



## VERFASSUNGS- UND UNIONSRECHTSWIDRIGKEIT DES ENTWURFS DES RÜCKBAU- UND ENTSORGUNGSKOSTENNACHHAFTUNGSGESETZES

### I. DER ENTWURF DES RÜCKBAU- UND ENTSORGUNGSKOSTENNACHHAFTUNGSGESETZES

Seit dem 9. Oktober 2015 liegt der Entwurf des Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetzes (REG-E<sup>1</sup>) vor. Das Bundeskabinett hat diesen Entwurf beschlossen; die Bundesratsbefassung erfolgte am 6. November 2015.

#### 1. Neue Haftung

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

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

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

---

<sup>1</sup> Zitiert wird im Folgenden die Fassung vom 9. Oktober 2015.

## 2. Abweichungen vom bisherigen Rechtssystem

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

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

## 3. Strukturelle Veränderungen unmaßgeblich

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

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

---

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

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

#### 4. **Unbegrenzte sachliche Haftung**

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

#### 5. **Keine zeitliche Begrenzung**

Die neue Haftung der Muttergesellschaften, die als gesellschaftsrechtliche Nachhaftung verkleidet ist, tatsächlich damit aber nichts zu tun hat, sondern eine von der Gesellschafterstellung unabhängige neue Haftung für Stilllegung und Entsorgung begründet, ist auch **zeitlich faktisch unbegrenzt**. Zwar wird sie formal nach § 4 REG-E durch die vollständige Ablieferung der radioaktiven Stoffe an ein Endlager und dessen Verschluss beschränkt. Ein Vorentwurf stellte in seiner Begründung hierfür aber auf einen geschätzten Zeitraum von 150 Jahren ab<sup>6</sup>; der REG-E nennt das Jahr 2050 als frühesten Termin für die Verfügbarkeit eines Endlagers und spricht von „*Jahrzehnten*“ für Einlagerung und Verschluss.<sup>7</sup> Das sind derart lange Zeiträume, dass von einer echten zeitlichen Begrenzung nicht die Rede sein kann.

#### 6. **Schlichte Nichterfüllung genügt**

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

---

<sup>3</sup> Begründung, S. 11.

<sup>4</sup> So ausdrücklich Begründung, S. 8.

<sup>5</sup> Vgl. Begründung, S. 9.

<sup>6</sup> Arbeitsentwurf vom 26. Juni 2015, S. 5.

<sup>7</sup> Begründung, S. 6.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>9</sup> Begründung, S. 6.

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

<sup>11</sup> Begründung, S. 9.



a) **Eingriff in den Schutzbereich**

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>16</sup> BVerfGE 24, 367 (389); 104, 1 (8 f.).

<sup>17</sup> BVerfGE 88, 366 (377); 98, 17 (35); 101, 54 (75).

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

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



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

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

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

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

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

---

<sup>20</sup> BVerfGE 52, 1 (31 f.).

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

<sup>22</sup> BVerfGE 26, 215 (222); vgl. auch BVerfGE 50, 290 (340).

## b) Rechtfertigung

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

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

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

## aa) Zweck des Gesetzes

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

<sup>25</sup> Vgl. *Leidinger*, NVwZ 2015, 1564 (1565 f.).

<sup>26</sup> *Frenz*, ZNER 2015, 407 ff.

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

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

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

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

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

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

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

cc) **Unverhältnismäßigkeit i.e.S.**

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

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

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

<sup>28</sup> Vgl. *Leidinger*, NVwZ 2015, 1564 (1565 f.).

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

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

---

<sup>29</sup> BVerfG, NJW 2006, 1724 (1725).

<sup>30</sup> BVerfGE 102, 1 (17).

<sup>31</sup> BVerfGE 102, 1 (22), Hervorhebung diesseits.

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

Auch das Verursacherprinzip taugt nicht als Rechtfertigung einer solchen unbegrenzten Haftung. Die Verursachung einer Gefahr darf zwar grundsätzlich mit berücksichtigt werden – angesichts der vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegten Kriterien an die Verfassungsmäßigkeit einer Nachhaftung kann sie allerdings lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Ungeachtet dessen sind vorliegend gerade **nicht die Konzernmütter die unmittelbaren Verursacher** der behaupteten Risiken und erst recht nicht potentieller Zahlungsausfälle der Betreibergesellschaften. In erster Linie sind diese selbst in den Fokus zu nehmen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber vor allem, dass gerade der **Staat selbst maßgebliche Verursachungsbeiträge** zur aktuell vorliegenden Situation geleistet hat: Zum einen hat er aktiv die EVU in das Geschäft mit der Kernenergie gedrängt<sup>32</sup> und damit die Herausforderungen, welche Stilllegung, Rückbau und Entsorgung in technischer wie finanzieller Hinsicht stellen, entscheidend mitbegründet. Sein aktuelles Verhalten stellt damit ein „*venire contra factum proprium*“ dar. Zum zweiten resultiert die bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Endlagerung (einschließlich Finanzierung) maßgeblich auf **staatlichen Interventionen**: Das bestandskräftig festgestellte Endlager Konrad für schwach- und mittelradioaktive Abfälle wurde durch die Vorausleistungen der EVU nach den Vorgaben der Endlagervorausleistungsverordnung – ohne jegliches Ausfallrisiko – umfassend vorfinanziert. Verzögerungen der Inbetriebnahme sind allein politischen Gründen geschuldet. Für hochradioaktive Abfälle wurden erfolgreiche Erkundungen des Standorts Gorleben durchgeführt, wofür die Betreiber ebenfalls bereits ca. 1,7 Mrd. Euro vorfinanziert haben. Unsicherheiten sind maßgeblich darauf zurückzuführen, dass die Politik mit dem StandAG einen – verfassungswidrigen<sup>33</sup> – **vollständigen Konzeptwechsel** hinsichtlich der Entsorgungsarchitektur herbeigeführt hat. Dies führt nicht nur dazu, dass das Verursacherprinzip in Bezug auf die Konzernmütter nicht als Rechtfertigung greift, sondern auch dazu, dass der Ursachensetzende Staat die – auch finanzielle – Verantwortung nicht vollständig abgeben kann.<sup>34</sup>

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

---

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

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

<sup>34</sup> Siehe dazu ausführlich *Di Fabio*, Rechtsgutachten, S. 41 ff.

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

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

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

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

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

## 2. Unvereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

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

### a) Schutzbereich

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

<sup>42</sup> *Stier/Loges*, NVwZ 2000, 9 (11).

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

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

## b) **Eingriff**

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

---

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

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

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

c) **Rechtfertigung**

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

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

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

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

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

### 3. Unvereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

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

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

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

### 4. Unvereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG

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

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

---

<sup>47</sup> BVerfGE 50, 290 (366).

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

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

<sup>50</sup> *Höfling*, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 9 Rz. 13.

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

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

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

## 5. Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

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

### a) Ungleichbehandlung

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

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

---

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

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

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

#### b) **Keine Rechtfertigung**

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

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

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

---

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

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

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

## 6. Unvereinbarkeit mit dem Rückwirkungsverbot

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

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

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

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

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

---

<sup>54</sup> BVerfGE 11, 139 (145 f.).

<sup>55</sup> BVerfGE 11, 139 (146).

<sup>56</sup> BVerfGE 63, 343 (353).

<sup>57</sup> BVerfGE 72, 200 (242).

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

#### b) Unzulässige tatbestandliche Rückanknüpfung/unechte Rückwirkung

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

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

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

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

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

<sup>60</sup> BVerfGE 95, 64 (86 f.); 97, 378 (389).

<sup>61</sup> BVerfGE 39, 128 (145 f.); 63, 152 (175).

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

**c) Rückbewirkung von Rechtsfolgen/echte Rückwirkung**

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

**aa) Rückstellungsbildung**

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

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

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

<sup>63</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 13, 261 (270 ff.).

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

- (2) Die echte Rückwirkung zeitigenden Neuregelungen in Form des REG-E sind verfassungswidrig. Denn im Gegensatz zur unechten ist eine echte Rückwirkung von Rechtsfolgen auf einen schon abgeschlossenen Sachverhalt grundsätzlich unzulässig. Die vom Bundesverfassungsgericht insoweit akzeptierten, strengen Voraussetzungen für eine Ausnahme<sup>64</sup> liegen erkennbar nicht vor.
- (a) Das Gericht hat in seiner Judikatur die folgenden Fallgruppen entwickelt, in denen die Schutzwürdigkeit entfallen soll:<sup>65</sup>
- Von der Rückwirkung geht nur eine Bagatellbelastung aus.<sup>66</sup>
  - Es musste mit einer Neuregelung gerechnet werden.<sup>67</sup> Dies ist aber erst dann der Fall, wenn der Bundestag die Neuregelung beschlossen hat;<sup>68</sup> die bloße Diskussion oder Ankündigung<sup>69</sup> genügt nicht.
  - Die bisherige Rechtslage war unklar und verworren.<sup>70</sup>
  - Die bisherige Regelung war nichtig und soll nun ersetzt werden; insofern wurde nur in einen Rechtsschein vertraut.<sup>71</sup>
  - Die Rückwirkung beruht auf besonders schwerwiegenden, zwingenden Gründen des Allgemeinwohls.<sup>72</sup>

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

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

<sup>66</sup> BVerfGE 72, 200 (258 f.).

<sup>67</sup> BVerfGE 22, 330 (347); 30, 367 (387 f.).

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

<sup>69</sup> BVerfGE 97, 67 (82 f.).

<sup>70</sup> BVerfGE 13, 261 (272).

<sup>71</sup> BVerfGE 13, 261(272).

(b) Keine dieser Fallgruppen ist hier einschlägig.

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

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

---

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

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

<sup>74</sup> Dazu *Mellinghoff*, in: DWS Schriftenreihe Nr. 1, Berlin 2002.

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

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

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

#### bb) Konzernstruktur

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

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

### III. UNVEREINBARKEIT MIT UNIONSRECHT

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

#### 1. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

##### a) Beeinträchtigung des Anwendungsbereichs

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

---

<sup>77</sup> Vgl. *Leidinger*, NVwZ 2015, 1564 (1565 f.).

EuGH<sup>78</sup> sollen unter Beschränkungen **alle staatlichen Maßnahmen** verstanden werden, **die geeignet sind, die Ausübung der grundlegenden Freiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.**<sup>79</sup>

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

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

## b) **Fehlende Rechtfertigung**

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

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

---

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

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

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

<sup>81</sup> *Lehmann*, LMK 2013, 352735.

Zwecke, wie beispielsweise die Verringerung des Steueraufkommens, ist indes keine normative Beschränkungsmöglichkeit.<sup>82</sup>

Auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des EuGH<sup>83</sup> können die Regelungen des REG-E nicht rechtfertigen. Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH seine ursprünglich zur Warenverkehrsfreiheit ergangene Rechtsprechung dahingehend erweitert, dass nationale Maßnahmen, die nichtdiskriminierend angewendet werden, auf zwingenden Gründen des Allgemeinwohls beruhen und sowohl geeignet als auch erforderlich zur Zielerreichung sind, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.<sup>84</sup> Hier sind zwingende Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung der Regelungen des REG-E indes nicht ersichtlich. Wie bereits im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung ausgeführt, handelt es sich lediglich um die Begrenzung unterstellter finanzieller Risiken für die öffentliche Hand, die durch Analysen nicht belegt wurden. Da zudem seit Jahrzehnten ein funktionierendes System interner Rückstellungen zur Finanzierungsvorsorge betrieben wird, dessen Leistungsfähigkeit im „Stresstest“ nochmals bestätigt wurde, kann nicht von zwingenden Erfordernissen ausgegangen werden. Darüber hinaus gilt auch für die Niederlassungsfreiheit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>85</sup> In diesem Zusammenhang ist eine Erforderlichkeit klar zu verneinen, da zahlreiche mildere Mittel existieren, die auch hinsichtlich der Ausübung der Niederlassungsfreiheit mit einer geringeren Beschränkung einhergehen. Erst recht ist die Ausgestaltung der Regelungen des REG-E aufgrund der Kumulierung der Belastungen nicht verhältnismäßig.

## 2. Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit

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

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

---

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

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

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

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

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

#### **IV. FAZIT**

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

\*\*\*