

IV. Zur Frage der Grundrechtsfähigkeit der Energieversorgungsunternehmen und ihrer Betreibergesellschaften

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

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

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

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

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

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

und der Funktionsweise („Staatsnähe“), sowie der Intensität der öffentlich-rechtlichen Bindungen bei der Aufgabenerfüllung.

Ein weitgehender Konsens in Schrifttum und Rechtsprechung läßt sich doch wenigstens hinsichtlich der Feststellung beobachten, daß der bloßen Rechtsform als solcher keine entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung der Grundrechtsfähigkeit zukommen soll. Auf der Grundlage der in der *Sasbach-Entscheidung* entwickelten und im *Innungsverbands-Beschluß* ausdifferenzierten Verfassungsrechtsprechung¹⁰⁷ bedeutet dies zweierlei: (1) Juristische Personen des *öffentlichen Rechts*, also Hoheitsträger wie Gemeinden oder Gemeindeverbände, können sich bei der Wahrnehmung der ihnen obliegenden „öffentlichen Aufgaben“ grundsätzlich nicht auf den Schutz durch Grundrechte (Eigentum, Berufsfreiheit) berufen. (Auf die Ausnahmen zugunsten grundrechtlich besonders geschützter und öffentlichrechtlich organisierter Lebensbereiche wie : Kirchen, Universitäten, Rundfunkanstalten, braucht hier nicht eingegangen zu werden.) Und (2): Dies gilt auch, wenn die Hoheitsträger einen Teil ihrer Aufgaben durch gesellschaftsrechtliche „Ausgründungen“, mithin durch Gesellschaften des privaten Rechts (AG, GmbH) und in privatrechtlichen Handlungsformen wahrnehmen (lassen), jedenfalls, solange der Verwaltungsträger den alleinigen oder doch ganz beherrschenden Einfluß in der Gesellschaft privaten Rechts ausübt.

Der Rechtsform – juristische Person des privaten Rechts – soll, so die Rechtsprechung,¹⁰⁸ hier lediglich „indizielle Bedeutung“ zukommen. Maßgebend sei auf die Art der wahrzunehmenden Aufgaben und die Funktion, welche die juristische Person jeweils ausübt, abzustellen. Das bereits in der *Stadwerke Hameln-Entscheidung* deutlich erkennbar gewordene materielle Argument richtet sich, durchaus plausibel, gegen die Manipulierbarkeit der Grundrechtsfähigkeit durch formal-organisatorische „Privatisierungen“ der Öffentlichen Hand.¹⁰⁹ Genügte die Wahl der Privatrechts-Form für einen gemeindlichen „Daseinsvorsorge“-Betrieb, um diesen zum Grundrechtssubjekt zu machen, anstatt ihn als Grundrechtsadressaten gebunden zu halten, dann könnten sich die (kommunalen) Hoheitsträger gar zu leicht aus der sie sonst treffenden Grundrechtsbindung verabschieden. Dem setzt das BVerfG (a.a.O.) entgegen: „Ein Betrieb, der ganz der öffentlichen Aufgabe der gemeindlichen Daseins-

107 BVerfGE 61, 82, 100 ff.; 68, 193, 212 f.

108 BVerfGE 68, 193, 212.

109 Vgl. BVerfGE 45, 63, 80.

vorsorge gewidmet ist und der sich in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung befindet, stellt daher nur eine besondere Erscheinungsform dar, in der öffentliche Verwaltung ausgeübt wird; er ist in der Frage der Grundrechtssubjektivität in dem hier gegebenen Zusammenhang nicht anders zu behandeln als der Verwaltungsträger selbst.“

Wenn es aber nicht entscheidend auf die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Organisationsform, sondern auf die Qualität der wahrzunehmenden Aufgaben – als „öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge“ – ankommen soll, dann stellen sich mehrere, schwer lösbare Folgefragen. Wo verläuft die Grenze zwischen Tätigkeiten der als „öffentliche“ einzustufenden „Daseinsvorsorge“ und anderen lebenswichtigen, aber von Privaten und in privatrechtlichen Formen wahrgenommenen Funktionen? Wie ist im Zeichen der Liberalisierung und Europäisierung der Stromversorgung, der das Energiewirtschaftsgesetz 1998 Rechnung trägt, die Wahrnehmung der Daseinsvorsorge-Aufgabe „Elektrizitätsversorgung“ durch private Anbieter auf dem Strom-Markt zu beurteilen? Ferner: Gehört auch die Stromerzeugung bereits zur „Daseinsvorsorge“ oder erst die „Versorgung“. Soll das erstere gelten, muß man dann nicht auch beim öffentlichen Personennahverkehr die Produktion der Omnibusse und bei der Abwasserentsorgung die Herstellung der Kanalisation zur Daseinsvorsorge rechnen?¹¹⁰ Und wie steht es schließlich mit der Grundrechtsfähigkeit der im Bereich der Stromversorgung weit verbreiteten *gemischtwirtschaftlichen Unternehmen*, bei denen sich die Kapitalanteile der Gesellschaft teils in „öffentlicher“, teils in der Hand „Privater“ befinden? Soll die Grundrechtsträgerschaft hier je nach den Beteiligungsverhältnissen variieren und u.U. ständigen Schwankungen unterliegen?

Mit Recht wird die Eignung des Kriteriums der Beteiligungsverhältnisse in Zweifel gezogen.¹¹¹ Bei verschachtelten Beteiligungen sei der Anteil der öffentlichen Hände oft nur unter größten Schwierigkeiten festzustellen; Änderungen der Quoten vollzögen sich bei mehrstufigen Schachtelbeteiligungen oft unmerklich. Unklar sei auch, welches Kriterium bei einem Auseinanderfallen von Kapital- und Stimmverhältnissen maßgeblich sein soll.

Angesichts so zahlreicher offener Zweifelsfragen nimmt es nicht wunder, daß insbesondere für den praktisch wichtigen Bereich der „gemischtwirtschaftlichen Unternehmen“ die Liste der Befürworter der Grundrechtsfähigkeit un-

110 So fragt mit Recht *Di Fabio*, Ausstieg, (N.1), S. 93 f.

111 Vgl. *Hartung*, (N. 106), 397.

gefähr ebenso lang ausfällt wie die der verneinenden Stimmen.¹¹² Teilweise bleibt im Unklaren, welche Kriterien den Ausschlag geben sollen. So läßt *Roller*¹¹³ einerseits den „Einfluß der öffentlichen Hand“ maßgebend sein (mit der Folge der Verneinung des Grundrechtsschutzes), andererseits soll die zunehmende Privatisierung der Betreiberunternehmen und ihrer Muttergesellschaften dann doch zu deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 14 Abs.1 GG führen.

Viel mehr Kritik als Klärung hat in diesem Zusammenhang der vielbeachtete Kammerbeschuß des BVerfG vom 16.5.1989 zur Grundrechtsfähigkeit und Verfassungsbeschwerdebefugnis der Hamburgischen Electricitäts-Werke AG (HEW) gebracht¹¹⁴. Dem Gericht genügten die Qualifizierung der Stromversorgung als typische Aufgabe der *Daseinsvorsorge* und der Hinweis auf die besonderen öffentlichrechtlichen Bindungen der Stromversorger durch das Energiewirtschaftsgesetz, um das Vorliegen einer „*öffentlichen Aufgabe*“ zu bejahen, deren Wahrnehmung durch das gemischtwirtschaftliche Unternehmen HEW bei einer damals etwa 72%igen Beteiligung der öffentlichen Hand die Berufung des Unternehmens auf Grundrechte gemäß Art. 19 Abs.3 GG ausschließe. *Kübne* gibt immerhin zu bedenken, daß mit dieser Argumentation auch rund 28 000 privaten Anteilseignern die Berufung auf den Grundrechtsschutz abgeschnitten wurde. Inzwischen hat die HEW AG schon 1997 ca. 25,1 % ihrer Anteile verkauft und der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg beabsichtigt einen weiteren Paketverkauf, um schließlich nur noch eine Sperrminorität zu behalten.¹¹⁵ Würde das BVerfG bei dieser Sachlage an seiner Argumentation von vor zehn Jahren festhalten können ?

Es hängt mit dem tiefgreifenden Wandel im Verständnis der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zusammen, mit dem Übergang vom „Leistungsstaat“ zum „Steuerungsstaat“, mit der Ablösung der „öffentlichen Da-

112 Vgl. beispielhaft ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit, jeweils mit weiteren Nachweisen: bejahend: *Hartung*, (N.106), 400; *Di Fabio*, (N.1), S.87 ff., 97 f.; verneinend: *Hofmann*, Privatwirtschaft und Staatskontrolle bei der Energieversorgung durch Atomkraft, 1989, S.28 ff.; *Borgmann*, (N.26), S.363 ff.

113 *Roller*, Eigentums- und entschädigungsrechtliche Fragen, (s.N.6), S. 85.

114 BVerfG, 1 BvR 705/88, JZ 1990, 335 mit abl. Anm. von *G.Kübne*. Ausführlich dazu: *Di Fabio*, (N.1), S.87 ff.

115 Vgl. die Mitteilung in Stromthemen Nr. 6/99, S.2.

seinsvorsorge“ durch die staatliche „Infrastrukturverantwortung“,¹¹⁶ daß die beiden Orientierungskriterien der „*öffentlichen Aufgabe*“ und der „*Daseinsvorsorge*“, die immer noch die Verwaltungsrechtsdogmatik¹¹⁷ und die Rechtsprechung beherrschen, ihre Distinktionskraft eingebüßt haben. Sie sind auf dem Boden einer dichotomischen Unterscheidung von „Staat“ und „Gesellschaft“ gewachsen, die allzu leicht übersah, „daß das eigentliche Problem in der konkreten und differenzierten Austarierung zwischen staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Eigeninitiative liegt. Staatsaufgaben wurden allzu leicht mit einem Staatsmonopol gleichgesetzt.“¹¹⁸ Die mehrfach gespaltene Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG zur Frage der Umsatzsteuerpflichtigkeit der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten mit ihren zahlreichen Mißverständnissen der Begriffe „öffentliche“ Tätigkeit oder Verwaltung, „öffentliche“ oder „staatliche“ Aufgabe, öffentlichrechtliche oder gewerbliche Tätigkeit war schon im Jahr 1971 ein warnendes Lehrstück für das Ungenügen der Leitbegriffe der Daseinsvorsorge und der öffentlichen Aufgabe.¹¹⁹ Heute wird man ohne Zögern der Kritik zustimmen, daß der Begriff der Daseinsvorsorge „ähnlich dem der öffentlichen Aufgabe – zu unscharf, lediglich deskriptiver Natur und demgemäß nicht geeignet sei, maßgeblich über den Grundrechtsstatus von juristischen Personen zu entscheiden.“¹²⁰ Und man muß die Konsequenzen aus der Erkenntnis ziehen, daß sich Aussagen über Staatsaufgaben „nicht an einer Dichotomie von Staat oder Gesellschaft, Staat oder Markt orientieren“ lassen, sondern berücksichtigen müssen, „daß öffentliche Gemeinwohlaufgaben vom Staat, in rechtlich gesteuerten, differenziert abgestuften Formen staatlichen und gesellschaftlichen Zusammenwirkens in der Öffentlichkeit sowie nur von Privaten erfüllt werden können.“¹²¹

Eine dieser Konsequenzen für die Grundrechtsfähigkeit „gemischtwirtschaftlicher Unternehmen“ besteht darin, daß es nicht entscheidend auf die Qualifizierung der Tätigkeit als Wahrnehmung einer „öffentlichen Aufgabe“ oder als „Daseinsvorsorge“ ankommen kann, sondern darauf, ob der für die

116 Grundlegend zum dem gesamten Prozeß: *G.Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

117 Vgl. *H.Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 2 Rn.6, mit Hinweis auf Kritik.

118 *Hermes*, (N.116), S. 152.

119 BVerfGE 31, 314, 323 ff. einerseits, 337 ff. andererseits.

120 *Hermes*, op.cit., (N.116), S.91. Weit. Nachw. dort in Fn.192.

121 *Hermes*, (N.116), S.153.

Eröffnung von Grundrechtsschutz notwendige „Bezug zum Freiheitsraum natürlicher Personen“ festgestellt werden kann, ob diese sich in einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ befinden und deshalb schutzbedürftig sind. Diese gleichfalls von der Rechtsprechung seit langem vorgezeichneten Kriterien¹²² heischen auch im Hinblick auf Energieversorgungsunternehmen oder Kraftwerksbetreiber Beachtung. Das Dictum des *Sasbach-Beschlusses*, Art. 14 als Grundrecht schütze „nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater“¹²³ ist nicht nur negativ gegen die Grundrechtsfähigkeit der Kommunen zu wenden, sondern auch positiv zugunsten der – soweit vorhanden – privaten Anteilseigner in gemischtwirtschaftlichen Kapitalgesellschaften.

Auf dieser Basis dürfte auch der „Grenzfall“ einer ganz beherrschenden Beteiligung der „öffentlichen Hände“ (Bund, Länder und Kommunen), d.h. von 95% und mehr, und einer entsprechenden Minderheitsstellung „privater“ Gesellschafter, eine vernünftige Lösung finden können. Immerhin erzeugten im Jahr 1987 derartig strukturierte Unternehmen 10,5 % der gesamten Strommenge, gegenüber 72% der Produktion durch Unternehmen mit einer „staatlichen“ (i.w.S.) Beteiligungsquote zwischen 25 und 95%.¹²⁴ Eine so geringe Beteiligung (5% oder weniger) privaten Kapitals sollte nicht ausreichen, der Gesellschaft insgesamt den Grundrechtsstatus zu verschaffen; die Vermutung einer Alibi-Funktion liegt hier allzu nahe. Private Anleger, die Anteile an einem so stark staatlich oder kommunal beherrschten Unternehmen erwerben, wissen, worauf sie sich einlassen.

Zwischenergebnis:

Energieversorgungsunternehmen und Kernkraftwerksbetreiber, die in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechts (als Aktiengesellschaft oder GmbH) auftreten, sind grundsätzlich als *grundrechtsfähig*, auch im Sinne der Eigentumsgarantie des Art.14 Abs.1 GG anzusehen, es sei denn, die Kapitalbeteiligungsquote der öffentlichen Hand (bzw. Hände) beträgt 95% oder mehr.

122 Vgl. vor allem BVerfGE 61, 82, 100 ff., sowie (zu Art. 12 Abs.1 GG) BVerfGE 75, 192, 200.

123 BVerfGE 61, 82, 109.

124 Angaben nach *Hofmann*, Privatwirtschaft, (N.112), S.31 m. Nachw.

V. Der gegenständliche Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG bezüglich der Kernkraftwerke

„Art. 14 Abs.1 Satz 1 GG gewährleistet das Privateigentum sowohl als Rechtsinstitut wie auch in seiner konkreten Gestalt in der Hand des einzelnen Eigentümers.“¹²⁵

Dem Eigentum, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht, kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, „dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen.“ (BVerfG, a.a.O.) Auf dieser Grundlage hat das BVerfG einen *weiten verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff* entwickelt, der nicht nur das bürgerlichrechtliche Sacheigentum (§ 903 ff. BGB) sowie andere vermögenswerte private Rechte (z.B. schuldrechtliche Forderungen), sondern auch vermögenswerte subjektiv-öffentliche Rechte in den Schutzbereich des Art. 14 GG einbezieht, wobei es hinsichtlich der letztgenannten darauf ankommen soll, ob sie dem Rechtsinhaber eine der Eigentümerposition vergleichbare Rechtsstellung einräumen.¹²⁶

Hinsichtlich des Betreibers eines Kernkraftwerks sind demnach folgende Rechtspositionen als mögliche Gegenstände der Eigentumsgarantie in Erwägung zu ziehen:

- das Grundeigentum mit den darauf errichteten Betriebsanlagen, Gebäuden, Maschinen usw.,
- die öffentlichrechtliche Anlagengenehmigung nach § 7 AtomG,
- möglicherweise der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb.

Das Grundeigentum mit allen Reaktorgebäuden und Betriebseinrichtungen als Sacheigentum im Sinne des BGB genießt ohne jeden Zweifel den Schutz des Art.14 Abs.1 GG. Doch ist es für den *Betrieb des Kernkraftwerks* nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung. Denn für diesen ist nicht die statische, sachenrechtliche Zuordnung ausschlaggebend, sondern die jeweilige

125 Grundlegend: BVerfGE 24, 367, 389 (Hamb. Deichordnungsgesetz).

126 Statt vieler vgl. *Bryde*, in v.Münch/Kunig, Band I, 4. Aufl. 1992, Art.14, Rn.25; *Wendt* in Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art.14,Rn.28ff.; zu sozialversicherungsrechtlichen Positionen: BVerfGE 69, 272, 300.