

PROBLEME DER ATOMRECHTLICHEN ANLAGENZULASSUNG AUS VERFASSUNGS- RECHTLICHER SICHT

ZUGLEICH ANMERKUNG ZU DEM
BESCHLUSS DES BVERWG
VOM 12. JULI 1993
(7 B 114.92)¹

In dem zitierten Beschluß geht es um die "dienende Rolle" des Verfahrensrechts, die Legitimität von technischen Regelwerken, die gerichtliche Kontrolle von Beurteilungsspielräumen und die Entsorgungsvorsorge als Voraussetzung der Anlagengenehmigung, vier bedeutsame Probleme also, die das BVerwG jedoch für geklärt hält. Der zugrundeliegende Rechtsstreit gibt Anlaß, dieses Ergebnis aus verfassungsrechtlicher Sicht in Frage zu stellen.

A. Folgen von Fehlern im Verwaltungsverfahren

Der Kläger, Bewohner einer dem KKW Emsland benachbarten holländischen Grenzregion, war - wie auch das BVerwG im Urteil zur Zulässigkeit der Klage festgestellt hatte² - rechtswidrig vom Erörterungstermin ausgeschlossen worden. Er hatte im weiteren zur Sache vorgetragen, seine Einwendungen, die sich auf den Standort an der Grenze und auf Sicherheitsfragen bezogen, seien, da sie von ihm (ebensowenig wie von einigen tausend anderen holländischen Einwohnern) nicht selbst hätten eingebracht werden können, nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die Genehmigung sei schon wegen dieses Verfahrensfehlers aufzuheben.

Die Auswirkung von Verfahrensfehlern auf die Aufhebbarkeit des resultierenden Verwaltungsakts läßt sich auf zweierlei Weise steuern: Darüber, daß das verletzte subjektive Recht auf Verfahrensteilnahme seinem Inhalt nach begrenzt wird, oder über die in § 46 VwVfG enthaltene Beschränkung des mit der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts gegebenen Aufhebungsanspruchs. Das BVerwG hat diese beiden Wege bisher nicht klar unterschieden - Entscheidungen zu dem ersten³ stehen unverbunden neben solchen zu dem zweiten⁴ oder

trennen beide Wege nach unausgewiesenen Gesichtspunkten⁵. Auch im vorliegenden Beschluß wird die Frage nicht präzise beantwortet: Das Gericht setzt beim Aufhebungsanspruch gem. § 46 VwVfG an, um dann nahtlos zu einer Bestimmung des subjektiven Rechts auf Verfahrensteilnahme überzugehen.

Die Art dieser Bestimmung bringt dagegen einen gewissen neuen Akzent.

Zunächst hält das Gericht es für möglich, daß der Gesetzgeber "Verfahrensteilhaberechte unabhängig von einer potentiellen materiellrechtlichen Betroffenheit schafft", d.h. eine Teilhabe "politisch verantwortlicher Bürger", grundsätzlicher ausgedrückt also eine solche des citoyen, nicht des nur selbstinteressierten bourgeois⁶. Es sieht sie allerdings nicht im atomrechtlichen Verfahren verankert, obwohl gerade dieses - etwa im Unterschied zu Planfeststellungsverfahren - eine Jede-Person-Beteiligung vorschreibt. Vielmehr läßt es sich zu einer Drittschutzinterpretation und damit zur Annahme eines subjektiven Rechts nur mit Verfassungsgründen zwingen, wobei es hier im Einklang mit dem BVerfG bei den Grundrechten ansetzt, nicht etwa - wie ebenfalls denkbar wäre - beim Demokratieprinzip⁷.

Der Ansatz bei den Grundrechten führt das Gericht dazu, die Mitwirkung im Verfahren nur als Dienst am Schutz materieller Rechte aufzufassen. Verfahrensteilnahme ist danach vorgezogener materieller Rechtsschutz. Nach dieser Konzeption, die auch die Mehrheit im Mülheim-Kärlich-Beschluß vertritt⁸, sollen Einwendungen frühzeitig vorgebracht werden können, damit es gar nicht erst zu falschen Entscheidungen kommt. In der Konzeption ist aber nicht denkbar, daß eine Entscheidung nur deshalb aufgehoben wird, weil ein Verfahrensfehler vorliegt. Denn es bleibt dabei, daß im Ergebnis nur eine richtige Entscheidung erfolgen kann, und ob die gefunden worden ist, wird im nachfolgenden Rechtsschutz materiell vollständig geprüft. Ist die richtige Entscheidung getroffen worden, so hat sie Bestand, gleichgültig, ob das Verfahren korrekt war. Ist sie nicht getroffen worden, so wird die falsche Entscheidung aufgehoben, aber wegen ihrer materiellen Rechtswidrigkeit; mögliche Verfahrensfehler sind daneben irrelevant.

Dies gilt nur dann nicht, wenn der Behörde Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum zukommt, den das Gericht im vorliegenden Beschluß so versteht, daß die Behörde "bei ein- und demselben - vollständig ermittelten - Sachverhalt die Wahl zwischen zwei Entscheidungen - Erteilung oder Versagung einer beantragten Genehmigung - hat".

Ein Beurteilungsspielraum *in diesem Sinne* sei im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG aber jedenfalls nicht gegeben. Das Gericht hält für die atomrechtliche Genehmigung trotzdem daran fest, daß die Exekutive hier "die Verantwortung für die Risikoeermittlung und -bewertung" trägt. Was das bedeutet,

1 Der folgende Artikel beruht auf einer Verfassungsbeschwerde, die Verf. in dem Verfahren eines holländischen Klägers gegen das KKW Emsland eingelegt hat. Der Beschluß des BVerwG ist unten S. 33 abgedruckt. Für kritische Lektüre danke ich Harald Ginzky und Wolfgang Köck.

2 BVerwGE 75, 285.

3 BVerwGE 61, 256, 275; 75, 285, 291; 85, 368, 374.

4 BVerwGE 69, 256, 269 f.; 65, 267, 291.

5 BVerwG NVwZ 1989, 1168.

6 Vgl. dazu R. Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955 S. 313.

7 Dazu s. E. Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990 S. 178-180 ("Element 'nachgeholler demokratischer Legitimation") und M. Führ, Technische Normen in demokratischer Gesellschaft, ZUR 1993, 100.

8 BVerfGE 53, 30, 60.

bleibt jedoch gänzlich im Dunkeln. Soll die Entscheidung materiellrechtlich voll programmiert sein, was aber von den Gerichten nicht voll zu überprüfen ist? Das wäre kaum schlüssig, da die Durchsetzung des Rechts, soweit es Recht ist, den Gerichten nicht genommen werden kann. Oder erkennt das BVerwG in diesem Bereich der exekutiven Letztverantwortung doch an, daß die Behörde einen Freiraum der Ermittlung und Bewertung besitzt, der dann auch durch Verfahrensteilnahme beeinflusst werden könnte? Hierauf weist die Benutzung der Formel "konkrete Möglichkeit einer anderweitigen Sachentscheidung" hin, die das Gericht etwas überraschend aus dem Kontext des § 46 VwVfG⁹ in den der Umschreibung des Teilhaberechts übernimmt. Die Öffnung ist aber nur eine scheinbare: Das Gericht fährt fort, für die Möglichkeit einer anderen Entscheidung komme es darauf an, ob die Beurteilungsgrundlagen vollständig waren oder nicht, "nicht hingegen darauf, daß auch der Kläger auf Umstände, die die Behörde berücksichtigt hat, hätte hinweisen können".

Ein materiell nicht durchprogrammierter Freiraum der Ermittlung und Bewertung besteht jedoch gerade darin, daß selbst wenn die Behörde einen Umstand "berücksichtigt" hat, es durchaus darauf ankommen kann, wer auf diesen Umstand "hätte hinweisen können". Die Berücksichtigung kann eine sehr oberflächliche sein, sie kann aber auch unter Argumentationsdruck geraten und zur Gründlichkeit, vielleicht sogar zu einem Fürsichtighalten gedrängt werden, wenn Einwender den fraglichen Umstand mit Gründen verfechten und das Gewicht ihrer Bedenken auch gruppendynamisch, nämlich durch Anwesenheit demonstrieren können. Im Fall ging es zum Beispiel um das Problem, ob das KKW aus den Ballungsgebieten heraus an die von der BRD her geringer besiedelte Grenze gelegt werden durfte. Da ist es durchaus relevant, ob die Stimmen der jenseits der Grenze Lebenden gehört werden oder nicht, zumal wenn sie darauf "hinweisen", daß dort ein anderes Ballungsgebiet liegt, und wenn sie dies zu Tausenden tun.

Dies zu akzeptieren, bedarf freilich eines anderen verfassungsrechtlichen Ansatzes als des vorgezogenen Rechtsschutzes. Ein solcher Ansatz ist nicht auf die Abstützung im Demokratieprinzip angewiesen, sondern kann auch aus den materiellen Grundrechten heraus entwickelt werden. Es ist der Ansatz des Sondervotums im Mülheim-Kärlich-Beschluß. Danach liegt der eigentliche Grund für die prozedurale Bedeutung der materiellen Grundrechte darin, daß Grenzen der Verletzung/Nichtverletzung des Grundrechts in Fällen ungewisser Verursachungsketten nicht durch scharfe materielle Begriffe umschrieben werden können, sondern der Konkretisierung durch eine Praxis bedürfen, die sich um eine Aufnahme der einschlägigen Kontroversen bemüht, und zwar nicht nur, soweit es die zuständigen Wissenschaften und die sie repräsentierenden Experten angeht, sondern, da Wertungen hineinspielen, auch, soweit es die "Lebenswelt" und die sie repräsentierenden, sich als potentiell betroffen empfindenden Menschen angeht. Dies wird für den Bereich technischer Risiken im Sondervotum der Richter Simon und Heußner zum Mülheim-Kärlich-Beschluß des BVerfG so ausgedrückt:

"Umso wesentlicher erscheint es, die Standpunkte, Interessen und Befürchtungen aller Beteiligten rechtzeitig in das Genehmigungsverfahren einzubeziehen und durch einen Prozeß der Kommunikation zwischen Kraftwerksbetreibern, gefährdeten Bürgern und zuständigen Behörden eine sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicherzustellen"¹⁰.

Dieser "Prozeß der Kommunikation" ist nicht l'art pour l'art, er ist andererseits auch nicht eine beliebige unter anderen

Hebammenkünsten zur Entbergung der sich auch anders aufdrängenden einzigen Wahrheit und Wertung, sondern er hat einen relativen Eigenwert. Von seiner Ausgestaltung hängt es mit ab, was als Wahrheit und Wertung Geltung haben soll. Deshalb gibt es in der Tat den Fall der "Möglichkeit anderweitiger Entscheidung". Dabei ist es im Zusammenhang der Begrenzung der Auswirkungen von Verfahrensfehlern sinnvoll, auf eine "konkrete Möglichkeit" abzustellen, um der Tatsache Rechnung zu tragen, daß das Verfahren eben nur relativen Eigenwert hat und das Ergebnis selbstverständlich auch von der Sachlogik des Problems und vom materiellen Programm her mitbestimmt ist.

In Bereichen, in denen solche konkreten Möglichkeiten anderweitiger Entscheidung bestehen, wo also das Verfahren "zählt", ist es deshalb grundrechtlich geboten, die Beteiligungschance als ein subjektives Recht zu fassen, mit der Folge, daß eine Verletzung dieses Rechts zur Aufhebung der resultierenden Entscheidung führt, wenn im jeweiligen Fall eine solche Möglichkeit wirklich bestanden hat.

Dabei dürfen weder der Gesetzgeber noch die ihn interpretierenden Gerichte beliebig bestimmen, welches jene Bereiche sind. Sie drängen sich zum Teil von der Sache her auf. Das gilt besonders für den Bereich der Risiken komplexer Technik mit Katastrophenpotential, zu denen die Kernenergienutzung gehört. Gerade wegen der Komplexität der Technik muß anerkannt werden, daß die Risikobewertung nicht ein für allemal vom Gesetzgeber durchprogrammiert werden kann, sondern ein sich entwickelnder, kontroverser Prozeß ist. Ob zum Beispiel deterministisch oder probabilistisch vorgegangen wird, ob im Risikovergleich Eiszeiten oder Blitzschläge herangezogen werden, ob 2 oder 3 Redundanzen erforderlich sind, welche Versagensverläufe als so unwahrscheinlich angesehen werden können, daß sie nicht als Auslegungstörfälle gelten müssen, ist nicht "richtig" zu beantworten. Es darf deshalb auch nicht rechtlich so getan werden, als gebe es nur eine einzig richtige Antwort.

Dies gilt auch angesichts einer gewissen Tendenz des BVerfG, Beurteilungsspielräume wieder stärker einzuschränken. Die diesem Trend zugeordneten Entscheidungen verneinen nicht die Existenz von der Sache her unvermeidbarer Offenheit der Bewertung in bestimmten Bereichen (wie Prüfungen und Jugendschutz), sondern dehnen lediglich die gerichtliche Kontrolldichte aus, indem bestimmte bisher der Behördenpraxis überlassene Bewertungsregeln (Bewertung vertretbarer Auffassungen als falsch, Gewichtung der Kunstfreiheit im Verhältnis zum Jugendschutz) korrigiert werden¹¹. Der genannte Auffassungswandel in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (wenn er ein solcher ist), versteht sich als Folgerung aus dem Grundrechtsschutz ("je stärker die Grundrechtsberührung, desto stärker die Kontrolldichte"), aus ihm ist aber nicht zu entnehmen, daß die Existenz sachlich unvermeidbarer verschiedener Problemlösungsmöglichkeiten gelehrt werden soll. Funktional betrachtet, werden die Gerichte durch Ausweitung der Kontrolldichte (wieder?) mehr in die Rationalisierung solcher Problemlösungen hineingezogen. Das ändert nichts daran, daß für die gesetzliche Programmierung Auswahlmöglichkeiten bleiben.

Der Ansatz bei den materiellen Grundrechten ist allerdings unter einem Aspekt unbefriedigend, nämlich der Verfahrens-

⁹ Dort eingeführt von BVerwGE 69, 256, 270.

¹⁰ BVerfGE 53, 30, 77. Vgl. auch BVerfGE 49, 89, 137, wo die mangelnde Programmierbarkeit der Risikoermittlung und -bewertung mit der steten technischen Weiterentwicklung begründet wird.

¹¹ BVerwGE 83, 130, 148; 86, 34, 53 f.

teilnahme hinsichtlich solcher Einwendungen, die das subjektive materielle Recht - auch in seiner "unscharfen" Variante - nicht betreffen. Der Einwand etwa, die Anlage bewirke ein zu hohes Kollektivrisiko oder genüge nicht dem Gebot der Risikominimierung, wäre im nach h.M. nicht drittschützenden Bereich der Risikovorsorge zu verorten und vom subjektiven materiellen Recht des Betroffenen deshalb nicht erfaßt.

Für den "Prozeß der Kommunikation" über die Risiken wäre es fatal, wenn solche Argumente ausgeschlossen blieben. Bei einer Fundierung der Teilnahme im Demokratieprinzip gäbe es diese Konsequenz nicht. Der politisch interessierte Citizen steht dafür, daß die die Privatinteressen überschreitenden Gesichtspunkte zur Geltung kommen. Bei Anknüpfung an den Grundrechten kann man immerhin differenzieren: Objektivrechtlich bleibt es dabei, daß jede Person jede auf die Anlage bezogene Einwendung erheben kann und im Erörterungstermin alle Einwendungen, auch die zum Restrisiko gehörigen, erörtert werden müssen. Subjektivrechtlich erstreckt sich das Grundrecht aber nicht auf den außerhalb der materiellen Betroffenheit (im weiten Sinn des "unscharfen" Rechts) liegenden Bereich. Immerhin ist aber denkbar, daß die Risikovorsorge subjektivrechtlich erschlossen wird. Risikominimierung dient ja letztlich - neben anderem - auch dem zusätzlichen Individualschutz. Zwar mag man verneinen, daß das Individuum darauf einen Anspruch hat¹², und die Risikovorsorge als Abwägung konstruieren. Aber der einzelnen betroffenen Person sollte dann zumindest ein Recht auf angemessene Abwägung des eigenen Interesses eingeräumt werden.

Aus allem folgt, daß das BVerwG sich nicht begnügen durfte festzustellen, daß die Behörde zu einem vertretbaren Ergebnis gekommen ist. Vielmehr hätte es fragen müssen, ob die "konkrete Möglichkeit" einer anderen als der getroffenen Entscheidung bestanden hat.

Blendet man noch einmal auf die Ausgangsfrage des Verhältnisses von subjektivem Teilnahmerecht und § 46 VwVfG zurück, so bietet sich folgende Lösung an: Bei dem Ansatzpunkt an den Grundrechten ergibt sich verfassungsrechtlich, daß Verfahrensteilnahme bei komplexen Fragen der Risikoermittlung und -bewertung "zählen" muß, d.h. daß Beteiligungsfehler durchschlagen können müssen, "wenn die materielle Betroffenheit "unscharf" ist. Ob dies auf der Ebene des einfachen Rechts bereits in das subjektive Teilnahmerecht eingebaut wird oder erst über § 46 VwVfG berücksichtigt wird, ist verfassungsrechtlich gleichgültig und eher eine Frage der dogmatischen Stimmigkeit. M.E. sollte man sich zum subjektiven Recht großzügig dahin verstehen, daß es ein weites Recht ist, welches sich bei den Jede-Person-Verfahren (§ 10 BImSchG, § 4 AtVfV) auf alle anlagenbezogenen Einwendungen bezieht, also nicht als dienendes Recht konzipiert ist. Die Eingrenzung erfolgt erst über § 46 VwVfG. Der an sich aus der Verletzung dieses weiten Rechts folgende weitreichende Aufhebungsanspruch ist bei materiell voll gebundenen Entscheidungen ausgeschlossen. Nicht voll gebunden sind Entscheidungen, bei denen ein Ermessen oder Beurteilungsspielraum (einschließlich komplexer Risikoermittlung und -bewertung) besteht. Hier ist der Aufhebungsanspruch gegeben, wenn ohne den Verfahrensfehler die konkrete Möglichkeit einer anderen Sachentscheidung bestanden hätte. Eine solche Möglichkeit kommt zum Beispiel in Betracht, wenn ein Umstand von der Behörde zwar gestreift, aber nicht gründlich abgehandelt worden ist und von den ausgeschlossenen Einwendern umfassend und eindrücklich vertreten worden wäre. Dabei ist im übrigen eine ex ante-Betrachtung anzuwenden. Das Gericht darf das Versäumnis der Behörde nicht ausgleichen, indem es die Sache selbst spruchreif macht.

B. Legitimität von technischen Verwaltungsrichtlinien und Regelwerken

Die Genehmigungsbehörde hatte, wie es üblich ist, für die 1. Teilerrichtungsgenehmigung einschließlich des in ihr enthaltenen Konzeptvorbescheids durch das Sicherheitsgutachten des TÜV ermitteln lassen, ob die geplante Anlage den einschlägigen Verwaltungsrichtlinien des (damals zuständigen) Bundesministeriums des Innern (BMI) und den Regelwerken der Reaktorsicherheitskommission (RSK) und des Kerntechnischen Ausschusses (KTA)¹³ entsprach. Dies wurde vom TÜV bejaht. Zusätzliche Ermittlungen wurden weder von ihm noch von der Genehmigungsbehörde für erforderlich gehalten. Die Richtlinien und Regelwerke waren folglich die entscheidende Stütze für die Genehmigung.

Sie enthalten Entscheidungen von weittragender Bedeutung. Die Störfalleitlinien des BMI legen z.B. fest, welche Versagensverläufe als so unwahrscheinlich zu gelten haben, daß gegen sie keine Auffangmaßnahmen getroffen werden müssen. Die RSK-Leitlinien fixieren weitere, konkretere Annahmen über Versagensverläufe (z.B., daß der Ausfall der Schnellabschaltung nur bei ganz bestimmten Versagenssituationen zu unterstellen ist). Die KTA-Regeln stellen in enormer Breite technische Anforderungen, in der KTA-Regel 3501 z.B. zur Rolle von Handmaßnahmen. Es ist kaum zu bezweifeln, daß das "Wesentliche" der Sicherheitsanforderungen weitgehend nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die genannten und andere Richtlinien und Regelwerke festgelegt wird¹⁴. In ihnen wird über Leben und Tod der dem Risiko von KKW ausgesetzten Menschen entschieden.

Der Kläger hatte gerügt, den Richtlinien und Regelwerken ermangele es angesichts ihrer Bedeutung an Legitimität, weil die Richtlinien in erheblichem Maß und die Regelwerke gänzlich aus der RSK und dem KTA hervorgegangen seien, Gremien, die weder eine gesetzliche Grundlage hätten noch Maßstäben der Pluralität der Besetzung entsprächen.

Das BVerwG läßt sich auf das Problem der Legitimation technischer Gremien nicht ein, sondern fragt nur für die Perspektive der Genehmigungsbehörde, ob sie Regelwerke schon deshalb in Frage stellen muß, weil den Gremien "keine Vertreter von der Kernenergie gegenüber grundsätzlich kritisch eingestellten gesellschaftlichen Gruppen angehört haben". Die Frage verneint das Gericht mit auch für das Legitimationsproblem bedeutsamen Gründen. Es gehe nicht darum, ob "Standards Ergebnis eines pluralistischen, politischen Meinungsbildungsprozesses sind, sondern um die fachliche Frage, ob sie dem Stand von Wissenschaft und Technik entsprechen. Sie können deshalb nur mit fachlichen, auf neuere Erkenntnisse und Möglichkeiten in Wissenschaft und Technik bezogenen Einwänden in Zweifel gezogen werden".

Für eine verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Auffassung sind zunächst die heranzuziehenden Maßstäbe zu klären. Relevant ist die auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gegründete staatliche Schutzpflicht, und zwar hier bezogen auf die Ebene der Standardisierung, nicht der Einzelgenehmigung. Danach muß der Staat, wie oben zu 1. ausgeführt, einen "Prozeß der Kommunikation" über die Risiken einrichten, der geeignet ist, alle relevanten Gesichtspunkte einzubeziehen. Die "Dritt-betroffenen" können auf dieser Ebene generalisierender Betrachtung zwar nicht individuellen Zugang erhalten, ihr Schutzzin-

12 So BVerwGE 85, 313, 320.

13 Sie sind gesammelt im Handbuch Reaktorsicherheit und Strahlenschutz, hrsg. vom Bundesumweltministerium.

14 Vertiefend dazu R. Wolf, Der Stand der Technik, 1986 S. 172 ff., bes. 204.

teresse muß aber repräsentiert sein¹⁵.

Wie die Standardisierungsarbeit zu organisieren ist, hängt primär von der Art der zu lösenden Aufgabe ab. Eine strikte Unterscheidung zwischen wissenschaftlicher und politischer Meinungsbildung ist dabei irreführend, weil gerade bei der Ermittlung und Bewertung ungewisser Risiken in die wissenschaftliche Klärung transwissenschaftliche Gesichtspunkte einfließen, wie z.B. Abwägungen zwischen zusätzlicher Sicherheit und den dafür aufzuwendenden Kosten, zwischen dem Nutzen einer weiteren Anlage und den von ihr ausgehenden (Rest-)Risiken, etc. Dies bedeutet nicht, daß das Verfahren nun zwangsläufig nach Gesichtspunkten der Gruppenrepräsentation zu organisieren ist. (Es ist ja gerade das Bedenkliche an der RSK und dem KTA, daß sie - zum Teil und ungewichtet - nach solchen Gesichtspunkten zusammengesetzt sind). Vielmehr muß an der Wissenschaftlichkeit als Basis des Meinungsbildungsprozesses festgehalten werden.

Dementsprechend müssen die einschlägigen Wissenschaften vertreten sein.

Weiterhin ist gerade bei kontroversen Themen (wie der Anlagensicherheit) dafür zu sorgen, daß die kontroversen Positionen in dem Gremium vertreten sind.

Mit der gebotenen Wissenschaftlichkeit der Arbeit verträgt es sich nicht, wenn die Benennung der Mitglieder bestimmten Interessengruppen überlassen bleibt oder von ihrem Vorschlag abhängig gemacht wird.

Außerdem müssen Personen mitwirken, die Gewähr für eine Offenlegung und rationale Diskussion der Wertungselemente bieten. Dies kann von den Fachwissenschaftlern und Ingenieuren kaum erwartet werden, da sie gewohnt sind, ihre außerwissenschaftlichen Annahmen implizit zu lassen¹⁶. Zudem darf nicht übergangen werden, daß in einem Bereich hochspezialisierten Wissens wie dem der Kernenergietechnik und Strahlungsforschung die wenigen Experten in der Regel durch Arbeitsverträge, Gutachteraufträge, Aufsichtsratsposten, Forschungsverbände etc. mit der Betreiber- und Herstellerseite liiert sind. Hier ist für eine argumentative Rationalisierung solcher Bindungen zu sorgen. Ein Minimum an Verarbeitung dieser beiden letzten Gesichtspunkte, also die Sorge für die Offenlegung von Wertungen und von Interessenbindungen könnte darin liegen, daß die Vorsitzendenrolle in den Gremien einer fachfremden neutralen Person, möglicherweise mit juristischer Qualifikation, übertragen wird. Werden die Mitglieder nach Gruppenrepräsentanz bestimmt, muß jedenfalls auch der Bereich der Gesundheits- und Umweltschutzverbände vertreten sein¹⁷.

Im übrigen müssen die Gremien zur Begründung ihrer Vorschläge und zur Veröffentlichung dieser Begründungen verpflichtet sein¹⁸.

Als ein weiterer Verfassungsgrundsatz neben der grundrechtlichen Schutzpflicht ist das Prinzip des Gesetzesvorbehalts in der Ausformung der Wesentlichkeitstheorie heranzuziehen. Es schließt zwar nicht aus, daß im Interesse einer dynamischen Anpassung der Sicherheitsanforderungen an die technische Entwicklung die Verantwortung für die Risikoeermittlung und -bewertung der Exekutive übertragen wird¹⁹. Als parlamentarische Legitimation für eine derartige Delegation von Macht genügt aber nicht, daß der die Richtlinien setzende Minister und die die Regelwerke anzuwendende Behörde über ihren Minister parlamentarisch verantwortlich ist. Die klassische Ersetzbarkeit von sachlich-inhaltlicher Legitimation (d.h. Legitimation durch materielle gesetzliche Vorschriften) durch solche organisatorisch-personelle Legitimation²⁰ ist unzurei-

chend, weil die Kette bis zum entscheidenden Beamten zu lang ist. Er wird in Sachen ungewisser Risiken viel stärker durch die sachverständigen Gremien als durch gesetzliche Vorgaben determiniert. Deshalb darf das Verfahren der Standardisierung nicht der Faktizität oder der Willkür der Exekutive überlassen bleiben, sondern muß durch Gesetz strukturiert werden. Der mögliche Einwand, den auch die Vorinstanz gebraucht hatte, die technischen Gremien entschieden letztlich nicht selbst, ist allzu formal. Faktisch sind etwa die Störfalleitlinien nichts anderes als Einkleidungen von RSK-Beschlüssen in Richtlinienform, und daß die Regelwerke die Genehmigungspraxis determinieren, zeigt die eingangs geschilderte Vorgehensweise der Behörde. Solche faktischen Erscheinungen dürfen verfassungsrechtlich nicht übergangen werden. In den Worten von G. Lübke-Wolff:

„Eine verfassungsrechtliche Argumentation, die allein auf das formale Unversehrtbleiben verfassungsrechtlich vorgesehener Entscheidungsstrukturen abstellt, greift solchen Phänomenen gegenüber zu kurz. Das Grundgesetz verlangt nicht nur die Beachtung seiner explizit-detaillierten organisations- und verfahrensrechtlichen Vorgaben, sondern es ist auch gegen eine subkonstitutionelle oder parakonstitutionelle Aushöhlung und Entwertung dieser Vorgaben zu mobilisieren. Nur wenn und soweit dies gelingt, kann die „normative Kraft der Verfassung“ auch unter veränderten Bedingungen erhalten werden“²¹.

Wendet man die genannten verfassungsrechtlichen Anforderungen auf die RSK und den KTA an, so ergibt sich:

Daß sie nicht letztlich selbst entscheiden, ändert nichts daran, daß sie wegen ihrer faktischen Bedeutung einer eigenen Legitimation bedürfen.

Erforderlich ist eine gesetzliche Strukturierung. Sie fehlt für beide Gremien.

Inhaltlich gesehen, müssen die einschlägigen Wissenschaften vertreten sein. In der RSK fehlt - gerade unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses von Mensch und Maschine - die Vertretung der Arbeitspsychologie und Ergonomie.

Unter dem Gesichtspunkt der Einbeziehung kontradiktorischer Positionen fehlt es vollkommen an solchen Ingenieuren und Sicherheitswissenschaftlern, die ihren Sachverstand bisher aus im Ansatz kernkraftkritischen Sichtweisen heraus gebildet und weitergegeben haben.

Der Grundsatz der unabhängigen Mitgliederbestellung wird vom KTA verletzt, da dessen Mitglieder von den beteiligten Interessenfraktionen benannt werden.

Überhaupt widerspricht es der gebotenen Wissenschaftlich-

15 S. dazu vertiefend J. Viebrock, Beteiligung von Verbänden im Chemicalienrecht, MS Bremen 1993.

16 R. Mayntz, Entscheidungsprozesse bei der Entwicklung von Umweltstandards, Die Verwaltung 1990, 137, 147, unter Hinweis auf M. Mai, Die Bedeutung des fachspezifischen Habitus von Ingenieuren und Juristen in der wissenschaftlichen Politikberatung, 1989, 124 ff.

17 Denninger a.a.O. S. 172 (Gegenmachtbildung, Kontrastinformation).

18 Vgl. dazu und zum Ganzen auch H. v. Lersner, Verfahrensvorschläge für umweltrechtliche Grenzwerte, NuR 1990, 193 ff.

19 BVerfGE 49, 89, 127.

20 S. dazu E.W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, S. 901 f.

21 G. Lübke-Wolff, Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und Normkonkretisierung im Umweltrecht, ZG 1991, 219, 233, gegen W. Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 1987, S. 207, 237.

keit der Arbeit im KTA, daß der Ausschuß fast gänzlich als Repräsentationsorgan für bestimmte beteiligte Interessen organisiert ist²². Soweit Interessenrepräsentanz in einem wissenschaftlich orientierten Gremium legitimiert ist, muß aber jedenfalls auch die Seite der Gesundheits- und Umweltschutzverbände repräsentiert sein, und zwar mit einer gruppendynamisch relevanten Anzahl²³.

Dafür, daß der/die Vorsitzende der RSK bzw. des KTA eine unabhängige Person mit juristischer Qualifikation ist, ist nicht vorgesorgt.

Auch eine publizierte Begründung der Beschlüsse ist nicht vorgesehen²⁴.

3. Gerichtliche Kontrolldichte

Neben den Legitimationsmängeln hatte der Kläger an den technischen Verwaltungsrichtlinien und Regelwerken in inhaltlicher Hinsicht gerügt, daß sie den Risikofaktor menschliches Fehlverhalten nicht bewältigten. Dies gelte insbesondere für ungeplante Eingriffe, die Versagensverläufe auslösen oder das zum Auffangen solcher Versagensverläufe eingerichtete Reaktorschutzsystem außer Funktion setzen (Beispiel: die Ausschaltung der Reaktorschneidabschaltung). Die insoweit den Stand der Wissenschaft wiedergebende Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke hatte ihre Sicherheitsanalyse immerhin auf die Basis gestellt: "Es wird vorausgesetzt, daß ungeplante Handeingriffe nicht vorgenommen werden²⁵." Der Kläger hatte gefordert, daß Versagensverläufe auf Grund denkbarer ungeplanter Handeingriffe systematisch analysiert und modelliert werden müßten²⁶.

Die Vorinstanz hatte diese Rüge für unsubstantiiert gehalten. Aus dem Vorliegen von Publikationen zu dem Thema hatte es geschlossen, den Regelungsgremien sei die Bedeutung des menschlichen Fehlverhaltens "durchaus bewußt" gewesen. Auch gebe es eine Reihe von Postulaten, die einige Richtlinien und Regelwerke hinsichtlich der Begrenzung notwendiger menschlicher Eingriffe und des Vermeidens bzw. technischen Auffangens menschlicher Fehleingriffe aufstellten²⁷.

Nach Auffassung des BVerwG genügte die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die "Risiken aus menschlichem Fehlverhalten ... bei der Aufstellung der hier einschlägigen Regelwerke eine wesentliche Rolle gespielt haben und in die dort aufgestellten technischen Sicherheitsanforderungen einbezogen worden sind." Zu weiterer Aufklärung habe kein Anlaß bestanden.

Die Frage, die sich hier stellt, ist, wieweit die Gerichte in die exekutive Risikoermittlung und -bewertung, heiße sie nun Beurteilungsspielraum oder nicht - hineinprüfen sollen. Genügt es, daß - auf Standardisierungsebene - der Genehmigungsbehörde das Problem bewußt war, und daß das Problem in die normativen Postulate einbezogen worden ist. Oder muß über eine solche eher äußerliche Kontrolle hinaus in den engeren Bereich der technischen Erwägungen zur Begründung und Realisierbarkeit der Postulate hineingefragt werden?

Wie oben bereits erwähnt, hat das BVerfG die Kontrolldichte bei Beurteilungsspielräumen deutlicher als bisher auf Bewertungsregeln der Praxis erstreckt, und zwar umsomehr, je stärker die Grundrechtsberührung ist. Zweifellos ist diese im Bereich der Sicherheit von KKW besonders stark, auch im Hinblick auf die Interaktion von Mensch und Maschine, denn menschliches Fehlverhalten hatte an den bisher eingetretenen Unfällen einen erheblichen Anteil. Den Bewertungsregeln im Bereich der Prüfungen und des Schutzes vor jugendgefährdenden Schriften entspricht im Bereich der Sicherheitstechnik

das, was Sicherheitsphilosophie genannt wird, d.h. praktische Klugheitsregeln wie die der konservativen Berechnung, der Benutzung von Sicherheitsfaktoren, der Basissicherheit, der mehrfachen Redundanz, der Fehlerbaumanalyse, des Risikovergleichs. Im Hinblick auf das menschliche Fehlverhalten gehört dazu, daß überhaupt ein Konzept entwickelt wird, wie dieses zu analysieren ist, und daß eine Modellierung und Simulierung von denkbaren Versagensverläufen erfolgt. Auf dieser Ebene zu prüfen, bedeutet nicht, daß die Gerichte im Ergebnis ihre Auffassung an die Stelle derjenigen der Exekutive setzen dürfen. Sie können sich auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken, die aber etwas anderes ist als nur die oben skizzierte äußerliche Kontrolle. Dem ist das BVerwG m.E. nicht gerecht geworden.

4. Entsorgung und Konfliktbewältigungsgebot

Der Kläger hatte vorgetragen, daß § 7 AtG verfassungswidrig geworden sei, weil der Gesetzgeber die langfristige Entsorgungssicherheit nicht zur Genehmigungsvoraussetzung gemacht habe und neue KKW zulasse, ohne daß diese Voraussetzung vorliege. Der Gesetzgeber sei zu einem entsprechenden "Nachfassen" verpflichtet.

Das BVerwG meint, das BVerfG habe im Kalkar-Beschluß vom 7.8.1978 die Verfassungsmäßigkeit des § 7 AtG auch unter dem Gesichtspunkt der Entsorgung konventioneller KKW bejaht. Eine Verpflichtung zum Nachfassen nach diesem Urteil verneint das BVerwG:

"Seither haben sich keine Entwicklungen ergeben, die die Grundlagen der insoweit vom Gesetzgeber getroffenen Regelung nachhaltig in Frage stellen und seine ursprüngliche Entscheidung für die Kernenergienutzung inzwischen hätten verfassungswidrig werden lassen. Die derzeitige Diskussion um die Entsorgung der deutschen Kernkraftwerke ist vor allem dadurch ausgelöst, daß sich die Arbeiten zur Erkundung und Errichtung von Endlagern für radioaktive Abfälle ... verzögern."

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß das BVerfG sich nur zum Schnellen Brüter, und zwar noch enger zu einem Prototyp, geäußert hat. Von konventionellen KKW ist jedenfalls hinsichtlich der Entsorgungsfrage nicht die Rede. Wichtiger ist, daß das Gericht im zitierten zweiten Satz genau das einräumt, was es im ersten verneint: Die Arbeiten verzögern sich in der Tat, und zwar, wenn man die Dinge einmal in historischer Perspektive betrachtet und sich die permanenten Fehlprognosen der vergangenen 25 Jahre vor Augen führt und in die Zukunft extrapoliert: ad Calendas Graecas.

Seit Ende der 70er Jahre war unübersehbar, daß die Entsorgungsfrage weder technisch noch politisch noch finanziell so schnell und einfach zu lösen sein würde, wie dies im Verlauf

22 S. Bekanntmachung des BMI v. 20.7.1990, BAnz Nr. 144/1990 = Handbuch der Reaktorsicherheit Ziff. 6.0. Mitglieder sind: 10 Vertreter (V.) der Hersteller, 10 V. der Betreiber, 5 V. von Behörden, 11 V. der Beratungs- und Normungsorganisationen, 1 V. der Kernforschungseinrichtungen, 1 V. der Gewerkschaften und 2 V. der Versicherungen.

23 Zu diesem Problem vgl. V. Eichener, H. Voelzkow, Umweltinteressen in der verbandlichen Techniksteuerung, 1991 S. 136-140.

24 Immerhin hat die RSK die Ergebnisse ihrer Beratungen, Empfehlungen oder Stellungnahmen dem zuständigen Minister gegenüber zu begründen, s. § 11 Abs. 1 der Satzung der RSK und SSK v. 29.1.1990, bekanntgemacht vom BMU, BAnz Nr. 36 v. 21.2.1990 = Handbuch der Reaktorsicherheit Ziff. 4.0.

25 DRS Phase A, Fachband 2, Zuverlässigkeitsanalyse, hrsg. vom Bundesministerium für Forschung, 1981, S. 118.

26 S. dazu G. Winter, Der Mensch als technische Gefahr, KJ 1989, 61 ff.

27 OVG Lüneburg, Urteil vom 3. März 1992 (7 L 121/90), Urteilsabdruck S. 41 ff.

der Entscheidungsprozesse über das Atomgesetz Ende der 50er Jahre angenommen worden war. Die vierte Änderungs- novelle von 1976, die die staatliche Abfallzwischen- und Endlagerung sowie die private Wiederaufarbeitung vorschrieb, war im Grunde bereits eine notgeborene Verzweiflungstat. Der Wendepunkt, der zu besserer Erkenntnis hätte führen müssen, wird markiert durch das sogenannte Gorleben-Hearing mit der anschließenden Feststellung des niedersächsischen Ministerpräsidenten vom 16.5.1979²⁸, ein nukleares Entsorgungszentrum sei politisch nicht durchsetzbar - eine Feststellung, die sich 1989 am Zentrum Wackersdorf erneut bewahrheitete - sowie durch die Szenarien alternativer Kernenergiepolitik, die 1979/80 von der Enquête-Kommission "Zukünftige Kernenergiepolitik"²⁹ ausgearbeitet und veröffentlicht wurden. Spätestens zu diesem Zeitpunkt ist deutlich geworden, daß die Produktion von radioaktiven Reststoffen zu Überhängen führen würde, die auf viele Jahre hinaus durch vorläufige Maßnahmen, nämlich Kompakt- und Zwischenlagerung, würden akkumuliert werden müssen.

Der zu jenem Zeitpunkt offenkundig werdende *tatsächliche* Konflikt zwischen der Abfallproduktion und der Kapazität endgültiger Entsorgung war der Ausdruck eines in die *Rechtsgrundlagen* eingelassenen Konflikts zwischen Zulassung von Kernenergienutzung und davon abgetrennter Entsorgungsregelung. Dieser Konflikt konnte auf der Ebene der Zulassung einzelner Kernkraftwerke nur schwer gelöst werden. So war es im Grunde konsequent, daß die Rechtsprechung entgegen anderen Ansätzen³⁰ die Möglichkeit der Entsorgung zum Genehmigungsermessens rechnete und für dessen Ausübung die mattern Anforderungen der Entsorgungsgrundsätze der Ministerpräsidenten von 1979 (man denke: 6 Jahre Entsorgungsnachweis bei gesetzten Risiken von tausenden von Jahren!) genügen ließ. Der eigentliche Fehler lag vielmehr auf der Ebene des Gesetzes selbst, nämlich darin, daß die rechtlichen Tatbestände für die Zulassung immer weiter wachsender Kernenergiegewinnung als *Genehmigungsvoraussetzung* nicht auch die *vorherige Bereithaltung* sicherer Entsorgungsvorrichtungen bis hin zur Endlagerung umfaßten.

Dieser Fehler stellt m.E. einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes dar. Der Gesetzesvorbehalt moderner Prägung hat sich bekanntlich von der klassischen Modellsituation gelöst, in der der Staat in Grundrechte eingreift. Er ist auf Situationen ausgedehnt worden, in denen gesellschaftlich bedeutsame Risiken durch privates Handeln gesetzt werden³¹. Weiterhin sind über den Topos "Grundrechtsrelevanz" solche Erscheinungen mit angesprochen, die auf verschlungenerer und vermittelte, aber nicht minder wesentliche Weise auf Grundrechte einwirken, als es im "Eingriff" gedacht wird. Schließlich hat sich das Anwendungsfeld des Gesetzesvorbehalts vor allem auf solche Situationen ausgedehnt, in denen verschiedene Grundrechte und staatliche Befugnisse in Konkordanz zu bringen sind³².

Diese Bedingungen sind vorliegend erfüllt. Die entsorgungsvergessene Anlagenzulassung stellt ein nicht unmittelbar staatlich gesetztes Risiko dar (das übrigens aber dem Staat zuzurechnen und insofern jedenfalls von den rein privat gesetzten Risiken zu unterscheiden ist³³). Dieses Risiko greift insofern auf verschlungenerer und vermittelte Weise in Grundrechte ein, als z.B. risikoe erhöhende Rückstauwirkungen, die lokal nicht prognostizierten Transportgefahren, die aus dem Ausland zu erwartenden Abfallrücklieferungen, die aus Kavernen zu erwartenden Sickerwirkungen in Betracht zu ziehen sind. Schließlich sind in Gestalt der Grundrechte von durch Gesundheitsgefahren Betroffenen, der Grundrechte von durch potentielle Ausfälle in der Energieversorgung Betroffenen, der

Grundrechte von Betreibern, soweit sie gegeben sind, sowie der staatlichen Schutzpflicht, aber auch Versorgungspflicht, konkurrierende Positionen in Konkordanz zu bringen.

Diese Konkordanz wird nicht geleistet - und dementsprechend ist der Gesetzesvorbehalt verletzt - wenn der Gesetzgeber eine der beiden wesentlichen Folgerisiken (Strahlenrisiko aus der Produktion, Strahlenrisiko aus der Entsorgung) *bei der Zulassung* der Kerntechnik ignoriert und als *cura posterior* behandelt. Er läßt dadurch sehenden Auges Spannungen entstehen, die von vornherein (oder spätestens im Augenblick, in dem diese zutage treten) hätten gelöst werden müssen.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene gilt insoweit ähnliches wie im Planungs- und Genehmigungsrecht: Der gemeindliche Satzungsgeber darf nicht so planen, daß Bodennutzungen in voraussehbaren Konflikt treten. Er darf solche Konflikte nicht im Kern als *cura posterior* der Bau- und Immissionsgenehmigungsstufe behandeln³⁴. Die Fachplanung darf Ausgleichsmaßnahmen nicht für spätere Entschädigungsansprüche offenlassen, sondern muß sie "bewältigen", indem sie im Plan selbst vorgesehen werden³⁵. Bei einer fachplanerischen Verfahrensstufung dürfen erste Planungsschritte nicht ohne Rücksicht auf das Gesamtprojekt festgestellt werden³⁶. Bei Verfahrensstufung im Bau- und Anlageneignungsrecht muß der Konzeptbescheid die nachteiligen Auswirkungen des Baus bzw. der Anlage vorweg würdigen und mit hinreichender Sicherheit ausschließen³⁷. In diesem Gebot der Konflikt- und Problembewältigung kommt ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck, der für alle Entscheidungen gelten muß, die die Zukunft in erheblichem Umfang gestalten, also auch für gesetzgeberische Entscheidungen. Zumind. soweit die negativen Folgen (hier: die Abfallakkumulation) einer Entscheidung (hier: der Anlagenzulassung) zutage liegen oder inzwischen zutage getreten sind³⁸, muß der Gesetzgeber dies von vornherein in seiner Entscheidung berücksichtigen.

28 Nds. Landtag, Stenografische Berichte 9/1706 ff.

29 Zukünftige Kernenergiepolitik. Zur Sache 1/80, hrsg. vom Deutschen Bundestag, 1980.

30 Z.B. VG Schleswig, DVBl. 1977, 358.

31 Als ein Beispiel s. VG Kassel, NVwZ 1990, 276.

32 Z.B. BVerfGE 57, 295, 320 f.; 58, 257, 268 ff.

33 Zu solcher Zurechnung vgl. BVerfGE 53, 39, 57 f.

34 Siehe dazu B. Groh, Konfliktbewältigung im Bauplanungsrecht, 1988, S. 34 ff.

35 BVerfGE 48, 56, 68.

36 Vgl. W. Hoppe, M. Beckmann, Inhalt und Geltungsanspruch des Gebots der Konfliktbewältigung im Recht der Bauleitplanung, NuR 1988, 6 ff.

37 BVerfGE 24, 23, 27 f.; BVerfGE 80, 207, 216 f.; siehe auch die Entscheidung des VG Kassel, NVwZ 1990, 278 r.Sp. m. Verw. auf Nicklisch, NJW 1986, 2288.

38 BVerfGE 50, 250, 334, fordert dafür die Ausschöpfung der zugänglichen Erkenntnisquellen.

Hinweis der Redaktion:

Siehe zur Legitimation technischer Gremien und zum Bedeutungsgehalt technischer Regeln auch R. Steinberg, in: H. P. Schneider/R. Steinberg, Schadensvorsorge im Atomrecht ... (1991) sowie H. D. Jarass, in: R. Lukes (Hrsg.), Reformüberlegungen zum Atomrecht (1991).