vorverständnis beeinflusst werden, insbesondere von dem Verantwortungsgefühl letztlich auch des BVerwG für den Schutz zukünftiger Generationen<sup>53</sup>.

Prognostiziert man auf der Grundlage der bisherigen atomrechtlichen Rechtsprechung des BVerwG, wie das Gericht entscheiden würde, so ist zu erwarten, daß es sich diejenige Auffassung zu eigen macht, nach der Entsorgungsfragen zum Ermessensbereich gehören. Die Genehmigungsbehörde wäre hiernach berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Genehmigung zu verweigern. Eine anderslautende Weisung des Bundesinnenministers wäre rechtmäßig, da die Endlagerung gem. § 9a Abs. 3 Satz 1 2. Hs iVm § 23 Abs. 1 Ziff. 2 AtG Angelegenheit bundeseigener Verwaltung ist und die Wiederaufarbeitung zur Bundesauftragsverwaltung gehört.

M. E. ist dagegen mit H. Hofmann anzunehmen, daß das Vorsorgegebot die Entsorgungsmöglichkeit mindestens insoweit umfaßt, wie Störungen der Entsorgung Rückwirkungen auf die Gefährlichkeit der Anlage haben würden, weil die eingelagerten Reststoffe auf Dauer im Kraftwerk verbleiben müßten<sup>54</sup>. Dementsprechend müssen spätestens im Zeitpunkt der Betriebsgenehmigung verlässliche Abmachungen getroffen sein und/oder Anlagen zur Verfügung stehen oder zumindest bestandskräftig genehmigt sein. Nach den Sachverhaltsprämissen ist dies nicht der Fall. Die Behörde dürfte und müßte deshalb die Genehmigung verweigern. Eine anderslautende Weisung des Bundes wäre rechtswidrig.

#### ee) Zwischenergebnis

Würde heute eine Gesamtgenehmigung eines SNR 300 derjenigen Bau- und Betriebsweise beantragt, die zur Zeit tatsächlich realisiert ist, so müßte die Genehmigung – unterstellt, die Sachverhaltsannahmen werden von der Behörde akzeptiert – verweigert werden, und zwar wegen ungeklärter Anlagesicherheit, wegen mangelnden energiewirtschaftlichen Bedarfs und wegen unzureichender Entsorgungsvorsorge. Gegenläufige Weisungen wären rechtswidrig.

Diese Rechtsauffassung entspricht nicht der herrschenden Meinung. Nach der hM dürfte die Genehmigung – ebenfalls unterstellt, die Sachverhaltsannahmen werden akzeptiert – verweigert werden, jedoch nur aus Gründen der Anlagesicherheit und der Entsorgung, nicht aus energiewirtschaftlichen Gründen. Eine anderslautende Weisung wäre rechtmäßig.

Vertretbar zur Frage der energiewirtschaftlichen Beurteilung ist auch die Meinung,

<sup>50</sup> So das OVG Lüneburg a. a. O. (Anm. 46).

<sup>51</sup> So H.-Ch. Knüppel, Die Untätigkeitsklage im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, atw 1979, 469.

<sup>52</sup> H. Hofmann, a. a. O. S. 194.

<sup>53</sup> Zu einer verfassungsrechtlichen Verankerung dieser Verantwortung s. H. Hofmann, a. a. O. S. 258 ff.

<sup>54</sup> H. Hofmann, a. a. O. S. 196–198.

daß die Behörde aus energiewirtschaftlichen Gründen die Genehmigung verweigern *dürfte* (nicht *müßte*). Eine gegenläufige Weisung wäre in diesem Fall rechtswidrig (weil sie in landeseigene Angelegenheiten eingriffe).

Die Kernwaffentauglichkeit der Brutergebnisse beim SNR 300 führt dazu, daß die Behörde die Genehmigung verweigern *dürfte*. Eine gegenläufige Weisung wäre jedoch rechtmäßig.

*b) Ist die Genehmigungsbehörde bei der Entscheidung über die Betriebsgenehmigung durch frühere Errichtungsgenehmigungen gebunden, und kann sie sich ggf. von der Bindung befreien?*

*aa) Sicherheitsgründe*

In der 1. Teilerrichtungsgenehmigung (TEG) von 1972 heißt es im Tenor u. a., mit dem Bescheid werde »den grundlegenden Auslegungsmerkmalen (Konzept) des Kernkraftwerks« »zugestimmt«. Eine Auflage regelt ergänzend, »das Gesamtsystem (Containment mit Reaktortanksystem) (sei) so auszulegen, daß es einer infolge einer überpromptkritischen Leistungsexkursion (= Bethe-Tait-Unfall, G. W.) freigesetzten mechanischen Energie von 370 MWs standhält«<sup>54</sup>.

Weitere TEGen genehmigen die Komponenten, die der Erfüllung dieser Auflage dienen sollen. In den Gründen der 5. TEG von 1982 »bestätigt« die Genehmigungsbehörde »für die Gesamtanlage, daß gegen das Eintreten und gegen die Folgen eines Bethe-Tait-Störfalls die erforderlichen Auslegungsmaßnahmen getroffen sind«<sup>55</sup>.

Angenommen, die Behörde sieht die Dinge jetzt anders, und zwar im Sinne einer unaufkläraren Eintrittswahrscheinlichkeit des Unfalls und dementsprechend einer unzureichenden Vorsorge: Darf sie über die alten Urteile hinweggehen?

Die zitierte Aussage in der 1. TEG ist als Konzeptvorbescheid zu qualifizieren<sup>56</sup>. Ein Konzeptvorbescheid bindet spätere Teilgenehmigungen im Umfang der getroffenen Feststellungen. Diese werden hinsichtlich des Bethe-Tait-Unfalls aber durch die Auflage offengehalten. Eine Bindung besteht also nicht. Der Konzeptvorbescheid könnte aber durch die definitive Aussage der 5. TEG ergänzt worden sein. Allerdings steht diese Aussage nicht im Tenor, sondern in den Gründen der TEG. Wenn auch der Gehalt einer TEG grundsätzlich dem Tenor zu entnehmen und nicht hinzuzufingieren ist<sup>57</sup>, so kann die Feststellung in den Gründen, der Bethe-Tait-Unfall werde von der Anlage beherrscht, wegen ihrer Entschiedenheit und zentralen Bedeutung für die TEG doch als schlüssiger Bestandteil des Regelungsgehalts angesehen werden. Durch diesen ergänzenden Vorbescheid wären spätere Teilgenehmigungen (und also auch die Teilgenehmigung für den Betrieb) insofern gebunden, als sie die als gegeben festgestellte Genehmigungsvoraussetzung (erforderliche Vorsorge hinsichtlich des genannten Unfalls) beachten müßten<sup>58</sup>. Anders wäre es, wenn man die zitierte Feststellung der 5. TEG als »vorläufiges positives Gesamturteil« qualifizieren würde. Ein solches Gesamturteil, das die Genehmigungsfähigkeit der Gesamtanlage prognostiziert, ist Voraussetzung dafür, daß statt einer Gesamtgenehmigung Teilgenehmigungen erteilt werden dürften<sup>59</sup>: ein Teil soll nicht ohne

<sup>54</sup> Bescheid Nr. 7/1 SNR der Minister für Arbeit, Gesundheit und Soziales sowie für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr NRW v. 18. 12. 1972, S. 2 und 63.

<sup>55</sup> Bescheid Nr. 7/5 SNR v. 22. 9. 1982 S. 141 f.

<sup>56</sup> Vgl. BVerwG v. 11. 1. 1985, NVwZ 1985, 341 (342).

<sup>57</sup> Th. Klante, Erste Teilerrichtungsgenehmigung und Vorbescheid im Atomrecht, 1984 S. 143 f.

<sup>58</sup> Zu dieser »Sekundärwirkung« im Unterschied zur »Primärwirkung« (d. h. den Bestand) einer TEG vgl. H. D. Jarass, Bindungs- und Präklusionswirkung von Teilgenehmigung und Vorbescheid, UPR 1983, 241 ff.

<sup>59</sup> § 18 Abs. 1 AtVfV.

Blick auf das Ganze akzeptiert werden. Obwohl Voraussetzung und typischerweise nicht Gegenstand der TEG, soll es doch durch ausdrückliche Formulierung oder unter bestimmten Bedingungen gar auch schlüssig zum Gegenstand der TEG gemacht werden können<sup>60</sup>. Gleichviel, wie man sich hierzu entscheidet, schließt die Vorläufigkeit des Gesamturteils jedenfalls eine Bindung aus, wenn eine neue Sach- oder Rechtslage eintritt<sup>61</sup>.

Die Abgrenzung von Konzeptgenehmigung und (vorläufigem) Gesamturteil ist bisher noch ungeklärt<sup>62</sup>. Sie bedürfte gründlicherer Beschäftigung als hier möglich ist<sup>63</sup>. Ein Minimalkonsens dürfte aber insofern erreichbar sein, als definitive Feststellungen über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen (wie hier die Beherrschung des Bethe-Tait-Unfalls) als (gleichsam mit dem TEG mitlaufender) Vorbescheid i. S. d. § 7a AtG qualifiziert werden können.

Die Genehmigungsbehörde ist bei der Entscheidung über die Betriebsgenehmigung also gebunden. Von dieser Bindung kann sie sich nur durch Rücknahme oder Widerruf des in der § 5 TEG enthaltenen Vorbescheids befreien. Eine Rücknahme (§ 17 Abs. 2 AtG) kommt in Betracht, wenn eine Genehmigungsvoraussetzung von vornherein nicht vorgelegen hat (was die Genehmigung rechtswidrig macht), ein Widerruf (§ 17 Abs. 3 Ziff. 1 AtG), wenn eine Voraussetzung später weggefallen ist. Die fragliche Voraussetzung ist hier die Beherrschung des Bethe-Tait-Unfalls. Die Behörde hat, wie hier unterstellt wird, diese zunächst bejaht und will sie nun verneinen. Darin läge eine Änderung der Sachlage, wenn die Wissenschaft hinsichtlich der Beherrschbarkeit des Störfalls inzwischen einen neuen Stand erreicht hätte<sup>64</sup>. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Behörde hat sich vielmehr auf der Grundlage des seit 1982 (dem Zeitpunkt der § 5 TEG) gleichgebliebenen Standes der Wissenschaft eines Besseren besonnen. 1982 hatte sie sich geirrt, eine Genehmigungsvoraussetzung lag in Wahrheit nicht vor. Einschlägig und zulässig ist deshalb eine Rücknahme des in der § 5 TEG enthaltenen Teilvorbescheids.

Die Rücknahme ist Ermessensentscheidung. Sie wäre Pflicht, wenn sie sich auch auf § 17 Abs. 5 AtG stützen ließe. Diese Bestimmung gilt zwar wörtlich nur für den Widerruf, also für rechtmäßige Verwaltungsakte, nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ist eine Rücknahme aber immer dann recht zulässig, wenn es eine in ihren Voraussetzungen schärfere Widerrufsvorschrift gibt<sup>65</sup>. § 17 Abs. 5 AtG setzt voraus, daß eine »erhebliche Gefährdung der Beschäftigten, Dritter oder der Allgemeinheit« zu erwarten und die Rücknahme deswegen »erforderlich« ist. Die »erhebliche Gefährdung« wird mit der Gefahrgrenze des § 7 Abs. 2 Ziff. 3 AtG gleichgesetzt<sup>66</sup>. Sicherheitsrisiken im Bereich der Gefahrenvorsorge werden also hingenommen.

60 Th. Klante, a. a. O. S. 106 ff. gegen VGH Mannheim a. a. O. S. 57 ff.

61 Th. Klante, a. a. O. S. 351; für das insoweit vergleichbare Immissionsschutzrecht H. D. Jarass, a. a. O. S. 244 f. Sp. und die amd. Begrdg. zu § 8 BImSchG, BT Drucks. 7/179 S. 34.

62 Auch Klante, a. a. O. hilft nicht weiter.

63 Das Krümmel-Urteil des BVerwG (NVwZ 1985, 341) hat die Debatte teils vereinfacht, indem es die Möglichkeit vorbescheidlicher Feststellungen einzelner Genehmigungsvoraussetzungen betonte, teils aber auch kompliziert, indem es unter Überdehnung des § 7a AtomG (»einzelne Fragen«) die Genehmigung des ganzen Konzepts als bindenden Vorbescheid ansieht. Richtiger wäre es, in der Konzeptgenehmigung ein (revidierbares) vorläufiges Gesamturteil zu sehen.

64 Eine Änderung des Standes der Wissenschaft ist, wenn sie den kognitiven Bereich betrifft, eine Änderung der Sachlage und, wenn sie den Wertungsbereich (die »Sicherheitsphilosophie«) betrifft, eine Änderung der Rechtslage. Eine von manchen vorgeschlagene Trennung zwischen neuer Sach- und Rechtslage einerseits, Änderung des Standes der Wissenschaft und der Sicherheitsphilosophie (vgl. Th. Klante, a. a. O. S. 345 ff.) ist mir nicht verständlich.

65 F. O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1983 § 48 Rz. 19, § 49 Rz. 7 m. w. N.

66 B. Kuckuck, Bestandsschutz und wesentliche Änderungen, 5. Deutsches Atomrechtssymposium S. 104 (217); sowohl auch K. Schmieder, Atomanlagegenehmigung und Bestandsschutz bei nachrückender Industrieansiedlung, Köln 1977, S. 63, 133.

Solange man ein außerordentlich hohes Schadensausmaß ohne Rücksicht auf die Eintrittswahrscheinlichkeit nicht als Gefahr ansieht, wird eine Verneinung der Vorsorgevoraussetzung, die sich auf Unaufklärbarkeit des Sachverhalts stützt, eher dem Vorsorgebereich zuzurechnen sein. Es bleibt deshalb bei der Rücknahmefähigkeit nur aus § 17 Abs. 2 AtG.

Eine die Rücknahme untersagende Weisung wäre (wenn sie rechtzeitig erfolgt) rechtmäßig, weil sie der Genehmigungsbehörde eine bestimmte Ermessensausübung, nicht einen Pflichtverstoß abverlangt.

#### *bb) Energiewirtschaftliche Gründe*

Oben zu a) bb) ergab sich, daß mangelnder Strombedarf, Unwirtschaftlichkeit und mangelnde technologische Erforderlichkeit des SNR 300, würden die Anlagen heute neu beantragt, zur Genehmigungsverweigerung führen *müßten* bzw. – bei Verortung der energiewirtschaftlichen Gesichtspunkte in den Ermessensbereich – führen *könnten*.

Zu prüfen ist, ob das Genehmigungsverhalten hinsichtlich der TEGen die Entscheidung über die Betriebsgenehmigung bindet.

Die 1. TEG bemerkt auf S. 90 knapp, »die vorgetragene Einwendungen energiewirtschaftlicher Art (sowie) nicht Gegenstand des atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens«. Die weiteren TEGen enthalten keine Aussagen zu energiewirtschaftlichen Gesichtspunkten.

Wir haben es hiernach weder mit einem Vorbescheid über das Vorliegen einzelner noch mit einem vorläufigen Gesamturteil über das Vorliegen sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen zu tun. Vielmehr handelt es sich um eine Variante, nach der ein Gesichtspunkt von vornherein gar nicht geprüft wird, weil die Behörde sich dazu nicht für befugt hält. Unterstellt, sie hat das Gesetz dabei richtig interpretiert, kommt eine Bindungswirkung also nur im Sinne einer »Primärwirkung«<sup>66a</sup> in Betracht. Diese Primärwirkung geht dahin, daß die Behörde auch an diejenigen Voraussetzungen gebunden ist, deren Prüfung sie aus rechtlichen Gründen abgelehnt hat; denn der Gegenstand der Genehmigung ist die Anlage und ihr Betrieb, nicht die Vielzahl möglicher Prüfungsschritte und -gesichtspunkte. So könnte auch eine Baugenehmigungsbehörde, die ein Gebäude aufgrund einer rein baulichen Beurteilung genehmigt hat, nicht später eine weitere Genehmigung für die Nutzungsart verlangen; dies hätte sie schon bei der ersten Genehmigung prüfen müssen. Der Punkt ist damit »konsumiert«.

Freilich gibt es Wege, sich von dieser Bindung wieder zu lösen. Dafür muß zunächst grundsätzlicher geklärt werden, wie es zu beurteilen ist, wenn nach Erteilung von TEGen, die bestimmte rechtliche Voraussetzungen aufgrund einer bestimmten rechtlichen Interpretation nicht prüfen (und konsequenterweise nicht zum Gegenstand eines vorläufigen Gesamturteils machen), sich eine Rechtsauffassung durchsetzt, die die Prüfung jener Voraussetzungen fordert. Ist diese Änderung als geläuterte Rechtsauffassung anzusehen, die von der Genehmigungsbehörde bei richtigem Verständnis hätte erkannt werden können, oder handelt es sich um eine Änderung der Rechtslage? Im ersten Fall wären die fraglichen TEGen rechtswidrig und könnten zurückgenommen werden, im zweiten wären sie rechtmäßig, jedoch – bei Vorliegen der entsprechenden Zusatzvoraussetzungen – wegen geänderter Rechtslage widerrufbar. Obwohl die zweite Auffassung realitätsnäher ist, führt sie in der allgemeinen Rechtsdogmatik doch zu enormen Komplikationen, die erst noch

<sup>66a</sup> S. oben Fn. 38.

gründlicher Bearbeitung bedürfen<sup>67</sup>. Vorerst ist deshalb die traditionelle erste Auffassung vorzuziehen. Für die Genehmigungsbehörde kommt also hinsichtlich der energiewirtschaftlichen Gesichtspunkte nur eine Rücknahme in Betracht (vgl. dazu unten cc)).

Da mangelnder Bedarf nicht i. S. d. § 17 Abs. 5 AtG eine Gefährdung darstellen kann, kommt dabei nur eine Rücknahme nach § 17 Abs. 2 AtG in Betracht. Hierzu ist nach dem oben Gesagten zunächst festzuhalten, daß die Behörde bei Erteilung der Genehmigung die energiewirtschaftlichen Folgen zwar hätte prüfen müssen. Fehlerhaft wird die Genehmigung aber erst dadurch, daß der energiewirtschaftliche Bedarf und die Wirtschaftlichkeit der Anlagen nach Prüfung auch hätte verneint werden müssen. Das ist nicht ex post, sondern mit einer ex ante-Betrachtung nachzuprüfen. Dazu bedarf es erneut einer hier nicht weiter zu verifizierenden Sachverhaltsannahme. Ich unterstelle,

daß Anfang der siebziger Jahre noch mit einiger Plausibilität angenommen werden konnte, daß der SNR 300 eine energiewirtschaftlich sinnvolle Investition sein würde, und daß die Bedenken dagegen sich erst seit der zweiten Hälfte der siebziger Jahre aufdrängten.

Eine Rücknahme aus energiewirtschaftlichen Gründen scheidet bei dieser Annahme für die 1. TEG folglich aus. Für die späteren TEGen – vor allem TEG 7/3, 1. Ergänzung zu 7/3, 7/4 und 7/5<sup>68</sup>, – ist eine Rücknahme dagegen zulässig, weil diese TEGen die neue Lage hätten berücksichtigen und in eine neue Restrisikoabwägung einbeziehen müssen. Daß die 1. TEG nicht zurückgenommen werden kann, wird damit bedeutungslos, weil ihre Aussagen als durch die späteren TEGen neu gefaßt und ersetzt anzusehen sind. Im übrigen kommt für die 1. TEG auch ein Widerruf in Betracht. Nach § 17 Abs. 3 Ziff. 2 AtG ist er zulässig, wenn eine der Voraussetzungen der Genehmigung später weggefallen ist und nicht in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen wird. In der Tat ist die Voraussetzung der energiewirtschaftlichen Erforderlichkeit der Anlagen später weggefallen. Abhilfe ist in angemessener Zeit nicht zu erwarten. Ein Widerruf wäre insofern zulässig.

Sowohl für die Rücknahme wie für den Widerruf bleibt allerdings noch zu prüfen, ob sie nicht wegen Fristversäumnisses ausgeschlossen sind. Sind § 48 Abs. 4 und § 49 Abs. 2 Satz 3 VwVfG anwendbar, so hätte die Behörde die Rücknahme bzw. den Widerruf innerhalb eines Jahres erklären müssen, seit sie von den diese Maßnahmen begründenden Tatsachen (hier: den Sicherheitsmängeln und der Unwirtschaftlichkeit) Kenntnis erlangt hat<sup>69</sup>. Die Fristvorschrift ist auf § 17 AtG jedoch nicht anwendbar. §§ 17, 18 AtG sind durch die 3. Änderungsnovelle zum AtG eigens an die neuen Regelungen des VwVfG angepaßt worden. Dabei sind auf die Eigenart der Atomanlagen, vor allem auf ihr hohes Schadenspotential zugeschnittene Sonderregelungen über die Voraussetzungen und Folgen von Rücknahme, Widerruf und nachträglichen Anordnungen getroffen worden. Hätte man die Fristvorschrift übernehmen wollen, so wäre dies zum Ausdruck gebracht worden. Daß dies nicht getan wurde, hat seinen guten Sinn darin, daß eine Frist von 1 Jahr viel zu kurz gewesen wäre. Denn Entscheidungsprozesse über die Einstellung von Großprojekten wie Atomanlagen kosten viel mehr Zeit. Wenn man sie nicht gänzlich ausschließen will (und das widerspräche der schlichten Existenz der §§ 17, 18 AtG), muß man ihnen mehr Zeit einräumen.

67 Vgl. BVerfG v. 16. 12. 1981, E 59, 128 (168), wo die Frage ebenfalls offengehalten wird.

68 Ich führe diese TEGen besonders auf, weil bei ihnen am ehesten für eine Ausweitung der Prüfungsgesichtspunkte Anlaß gewesen wäre.

69 Es kommt auf die *Tatsachenkenntnis*, nicht etwa die (meist später liegende) *Würdigung* der Tatsachen an. s. BVerwG v. 25. 6. 1982, DVBl. 1982, 998. Nach a. M. genügt die geänderte Auslegung einer Rechtsvorschrift: s. OVG Lüneburg v. 27. 5. 1975, Die Gemeinde 1976, 115.

Rücknahme bzw. Widerruf sind demnach zulässig. Eine gegenläufige Weisung wäre dagegen wiederum rechtswidrig, weil energiewirtschaftliche Gesichtspunkte in Landeskompetenz fallen.

37

#### *cc) Entsorgungsgründe*

Oben zu a) cc) wurde festgestellt, daß die Genehmigung, würde sie heute neu beantragt, wegen unzureichender Entsorgungsvorsorge verweigert werden könnte bzw. müßte.

Zu fragen ist, ob die Betriebsgenehmigung für die beiden Anlagen in der Entsorgungsfrage durch positive vorläufige Gesamturteile in früheren TEGen gebunden ist.

Die TEGen enthalten zur Entsorgungsregelung durchweg nur sehr vage Ausführungen, die dem entsprechen, was die »Grundsätze zur Entsorgungsvorsorge für Kernkraftwerke« v. 6. 5. 1977 und v. 29. 2. 1980<sup>70</sup> für die Errichtungsphase fordern. Hiernach ist der endgültige Entsorgungsnachweis erst zur Inbetriebnahme der Anlage zu führen. Während der Errichtungsphase werden nur vorbereitende Aktivitäten verlangt, die die TEGen in knappen Sätzen registrieren, aber nicht gründlich bewerten. Deshalb kann eine Bindung der Betriebsgenehmigung an vorherige Gesamturteile über Entsorgungsregelungen nicht angenommen werden.

#### *dd) Ergebnis*

Will die Genehmigungsbehörde die Betriebsgenehmigung aus Gründen mangelnder Sicherheit verweigern – grundsätzlich ist sie auf der Basis der Sachverhaltsannahmen hierzu befugt (und nach einer Minderheitsposition sogar verpflichtet) – so ist sie daran zwar durch einen Vorbescheid an sich gehindert, kann sich von dieser Bindung aber durch Rücknahme des Vorbescheids befreien. Weist der Bundesinnenminister die Behörde an, die Betriebsgenehmigung zu erteilen, so verlangt er eine Pflichtverletzung; die Weisung wäre rechtswidrig. Rechtmäßig wäre die Weisung dagegen, wenn sie sich auf die Untersagung der Rücknahme beschränken würde. Allerdings könnte sie zu spät kommen.

Will die Genehmigungsbehörde sich auf mangelndes energiewirtschaftliches Bedürfnis stützen – grundsätzlich ist sie auch hierzu befugt, wobei ich aber einer Minderheitsposition folge –, so ist sie daran zwar wiederum durch frühere TEGen an sich gehindert, kann sich von dieser Bindung aber durch Rücknahme bzw. Widerruf der entsprechenden TEGen befreien. Weisungen des Bundesinnenministers wären rechtswidrig, weil sie in Landeskompetenzen eingreifen würden.

Will die Behörde sich schließlich auf mangelnde Entsorgungssicherheit stützen, so ist sie durch frühere TEGen daran nicht gehindert, sondern darf die Betriebsgenehmigung verweigern. Nach einer Minderheitsposition muß sie dies tun, in welchem Falle eine – sonst rechtmäßige – gegenläufige Weisung des BMI rechtswidrig wäre.

#### *ee) Entschädigungsfolgen*

Kommt es zur Rücknahme bzw. zum Widerruf, so muß das Land Entschädigung in Geld leisten (§ 18 Abs. 1 AtG); der Bund muß dem Land dann »entsprechend (seinem) sich aus der Gesamtlage ergebenden Interesse ... Ausgleich ... leisten«

<sup>70</sup> Abgedruckt in Umwelt Nr. 76 v. 25. 4. 1980 S. 21.

(§ 18 Abs. 3 AtG). Der Gegenstand der Entschädigung ist zunächst dadurch eingeschränkt, daß Rücknahme bzw. Widerruf jeweils nur Teilaspekte, also nicht die Gesamtanlage, betreffen. Im einzelnen ist dabei noch vieles klärungsbedürftig, jedenfalls ist der Fall aber anders zu behandeln als der einer Aufhebung einer bereits erteilten Betriebsgenehmigung. Noch ungeklärt ist auch die Problematik der Entschädigungshöhe. Obergrenze ist gem. § 18 Abs. 1 Satz 4 AtG der Zeitwert der Anlage. Zu fragen wäre hier, was der Verkehrswert einer Anlage ist, die vermutlich nur mit Hilfe von immerwährenden staatlichen und konzerninternen Zuschüssen kostendeckend arbeiten kann<sup>71</sup>.

## 2. Energiewirtschaftsrechtliche Befugnisse

Während die auf das AtG gestützten Befugnisse primär auf die technische Sicherheit gerichtet sind, verfolgen die aus dem EnWG hergeleiteten Befugnisse primär versorgungspolitische Zwecke. Ähnlich wie bei jenen ist auch bei diesen zuerst zu klären, ob der SNR 300, wenn er heute neu gebaut werden sollte, untersagt werden könnte. Nur wenn diese Frage bejaht werden kann, ist zweitens zu untersuchen, ob sich die zuständige Behörde durch eine frühere Zustimmung zu dem Projekt gebunden hat, und ob sie sich ggf. von der Bindung wieder befreien kann. Ist dies zu verneinen, sind drittens nachträgliche Eingriffsmöglichkeiten zu prüfen. Da es sich bei der Energieaufsicht um landeseigene Verwaltung handelt<sup>72</sup>, Bundesweisungen auf Grund von Art. 85 GG also nicht zulässig sind, ist nur zu prüfen, ob das Land zur Untersagung berechtigt, nicht auch, ob es dazu womöglich verpflichtet ist.

a) *Dürfte die zuständige Behörde den Bau des SNR 300 untersagen, wenn er heute neu geplant und angezeigt würde?*

Der Landeswirtschaftsminister kann nach § 4 Abs. 2 EnWG

»den Bau, die Erneuerung, die Erweiterung oder die Stilllegung von Energieanlagen der Energieversorgungsunternehmen ... beanstanden. Beanstandete Vorhaben kann er ... untersagen, wenn Gründe des Gemeinwohls es erfordern.«

aa) Das zu untersagende Vorhaben müßte in dem Bau einer »Energieanlage« bestehen. Der SNR 300 gilt als ein Prototyp. Mit ihm will man Erfahrungen für kommerzielle Typen sammeln. Dennoch soll er in nicht unerheblichem Umfang Strom produzieren und ans Netz liefern. Er ist deshalb nicht nur ein Forschungsvorhaben, sondern gehört i. S. d. § 2 EnWG zu den »Anlagen, die der Erzeugung ... von Elektrizität ... dienen«. Ist er somit Energieanlage, fragt sich weiter, ob insgesamt oder nur in Teilen. In der Literatur hat sich mit merkwürdig geringem Begründungsaufwand die Auffassung verbreitet, daß bei Kraftwerken nur jeweils der unmittelbar der Stromerzeugung dienende Teil, also die Turbinen und Generatoren, unter die Energieaufsicht fällt. Die Erzeugung der Primärenergie, im Kernkraftwerk die der Wärme durch Kernspaltung, werde nicht erfaßt<sup>73</sup>.

71 Nach D. Kuhnt (Entwicklung und Aussichten des SNR 300, in: M. Czarkinski (Hrsg.), *Perspektiven der Kernenergie*, Forschungsberichte der K. Adenauer-Stiftung, Melle 1984, S. 128 f.) gibt es einen Risikobeteiligungsvertrag zwischen der BRD, den Niederlanden, Belgien und der Betreibergesellschaft des SNR 300 zur Übernahme von Verlusten der Betreibergesellschaft im Zusammenhang mit dem Betrieb des SNR und zur Deckung künftiger Stilllegungskosten.

72 Allg. Meinung, vgl. W. Tegethoff, U. Bündenbender, H. Klinger, *Das Recht der öffentlichen Energieversorgung*, EnWG § 1 Anm. 5.

73 Tegethoff u. a., a. a. O. § 1 Anm. 3 Rz. 8 u. § 2 Anm. 2b Rz. 6; U. Bündenbender, *Energierrecht* 1982

Die Auffassung hätte recht phantastische praktische Konsequenzen. Nach ihr könnte energiewirtschaftsrechtlich unbeanstandet ein KKW entstehen, das aus abgeschnittenen Rohren heißen Dampf in die Welt verpufft, weil Turbine und Generator energiewirtschaftsrechtlich untersagt wurden. Abgesehen von diesen verqueren Folgen, die nur aus dem Bemühen interessierter Kommentatoren erklärbar sind, den öffentlichen Einfluß auf die Primärenergiewahl zu minimieren, spricht gegen die enge Auslegung aber vor allem der Zweck der Untersagungsbefugnis. Diese dient ebenso wie die anderen Instrumente des EnWG dazu, die Energieversorgung mit Strom und Gas »so sicher und billig wie möglich zu gestalten«<sup>74</sup>. Wenn es um preisgünstige Versorgung geht, kann man aber nicht einfach die für die Stromerzeugung verwendete Primärenergie ausblenden. Sie geht in den Strompreis ein und muß deshalb auch den Aufsichtsbefugnissen unterstellt werden. Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilt, ist zumindest der konventionelle Teil des SNR 300 Gegenstand möglicher Untersagung. Eine solche würde im übrigen vermutlich mittelbar die ganze Anlage treffen<sup>75</sup>.

bb) Die Untersagung muß durch Gründe des Gemeinwohls erfordert sein. Gemäß den oben zu 1 a bb beschriebenen Sachverhaltsannahmen kommen zum einen mangelnder Strombedarf und vergleichsweise Preisungünstigkeit, zum anderen mangelnder Forschungsbedarf und fehlende Weltmarktnachfrage nach SNR in Betracht. Ob die letzteren Gründe zählen, wäre vermutlich streitig. Die Autoren der Energiewirtschaft würden sie auf der Basis ihrer engen Auslegung des Gemeinwohls<sup>76</sup> zurückweisen, die Autoren der Aufsichtsbehörden möglicherweise berücksichtigen<sup>77</sup>. Die Frage kann offenbleiben. Denn jedenfalls sind die erstgenannten Gründe solche des Gemeinwohls, weil Überproduktion und Preisungünstigkeit die »sichere und billige« Versorgung behindern<sup>78</sup>.

Allerdings muß das Land sich dabei bundestreu verhalten. Zwar ist Energieaufsicht Landessache, doch greift Energieversorgung vielfältig über Landesgrenzen hinaus, was von dem je zuständigen Land zu berücksichtigen ist<sup>79</sup>. Andererseits können der Bund und die anderen Länder nicht verlangen, daß das Land ein unzumutbares Sonderopfer erbringt<sup>80</sup>. Insgesamt erscheint es aber als wenig sinnvoll, aus diesem Wertungsgeflecht konkrete Entscheidungsinhalte abzuleiten. Vielmehr empfiehlt sich eine verfahrensmäßige Auflösung der Interessenkonflikte. Dafür stellt die Vereinbarung zwischen dem Bundeswirtschaftsminister und den Landeswirtschaftsministern v. 10. 12. 1964<sup>81</sup> ein geeignetes Abstimmungsverfahren bereit, das auf die

Rz. 116; widersprüchlich bei KKW und Wasserkraftwerken W. Oberholte, W. Danner, Energiewirtschaftsrecht, EnWG § 2 Anm. 2b aa.

74 S. die Präambel zum EnWG, die zumindest als Auslegungshilfe fortwirkt.

75 Wer Gefallen an politischen Tricks hat, könnte sich sogar ausmalen, daß das Land pokergeschtig nur die Stromerzeugung untersagt und der Bundespolitik des Einstiegs in die Plutoniumwirtschaft anheimstellt, man möge den nuklearen Teil trotzdem betreiben.

76 Bei Tegethoff u. a. § 4 Anm. 3d Rz. 3 heißt es: »Weder allgemeine volkswirtschaftliche, sozialpolitische oder ähnliche Gründe noch betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte oder Überlegungen finanzierungsmäßiger Art vermögen einen solchen Eingriff zu stützen«.

77 S. Oberholte/Danner a. a. O. § 4 Anm. 3f., nach denen abzulehnen ist, daß »allgemeine gesamtenergie- und volkswirtschaftliche Interessen von vornherein der Betrachtung entzogen sind«.

78 Vgl. insbes. Büdenbender, a. a. O. Rz. 178, nach dem ein Fall von unrationeller Unternehmensführung vorliegt, wenn ein Energieversorgungsunternehmen »Energieanlagen über die benötigte Kapazität hinaus errichtet und dadurch die Gefahr heraufbeschwört, aufgrund überflüssiger Festkosten die Strompreise der Verbraucher unnötig zu belasten«.

79 Dazu J. Kevekordes, Die fehlende Zuständigkeit eines Bundeslandes für die Investitionsaufsicht über Elektrizitätsunternehmen nach § 4 Abs. 2 EnWG in anderen Bundesländern, RdE 1983, 230.

80 So hat der Bund auch nicht insistiert, als das Land Niedersachsen den Wiederaufarbeitungs»park« Gorleben für nicht durchsetzbar hielt.

81 MinBl. des BMWi 1964 Nr. 24, S. 273.

Herstellung des Benehmens der jeweils anderen Beteiligten gerichtet ist. Das Land Nordrhein-Westfalen muß sich um dieses Benehmen bemühen, bevor es eine abweichende Entscheidung treffen darf. Im übrigen ist hervorzuheben, daß die Entscheidung nur energiepolitisch motiviert sein darf und muß; industriepolitische Gesichtspunkte wie die der Sicherung der Konkurrenzfähigkeit auf dem Weltmarkt für Kraftwerke scheiden aus und zwingen nicht etwa zur Übernahme eines vom Land abweichenden Bundesstandpunkts.

*b) Ist die Energieaufsichtsbehörde an einer Untersagung durch frühere Zustimmung gebunden, und kann sie sich ggf. von dieser Bindung befreien?*

Der Landeswirtschaftsminister hat 1973, nachdem ihm das Vorhaben angezeigt worden war, dem Betreiber mitgeteilt, er »erhebe... gegen die Errichtung der Anlage SNR 300 in Kalkar keine Einwände«. Diese sog. Freigabeerklärung ist ein Verzicht auf Beanstandung und Untersagung gem. § 4 EnWG und wird allgemein als feststellender Verwaltungsakt angesehen<sup>82</sup>. Hieran ist der Minister gebunden.

Eine Untersagung kommt jedoch nach Widerruf der Freigabe in Betracht. Daß die Anlage bereits fertiggestellt ist, die Untersagung nach dem Wortlaut von § 4 Abs. 2 EnWG sich aber nur auf den Bau beziehen kann, ändert hieran nichts. Die Situation gleicht derjenigen, in der der Betreiber auf eigenes Risiko gebaut hat, ohne die Freigabeerklärung abzuwarten; auch hier kann die Behörde (den Betrieb) untersagen oder gar den Abriß anordnen<sup>83</sup>.

Der Widerruf ist zulässig, wenn aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen die Freigabe hätte verweigert werden können, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre.

Die erste Voraussetzung wird man wegen der geänderten Lage der Energieversorgung und der Verfügbarkeit von Uran für gegeben halten können. Für die zweite Voraussetzung ist dagegen mehr erforderlich als das schlichte Vorliegen ausreichender Untersagungsgründe. Hier wäre der Komplex des »Einstiegs in die Plutoniumwirtschaft« auszuarbeiten<sup>84</sup>.

Im einzelnen ist dies freilich nicht erforderlich, weil der Widerruf am Ablauf der ihm gesetzten Frist scheitert<sup>85</sup>. Die Landesregierung kennt die denkbaren Widerrufsründe seit mehr als 1 Jahr; sie hätte binnen dieser Frist den Widerruf aussprechen müssen.

Der Widerruf ist somit ausgeschlossen. Eine Untersagung gem. § 4 Abs. 2 EnWG wäre folglich unzulässig.

*c) Ist eine nachträgliche Untersagung gem. § 8 EnWG zulässig?*

Nach § 8 Abs. 1 EnWG kann der Landeswirtschaftsminister den Betrieb eines Energieversorgungsunternehmens ganz oder teilweise untersagen, wenn sich das Unternehmen »außerstande« »zeigt«, »seine Versorgungsaufgaben, insbesondere die ihm aufgrund dieses Gesetzes auferlegten Pflichten, zu erfüllen«, und wenn »zur Beseitigung der das Energieversorgungsunternehmen an der Erfüllung seiner Versorgungsaufgaben hindernden Umstände ausreichende Maßnahmen nicht getroffen werden« können.

§ 8 EnWG soll nach Auffassung von Obernolte/Danner<sup>85</sup>

82 Obernolte/Danner 2. a. O. § 4 Anm. 4; Tegethoff u. a., 2. a. O. § 4 Anm. 3a Rz. 4.

83 Obernolte/Danner 2. a. O. § 4 Anm. 3d; Tegethoff u. a., 2. a. O. § 4 Anm. 3a Rz. 5 und 6.

84 S. dazu A. Roßnagel, Der radioaktive Zerfall der Grundrechte, 1985.

85 § 49 Abs. 2 Satz 2 iVm § 48 Abs. 4 VwVfG.

«Gefahren für die Versorgungsqualität verhindern, die mit der auf fehlenden brancheninternen Wettbewerb zurückzuführenden Marktstellung der EVU verbunden sein können. Es soll gewährleistet werden, daß bei der Versorgung allgemeinerwirtschaftliche Interessen nicht unberücksichtigt bleiben, notwendige strukturelle Bereinigungsverfahren nicht künstlich aufgehalten, insgesamt mithin die Leistungsfähigkeit der Energieversorgungswirtschaft nicht beeinträchtigt werden und Verbraucherinteressen nicht zu kurz kommen.»

Die Vorschrift sollte nach ihrer Entstehungsgeschichte ermöglichen, kleine rückständige und teure Unternehmen zwangsweise zu schließen, ein Vorgang, der den Namen Abmeierung trägt<sup>86</sup>. In der Gesetzesbegründung werden als Beispielfälle Unternehmen aufgeführt, die außerstande sind, überhöhte Tarife abzubauen oder ihrer Versorgungspflicht zu genügen<sup>87</sup>. Auf Parallelen im englischen und französischen Recht wird hingewiesen.

Soll also nun die Schnelle-Brüter-Kernkraftwerksgesellschaft abgemeiert werden können? Die Frage erscheint absurd, aber eine unbefangene Lektüre der zitierten Bestimmung und ihrer literarischen Verarbeitung könnte zu der Erkenntnis führen, daß einmal mehr die Extreme, hier: das Mangelhafte und das Perfekte, sich berühren. Die Rechtsprechung hat mehrfach gezeigt, daß sie Rechtsnormen notfalls auch sprunghaft umzuinterpretieren bereit ist, um einem Wandel des sozialen Substrats gerecht zu werden<sup>88</sup>. Wenn das Hauptproblem früher die wegen technischer Rückständigkeit ineffizienten Anlagen waren, so heute (zusätzlich) die wegen allzu schnellen technischen Vorgriffs ineffizienten Anlagen. Die entsprechende juristische Neuinterpretation dürfte freilich (zunächst?) daran scheitern, daß es an einer sozialen Bewegung fehlt, die sie fordern und stürzen könnte. Doch gehört es zur Dialektik des rechtlichen Wandels, daß, wer ihn fordert, nicht an ihm zweifeln darf. Das gilt auch für die Landesregierung Nordrhein-Westfalens.

86 A. a. O. Vorbem. zu §§ 8 und 9.

87 Abgedruckt bei Oberholte/Danner, a. a. O. I 15 ff.

88 Zu dem Argumentationsmuster und Beispielen s. W. Hoffmann-Riem in ders. (Hrsg.) Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht, 1981, S. 31-39.

# Bürgerrechte & Polizei



**Bürgerrechte  
& Polizei**

Gllp 25  
Nr. 1/1986  
Preis 9,-/DM

Herausgeber: H. Birsch, K. Dieckmann,  
A. Funk, U. Kaul, C. Kunze, W.-D. Naeff,  
F. Werentin

**Ausgabe 23: Neue "Sicherheits"-Gesetze**  
Stand: 1. März 1986  
Personalausweis- u. Paßgesetz  
MAD-Gesetz - VIS-Gesetz - ZÉVIS-Gesetz  
Zusammenarbeits-Gesetz  
Datenschutzgesetz  
Dokumentation, Kritik, ergänzendes Material

**Ausgabe 22:**  
- Recht auf Akteneinsicht  
- Polizeiliche Wasserwerfer  
- § 129a StGB als "polizeil." Befugnisnorm  
- IMK-"Thesen" über "Verdeckte Ermittler"  
und V-Leute

Redaktion Gllp      Versand Kirschhorn  
Winklerstr. 4a      Lietzenburger Str. 99  
D-1000 Berlin 33      D-1000 Berlin 15

Preis/Einzelheft: DM 9,- plus Versand  
Jahresabo (3 Hefte)  
Personen: DM 21,- plus Versand  
Institutionen: DM 40,- plus Versand