

Das Verbot der Abgabe von Kernbrennstoffen gemäß § 9 a I 2 AtG auf dem Prüfstein des Gemeinschaftsrechts

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M. (LSE) und Assessor Christoph Müller, Bonn*

Seit einiger Zeit wird diskutiert, ob die im Rahmen des Atomkonsenses im Jahr 2000 vereinbarten Restlaufzeiten deutscher Kernkraftwerke beibehalten werden sollen. Auch andere Aspekte der zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen getroffenen Vereinbarung stehen momentan zur Debatte. Hierzu zählt insbesondere die sich auf Grund des Atomausstiegs neu stellende Frage der Entsorgung von aus deutschen Kernkraftwerken stammenden atomaren Abfällen. Bislang nicht berücksichtigt wurde hierbei, ob das deutsche Atomrecht vor dem Hintergrund der Entsorgungssituation in der Bundesrepublik Deutschland mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

I. Die Entsorgungs- und Wiederaufarbeitungsproblematik¹

Im Zuge des am 14. 6. 2000 geschlossenen Atomkonsenses über die Beendigung der Kernenergienutzung² wurde das Atomgesetz (AtG³) novelliert. Seitdem enthält das AtG ein neues Entsorgungskonzept. Danach haben Betreiber von Anlagen, in denen mit Kernbrennstoffen umge-

gangen wird, insbesondere dafür zu sorgen, dass anfallende radioaktive Reststoffe – hierzu zählen abgebrannte Kernbrennstoffe – schadlos verwertet oder als radioaktive Abfälle geordnet beseitigt werden (direkte Endlagerung). Die schadlose Verwertung von aus Kernkraftwerken stammenden abgebrannten Kernbrennstoffen in Form der Abgabe zum Zwecke der Wiederaufarbeitung ist gem. § 9 a I 2

* Professor Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn. Assessor Christoph Müller war dort als Mitarbeiter tätig.

1) Die folgende Darstellung stützt sich – soweit nicht anders angegeben – auf die Angaben des Bundesamts für Strahlenschutz (BfS, abrufbar unter der Adresse www.bfs.de), sowie auf die vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU, abrufbar unter www.bmu.de) zur Verfügung gestellten Informationen. Vergleiche zum Themenkomplex der Wiederaufarbeitung auch *Wahl/Hermes*, Nationale Kernenergiepolitik und GemeinschaftsR, 1995, S. 4 ff.

2) Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen v. 14. 6. 2000. Der Text ist unter www.bmu.de abrufbar.

3) Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung v. 15. 7. 1985 (BGBl I, 1565; BGBl III, 751-1), zuletzt geändert durch Art. 161 Neunte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. 10. 2006 (BGBl I, 2407).

AtG seit dem 1. 7. 2005 verboten⁴. Grund für dieses Abgabeverbot ist der gesetzgeberische Wille, die Kernenergie- und die Gefahren des Transports von Kernbrennstoffen zu beseitigen sowie die Proliferation atomarer Stoffe zu verhindern⁵.

Kernbrennstoffe werden nach ihrer Nutzung zur Energiegewinnung in sog. Abklingbecken im Gebäude des Reaktors gelagert. Das Abklingen dient der Reduzierung der Strahlungswerte der Kernbrennstoffe, und erst auf diese Weise wird die weitere Verwendung der abgebrannten Kernbrennstoffe zum Zwecke der Wiederaufarbeitung oder der Endlagerung möglich. Nach der Entnahme aus den Abklingbecken werden die Kernbrennstoffe zum weiteren Abklingen in Zwischenlager verbracht, für eine endgültige Lagerung vorbereitet oder der Wiederaufarbeitung zugeführt. Bei der Wiederaufarbeitung fallen zusätzlich Stoffe an, die nicht wiederverwertet werden können und von den Kernkraftwerksbetreibern zurückgenommen werden müssen. Die abgebrannten Brennelemente und die bei der Wiederaufarbeitung anfallenden Stoffe gehören zu den wärmeentwickelnden radioaktiven Abfällen. Andere, bei Wartung und Stilllegung entstehende radioaktive Abfälle sind solche mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung. Letztere müssen nicht abklingen und daher auch nicht zwischenlagert werden. Beide Reststoffarten sind für die Endlagerung in Deutschland vorgesehen. Mittelbar wird die Einlagerung in einem Bergwerk in großer Tiefe angestrebt, um die Biosphäre für lange Zeit – im Falle der abgebrannten Brennelemente über mehr als eine Million Jahre – vor radioaktiven Emissionen zu schützen. Die Suche nach geeigneten Endlagerstandorten dauert jedoch schon Jahrzehnte⁶. Bis heute existiert überdies kein schlüssiges Endlagerkonzept und das trotz umfangreicher vorbereitender Arbeiten⁷. Auch sicherheitstechnische Fragen werden nach wie vor diskutiert⁸. Ebenfalls ist bislang nicht entschieden, ob ein gemeinsames Endlager für hoch-, mittel- und schwachradioaktiven Abfall oder zwei Endlagerstandorte für schwach- und mittelradioaktiven bzw. hochradioaktiven Abfall errichtet werden sollen⁹.

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob § 9 a I 2 AtG nach dem derzeitigen Entsorgungsstand in der Bundesrepublik Deutschland vor dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Grundfreiheiten, Bestand haben kann.

II. Gemeinschaftsrechtliche Bewertung

Nach Art. 305 II EG beeinträchtigt der EG-Vertrag nicht die Vorschriften des Euratom-Vertrags (EAG). Für das Gebiet der Kernenergie beinhaltet der Euratom-Vertrag die gegenüber dem EG-Vertrag spezielleren Regelungen¹⁰. Kann dem Euratom-Vertrag keine abschließende Regelung einer bestimmten Materie entnommen werden, gelten die Vorschriften des EG-Vertrags subsidiär¹¹.

1. Vereinbarkeit des Ausstiegs aus der Kernenergie mit den gemeinschaftsrechtlichen vertrags- und sekundärrechtlichen Pflichten der Bundesrepublik Deutschland

Der Ausstieg aus der Kernenergie ist gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden. Weder dem Förderprinzip nach Art. 1 II EAG noch der allgemeinen Loyalitätspflicht nach Art. 192 EAG kann eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Beibehaltung der Kernenergie entnommen werden¹². Die aus dem Euratom-Vertrag resultierenden Pflichten der Mitgliedstaaten beschränken sich vielmehr auf die in Art. 2 EAG genannten Teilbereiche der Kernenergie. Auch können die auf Grund von Art. 30 ff. EAG erlassenen sekundärrechtlichen Schutzanforderungen nicht als Verbot eines mitgliedstaatlichen Kernenergieausstiegs verstanden werden¹³. Denn die Art. 30 ff. EAG stellen lediglich Grundnormen dar. De-

ren mitgliedstaatliche Verschärfung ist gemeinschaftsrechtlich ohne Weiteres zulässig¹⁴. Dennoch ist die aus Art. 192 EAG resultierende mitgliedstaatliche Pflicht, alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden könnten, von Bedeutung. Denn zu diesen Zielen gehört nach Art. 2 lit. g EAG in besonderem Maße die Schaffung eines Gemeinsamen Markts auf dem Gebiet der Kernenergie. Ferner besteht neben diesem allgemeinen Ziel nach Art. 93 I EAG das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot von Ein- und Ausfuhrzöllen, von Abgaben gleicher Wirkung sowie von allen mengenmäßigen Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr für die kernenergiespezifischen, in den Listen A1 und A2 des Anhangs IV EAG genannten Erzeugnisse. Hieraus folgt das an die Mitgliedstaaten gerichtete Gebot, bei ihrer Wahl der Form der Energiegewinnung Kollateralverletzungen der Marktfreiheiten zu vermeiden.

2. Das Verbot der Abgabe von Kernbrennstoffen gem. § 9 a I 2 AtG und die Grundfreiheiten des Euratom-Vertrags und des EG-Vertrags

Hinsichtlich der Frage, ob § 9 a I 2 AtG mit den Grundfreiheiten des Euratom-Vertrags und des EG-Vertrags vereinbar ist, ist zunächst zu klären, wie die Leistungen der Wiederaufarbeitung gemeinschaftsrechtlich erfasst werden¹⁵.

4) Bislang erfolgte die Wiederaufarbeitung deutscher Brennstoffe in Anlagen in Frankreich (La Hague) und Großbritannien (Sellafield).

5) Vergleiche BT-Dr 14/7840, S. 5. S. auch Entwurf eines Gesetzes zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität, BT-Dr 14/6890, S. 1 f., 13 f. und die Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage, BT-Dr 14/5162, S. 18 f.

6) 1965 begannen die Arbeiten im Forschungsbergwerk der Schachtanlage Asse (Niedersachsen). Von 1975 an wurde die Schachtanlage Konrad in Salzgitter (Niedersachsen) auf ihre Eignung als Endlager hin untersucht. Das bereits 1982 eingeleitete atomrechtliche Planfeststellungsverfahren wurde erst 2002 beendet. Das *OVG Lüneburg* hat am 8. 3. 2006 Klagen abgewiesen und eine Revision vor dem *BVerwG* nicht zugelassen. Von 1979 bis 2000 wurde der Salzstock Gorleben (Niedersachsen) erkundet, dessen weitere Erforschung ist gegenwärtig ausgesetzt.

7) So hat das BMU im Jahr 1999 den interdisziplinären Arbeitskreis „Auswahlverfahren Endlagerstandorte“ (AkEnd) ins Leben gerufen. Dessen Abschlussbericht liegt seit Dezember 2002 vor. Nunnmehr bearbeitet das Öko-Institut (Freiburg, Darmstadt, Berlin) im Auftrag des BfS das Vorhaben „Anforderungen an die Gestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Endlagerauswahlverfahren“ (vgl. <http://www.oeko.de/oeko-doc/273/2005-017-de.pdf>).

8) S. hierzu den BfS-Bericht aus dem Jahr 2005 „Konzeptionelle und sicherheitstechnische Fragen der Endlagerung radioaktiver Abfälle – Wirtsgesteine im Vergleich – Synthesebericht“ (abrufbar unter http://www.bfs.de/transport/endlager/publikationen/Synthesebericht_Endfassung.pdf) und die auf der BfS-Homepage einsehbare Nachw. der sich hieran entzündenden Diskussion: „Wissenschaft im Spannungsfeld von Interessen – Beitrag zur Diskussion über die sicherheitstechnischen Einzelfragen zur Endlagerung“.

9) S. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Dr 16/1963, S. 2 (Frage 1) sowie das Plenarprotokoll der 57. Sitzung des Deutschen Bundestags in der 16. Wahlperiode am 19. 10. 2006, S. 5530 ff.

10) S. nur Kökott, in: *Streinz*, Komm. z. EUV/EGV, 1. Aufl. (2003), Art. 305 EG Rdnr. 9.

11) *EuGH*, Urt. v. 2. 5. 1996 – C-18/94, Slg. 1996, I-2281 Rdnr. 14 – Hopkins.

12) So auch *Grunwald*, Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 308; *Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Ausstiegs aus der Kernenergie, 1993, S. 403 f.; *Wahl/Hermes* (o. Fußn. 1), S. 201 ff. Zur entgegengesetzten Auffassung vergleiche etwa *Sante*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines vom Gesetzgeber angeordneten Ausstiegs aus der Atomenergie, 1990, S. 116 ff. S. hierzu auch *Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 45 ff.

13) S. aber auch *Schmidt-Preuß*, Rechtsfragen des Ausstiegs aus der Kernenergie, 1999, S. 12 ff.

14) *Pernice*, *EuZW* 1993, 497 (499); *Wahl/Hermes* (o. Fußn. 1), S. 73 ff.; *Rofnagel/Gündling*, Die Wiederaufarbeitung im Ausland und das deutsche Atomrecht, 1991, S. 73 f.

15) S. hierzu bereits *Di Fabio* (o. Fußn. 12), S. 58 ff.; *Pernice*, *EuZW* 1993, 497 (499); *Scheuing*, Grenzüberschreitende atomare Wiederaufarbeitung im Lichte des Europäischen GemeinschaftsR, 1991, S. 29; *Rofnagel/Gündling* (o. Fußn. 14), S. 75 ff.

a) Typologie der Wiederaufarbeitungsleistungen

Mit der Wiederaufarbeitung sind Transportleistungen verbunden. So wurden die aus deutschen Kernkraftwerken stammenden abgebrannten Kernbrennstoffe bis zum Wirksamwerden des Abgabeverbots nach § 9 a I 2 AtG bei den Kernkraftwerken abgeholt und in Wiederaufarbeitungsanlagen transportiert. Ferner wurden die neuen Kernbrennstoffe zu den deutschen Kernkraftwerken zurücktransportiert. Bei der Wiederaufarbeitung selbst werden die zunächst zwischengelagerten Kernbrennstoffe mechanisch zerteilt und durch eine chemische Behandlung weiter in ihre einzelnen Bestandteile zerlegt. Anschließend werden neue Kernbrennstoffe hergestellt. Die bei diesem Prozess mit anfallenden nicht wiederverwendungsfähigen Abfälle werden durch mehrere Verarbeitungsschritte in besonderen Materialien verfestigt (etwa Zement oder Glas), endlagerfähig gemacht¹⁶ und gleichfalls an die ausgebenden Kernkraftwerke zurückgegeben.

b) Die Transportleistungen im Zusammenhang mit der Herstellung neuer Kernbrennstoffe und Art. 93 I lit. a EAG

Primär- oder sekundärrechtliche Regelungen, die die bezeichneten Transportleistungen spezifisch regeln, existieren nicht¹⁷, so dass die allgemeinen Regelungen des Euratom-Vertrags und subsidiär die des EG-Vertrags anzuwenden sind.

aa) Verhältnis von Art. 93 I lit. a EAG zu Art. 49 EG

Gemäß Art. 93 I lit. a EAG verbieten die Mitgliedstaaten untereinander alle Ein- und Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung und alle mengenmäßigen Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr für die in den Listen A1 und A2 des Anhangs IV des Euratom-Vertrags aufgeführten Erzeugnisse. Der Anwendung von Art. 93 I lit. a EAG steht Art. 49 EG nicht entgegen. Denn zwar sind die Elemente Transport und Herstellung neuer Kernbrennstoffe zu einem sinnvollen Ganzen miteinander verbunden. Entsprechend den Rechtsprechungsgrundsätzen des EuGH zur Abgrenzung der Warenverkehrs- von der Dienstleistungsfreiheit ist danach grundsätzlich auf den Schwerpunkt des grenzüberschreitenden Gesamtvorgangs abzustellen¹⁸. Gerade dieser liegt jedoch nicht allein bei der Wiederaufarbeitung. Denn dem Transport der Brennstoffe kommt – auch vor dem Hintergrund der Entsorgung – eine gleichfalls eigenständige Bedeutung zu. Letzterer ist daher ebenso entscheidend wie die Wiederaufarbeitung selbst. Das hier in Frage stehende Gesamtkonzept hat demnach zwei Schwerpunkte: die Wiederaufarbeitung abgebrannter Brennstoffe und deren Transport sowie denjenigen der nicht wiederaufarbeitungsfähigen Abfälle¹⁹.

bb) Kernbrennstoffe als Stoffe i. S. von Art. 93 I lit. a EAG i. V. mit Liste A1 des Anhangs IV EAG

Kernbrennstoffe zählen zu den in den Listen A1 und A2 des Anhangs IV EAG aufgeführten Erzeugnissen²⁰. Denn deren wesentliche Bestandteile²¹ werden in der Liste A1 EAG genannt. Hierzu zählen Uran 235 bzw. mit Plutonium angereichertes Uran sowie Plutonium selbst. Dennoch wird bestritten, dass Kernbrennstoffe von der Liste A1 erfasst werden²². Zur Begründung wird auf die fehlende explizite Erwähnung von Kernbrennstoffen hingewiesen. Ferner spräche die genaue Aufzählung einzelner Stoffe für den abschließenden Charakter der Liste²³. Die Nichterfassung von Kernbrennstoffen nach Art. 93 I lit. a EAG ist aber unvereinbar mit dem aus Art. 2 lit. g EAG folgenden Gebot einer weiten Auslegung der marktfreiheitlichen Regelungen des Euratom-Vertrags. Unschädlich ist die fehlende ausdrückliche Erwähnung abgebrannter Kernbrennstoffe zudem deshalb, weil die Liste A1 des Anhangs IV EAG

hinsichtlich des Verwendungszwecks der aufgeführten chemischen Stoffe indifferent ist. Für die Erfassung von Kernbrennstoffen nach Art. 93 I lit. a EAG i. V. mit Liste A1 des Anhangs IV EAG spricht ferner die ergänzende Berücksichtigung der Regelungen des EG-Vertrags, namentlich der Vorschriften über den freien Warenverkehr, welche der lückenhafte Charakter des Euratom-Vertrags gebietet²⁴.

c) Das Verbot der Abgabe von Kernbrennstoffen nach § 9 a I 2 AtG als mengenmäßige Ausfuhr- und Einfuhrbeschränkung i. S. von Art. 93 I lit. a EAG

Art. 93 I lit. a EAG ist die primärrechtliche Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Gewährleistung eines freien Handelsverkehrs mit kerntechnischen Materialien²⁵. Das Abgabeverbot nach § 9 a I 2 AtG hat zur Folge, dass alle Kernbrennstoffe, die aus deutschen Kernkraftwerken stammen, nicht mehr zum Zwecke der Herstellung neuer Kernbrennstoffe ausgeführt und die neuen Kernbrennstoffe auch nicht wiedereingeführt werden dürfen. Als größtmögliche Beschränkung erlaubt die Regelung also nur die Aus- und Einfuhr einer Menge von der Größe „Null“. § 9 a I 2 AtG unterfällt damit grundsätzlich dem Verbot der mengenmäßigen Aus- und Einfuhrbeschränkung nach Art. 93 I lit. a EAG²⁶.

Der Tatbestandsmäßigkeit des Abgabeverbots stehen auch nicht die vom EuGH im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit seit der Rechtssache Keck und Mithouard²⁷ vertretenen Grundsätze entgegen, deren Rechtsgedanke für eine Restriktion des Tatbestands des Art. 93 I lit. a EAG fruchtbar gemacht werden könnte. Denn selbst bei einem denkbar weiten Verständnis der Keck-Rechtsprechung kann im Abgabeverbot des § 9 a I 2 AtG keine Vertriebs- oder Verkaufsmodalität gesehen werden, da durch § 9 a I 2 AtG eine vollständige Blockade des Transports von Brennelementen bewirkt wird.

dd) Rechtfertigungsmöglichkeiten

Die an den Zielen des Gemeinsamen Markts auszurichtende Auslegung von Art. 93 I lit. a EAG legt angesichts der strukturellen Ähnlichkeit von Art. 93 I EAG und der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrags Beschränkungsmöglichkeiten der Freiheit des Euratom-Vertrags nahe. Zudem besteht auch auf dem Gemeinsamen Markt im Bereich der Kernenergie ein grundsätzliches Bedürfnis, Grundfreiheiten zu Gunsten zwingender Allgemeinwohlinteressen zu beschränken.

16) Irreführend ist daher der teilweise immer noch in der Fachliteratur zu findende Begriff des Brennstoffkreislaufs. Ein solcher existiert angesichts der beträchtlichen Menge nicht wieder verwendbaren Materials, das bei der Wiederaufarbeitung anfällt, nicht.

17) Daraus folgt zugleich, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, die Wiederaufarbeitung abgebrannter Kernbrennstoffe selbst vorzunehmen oder zuzulassen, vgl. hierzu Wahl/Hermes (o. Fußn. 1), S. 84.

18) Vgl. EuGH, Urt. v. 24. 3. 1994 – C-275/92, Slg. 1994, I-1039 = EuZW 1994, 311 m. Anm. Stein – NJW 1999, 2013 Rdnrn. 22 f. – Schindler; Müller-Graff, in: Streinz (o. Fußn. 10), Art. 49 Rdnr. 25.

19) Im Ergebnis ähnlich Everling, RIW, Beil. 2 zu H. 3 1993. S. auch Wahl/Hermes (o. Fußn. 1), S. 106 ff. Beachte in diesem Zusammenhang auch die Darstellung „Dezentrale Zwischenlager, Bausteine zur Entsorgung radioaktiver Abfälle“ des BfS (abrufbar unter www.bfs.de), wonach die Wiederaufarbeitung in der öffentlichen Diskussion auch als „verkappte Endlagerung“ bezeichnet wird (S. 16).

20) So auch Everling, RIW, Beil. 2 zu H. 3 1993, S. 3 ff.

21) Zu den Bestandteilen der Kernbrennstoffe vgl. die Nachw. bei Wahl/Hermes (o. Fußn. 1), S. 5 ff.

22) Komorowski, NUR 2000, 432 (433); Wahl/Hermes (o. Fußn. 1), S. 126 f.

23) Komorowski, NUR 2000, 432 (433).

24) Vgl. hierzu Everling, RIW, Beil. 2 zu H. 3 1993, S. 3 ff. S. auch EuGH, Beschl. v. 14. 11. 1978 – 1/78, Slg. 1978, 2151 (2172).

25) Vgl. EuGH, Beschl. v. 14. 11. 1978 – 1/78, Slg. 1978, I-2151 = BeckRS 2004, 70 565 Rdnr. 15 – IAE0.

26) Vgl. auch Schmidt-Preuß, in: Hdb. zum europäischen und deutschem UmweltR., 2003, § 60 Rdnrn. 22 f.

27) EuGH, Urt. v. 24. 11. 1993 – C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 = EuZW 1993, 770 Rdnr. 14 – Keck und Mithouard.

aaa) Rechtfertigungsgründe im Sinne des *Cassis de Dijon*-Urteils²⁸

Der Gerichtshof hat über die in Art. 30 EG genannten Gründe hinaus eine Reihe ungeschriebener Rechtfertigungsgründe anerkannt. Die in § 1 Nr. 1 AtG postulierte Beendigung der Nutzung der Kernenergie zur Elektrizitätsgewinnung scheidet hierfür jedoch von vornherein aus. Denn da Inhalt und Umfang solcher aus Gründen des Allgemeininteresses zwingenden Erfordernisse gemeinschaftsautonom zu bestimmen sind²⁹, steht es den Mitgliedstaaten nicht frei, jegliche Gründe für die Rechtfertigung einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit anzuführen. Vielmehr ist das Gemeinwohlerfordernis als autonomes Rechtfertigungsinstitut des Gemeinschaftsrechts auf den gesamten Gemeinsamen Markt bezogen. Der unilaterale Kernenergieausstieg kann angesichts der Grundakzeptanz der friedlichen Kernenergienutzung in der Europäischen Union, die sich in der Fortgeltung des Euratom-Vertrags manifestiert, daher kein zwingendes Erfordernis begründen.

bbb) Rechtfertigung nach Art. 30 EG

Als Rechtfertigungsgrund nach Art. 30 EG kommt hingegen der erwähnte gesetzgeberische Wille zur Vermeidung der Risiken des Brennstofftransports für Leben und Gesundheit der Bevölkerung sowie zur Verringerung von Proliferationsgefahren in Betracht. Denn nach Art. 30 EG stehen die Bestimmungen der Art. 28 und 29 EG unter anderem solchen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchführverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen gerechtfertigt sind. Grundsätzlich ist es Sache der Mitgliedstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie den betreffenden Schutz gewähren³⁰. Die Abgabe wiederverwendungsfähiger Kernbrennstoffe birgt zweifelsohne Risiken in sich. Zu denken ist an die Strahlenexposition der Bevölkerung und der Transportbegleitpersonen³¹. Hinzu kommen Unfallrisiken und schließlich die Störanfälligkeit der Transporte auf Grund von Protesten und Demonstrationen. Auf der Grundlage des den Mitgliedstaaten zustehenden Einschätzungsspielraums ist es daher grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Mitgliedstaat zur Beseitigung dieser Risiken die Abgabe von Kernbrennstoffen verbietet. Gleiches gilt hinsichtlich der Einschätzung der Proliferationsrisiken³². Das Abgabeverbot gem. § 9 a I 2 AtG müsste jedoch auch geeignet und erforderlich zur Erreichung des angestrebten Ziels sein und dürfte zu diesem nicht außer Verhältnis stehen³³. Zu beachten sind hier die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Diese trifft den Mitgliedstaat, der sich auf die Rechtfertigungsgründe einer Beschränkung der Marktfreiheiten beruft³⁴.

(1) Geeignetheit des Abgabeverbots nach § 9 a I 2 AtG

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kommt den Mitgliedstaaten bei der Wahl der Maßnahmen grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu³⁵. Offensichtlich ungeeignete Maßnahmen, bei denen eine Förderung oder Verbesserung des Schutzes des betreffenden Schutzguts prima facie ausscheidet, sind freilich unzulässig³⁶. Ferner sind grundfreiheitenbeschränkende Maßnahmen dann nicht geeignet, wenn mangels eines Parallelschutzes³⁷ anderen Gefahren nur unzureichend begegnet wird³⁸. Auf den ersten Blick scheint das vollständige Verbot der Abgabe von Kernbrennstoffen nach § 9 a I 2 AtG geeignet zu sein, einen besseren Schutz der in Art. 30 EG genannten Güter zu bewirken. Dies ist indes nur dann der Fall, wenn auf Grund des Abgabeverbots der Transport abgebrannter Kernbrennstoffe tatsächlich auch eingestellt, zumindest aber reduziert wird. Seitens des Bundesamtes für Strahlenschutz (BfS) wird mit einer Reduzierung des Transportaufkommens um etwa zwei Drittel gerechnet. Denn nach dem derzeitigen Entsorgungskonzept sollen die Transporte der abgebrannten Kernbrennstoffe von den deutschen Kernkraftwerken zu den Wiederaufarbeitungs-

anlagen und der Rücktransport der neuen Kernbrennstoffe entfallen³⁹. Die Annahme einer Reduzierung des Transportaufkommens steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass das Entsorgungskonzept tatsächlich dauerhaft umsetzbar ist. Angesichts der eingangs geschilderten Entsorgungssituation bestehen aber Zweifel. Zwar sind nämlich die gegenwärtig benötigten Zwischen- und Interimslager atomrechtlich genehmigt⁴⁰ und auch schon teilweise mit Transportbehältern befüllt worden⁴¹. Jedoch ist zu bedenken, dass die Betriebszeit sowohl der Interimslager als auch der Zwischenlager begrenzt ist. Für die Interimslager gilt eine Frist von fünf Jahren, die um maximal ein Jahr verlängert werden kann. Der Betrieb der Zwischenlager ist auf 40 Jahre begrenzt. Ist bis zum Ablauf dieser Fristen ein Endlager nicht gefunden, ist ein höheres als das geplante Transportaufkommen wahrscheinlich. Die Bundesregierung geht trotz der jahrzehntelangen Schwierigkeiten der Endlagersuche zwar davon aus, dass eine Inbetriebnahme der Schachtanlage Konrad für Abfälle mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung bei optimistischer Schätzung im Jahr 2013 erfolgen kann⁴². Für die wärmeentwickelnden Abfälle soll zudem ein Endlager ab dem Jahr 2030 zur Verfügung stehen. Der jetzige Entsorgungsstand weckt jedoch nur wenig Hoffnung auf eine rechtzeitige Endlagererrichtung⁴³. Auch

28) EuGH, Urt. v. 20. 2. 1979 – 120/78, Slg. 1979, 649 = BeckRS 2004, 71 378 Rdnrn. 8 ff. – *Cassis de Dijon*.

29) Müller-Graff, in: v. der Groeben/Schwarze, Komm. z. EUV/EGV, 6. Aufl. (2003), Bd. 1, Art. 28 EG Rdnr. 206.

30) Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 20. 5. 1976 – 104/75, Slg. 1976, 613 = BeckRS 2004 70 646 Rdnr. 14/18 – de Peijper.

31) Die zulässigen Strahlengrenzwerte werden indes nach Darstellung des BfS in keinem Fall überschritten, vgl. hierzu m. w. Nachw. Fragen und Antworten zum Thema „Transport radioaktiver Stoffe“, unter www.bfs.de.

32) Bezweifeln lässt sich allerdings, dass die Schwachstellen der Proliferationsvorsorge in erster Linie beim – bekanntermaßen im hohen Maße durch Sicherheitskräfte geschützten – Transport von abgebrannten Brennelementen zu vermuten sind. Auch liegt die Entwendung waffenfähiger Materialien aus Transportbehältern wenig nahe. Jedoch ist einzuräumen, dass die Verhinderung eines weiteren Anwachsens der Menge proliferationsgeeigneter Stoffe zu einer Begrenzung solcher Proliferationsrisiken führt. Dies wird allerdings durch die Beendigung der Kernenergienutzung und der Wiederaufarbeitung bewirkt, da hierdurch die Menge des auf diese Weise entstehenden waffenfähigen Plutoniums begrenzt wird. Das Abgabeverbot des § 9 a I 2 AtG indes ist insoweit bedeutungslos. Proliferationsrisiken waren auch Gegenstand einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Dr 16/724, S. 20 f. (Frage 57 f.). Berichtet wurde dort nur von einem Vorfall in der Forschungswiederaufarbeitungsanlage Karlsruhe. Ende 2000 hatte hier ein Mitarbeiter ein Röhrchen plutoniumhaltiger Flüssigkeit gestohlen.

33) Vgl. EuGH, Urt. v. 14. 7. 1983 – 174/82, Slg. 1983, 2445 = BeckRS 2004, 71 977 Rdnr. 18 – Sandoz.

34) S. etwa EuGH, Urt. v. 12. 7. 1990 – C-128/89, Slg. 1990, I-3239 = BeckRS 2004, 74 280 Rdnr. 23 – Kommission/Italien; EuGH, Urt. v. 12. 3. 1987 – 178/84, Slg. 1987, 1227 = BeckRS 2004, 72 016 Rdnr. 46 – Kommission/Deutschland und EuGH, Urt. v. 28. 4. 1998 – C-158/96, Slg. 1998, I-1931 = EuZW 1998, 345 Rdnrn. 52, 53 – Kohl.

35) EuGH, Urt. v. 15. 9. 1994 – C-293/93, Slg. 1994, I-4249 = BeckRS 2004, 76 069 Rdnr. 22 – Houtwipper.

36) EuGH, Urt. v. 1. 6. 1994 – C-317/92, Slg. 1994, I-2039 = EuZW 1994, 500 Rdnr. 17 – Kommission/Deutschland.

37) Vgl. zu diesem Begriff Müller-Graff, in: v. der Groeben/Schwarze (o. Fußn. 29), Art. 30 EG Rdnr. 134.

38) Vgl. EuGH, Urt. v. 12. 3. 1987 – 178/84, Slg. 1987, 1227 = BeckRS 2004, 72 016 Rdnrn. 48 f. – Kommission/Deutschland; Ähnl. Erwägungen liegen den Geeignetheitsprüfungen des EuGH im Urt. v. 22. 6. 1994 – C-426/92, Slg. 1994, I-2757 = EuZW 1995, 26 Rdnr. 43 – Deutsches Milchkontor, zu Grunde.

39) S. S. 23 der Darstellung „Dezentrale Zwischenlager, Bausteine zur Entsorgung radioaktiver Abfälle“ des BfS (abrufbar unter www.bfs.de).

40) S. http://www.bfs.de/transport/zwischenlager/dezentrale_zl.html.

41) S. hierzu die Übersicht in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Dr 16/2876, S. 2 (Frage 1).

42) S. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Dr 16/2313, S. 5 (Fragen 14 und 15).

43) S. insb. das Plenarprotokoll der 57. Sitzung des Deutschen Bundestags in der 16. Wahlperiode am 19. 10. 2006, S. 5530 ff.; vgl. hierzu auch schon die Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage, BT-Dr 16/2690, insb. S. 2, 4–6, 9. (Fragen 2, 12, 13, 18–21 und 31).

müssen gegenwärtig die auf Grund des Abgabeverbots nach § 9 a I 2 AtG nicht wiederaufzuarbeitenden, abgebrannten Brennelemente bis zu ihrem geplanten Abtransport in ein Endlager in Zwischenlagern aufbewahrt werden. Diese Zwischenlager sind zwar sowohl für das Abklingen erforderlich, jedoch auch zur Überbrückung der Zeit bis zur Verfügbarkeit eines Endlagers. Weiterhin sind an einigen Standorten Interimslager errichtet worden, die ihrerseits wiederum den Zeitraum bis zur Fertigstellung der noch nicht errichteten Zwischenlager überbrücken sollen⁴⁴. Schließlich ist mit Blick auf sicherheitstechnische Erwägungen hinsichtlich der Interimslager⁴⁵ derselbe Vorbehalt gegeben. Soweit also die auf Grund von § 9 a I 2 AtG neu zu gestaltende Entsorgung atomarer Abfälle gegenüber deren früheren Verwendung keine Sicherheitsverbesserung im dargestellten Umfang bewirkt, ist das Abgabeverbot mangels Parallelschutzes nicht zum Schutz der in Art. 30 EG genannten Güter geeignet.

(2) Erforderlichkeit des Abgabeverbots nach § 9 a I 2 AtG

Die Erforderlichkeit einer Grundfreiheitsbeschränkung verlangt, dass die betreffende Beschränkung nicht über das für die Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgeht. Sofern demnach als gleich geeignetes Mittel neben dem Abgabeverbot nach § 9 a I 2 AtG eine Verbesserung der Sicherheitsvorkehrungen beim Transport der Kernbrennstoffe in Betracht kommt, ist auch die Erforderlichkeit des Abgabeverbots zu verneinen.

c) Die Herstellung neuer Kernbrennstoffe im Hinblick auf Art. 49 EG

Die abgebrannten Kernbrennstoffe aus deutschen Kernkraftwerken werden auf Grund des Abgabeverbots dem Wirtschaftskreislauf der Wiederaufarbeitungsleistungen vollständig entzogen. Folglich werden mangels zur Verfügung stehenden Materials diejenigen Leistungen faktisch unmöglich, die die Verfügbarkeit von Kernbrennstoffen voraussetzen. Dies ist vor allem die Wiederaufarbeitung. Daraufhin ist die Vereinbarkeit von § 9 a I 2 AtG mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG zu untersuchen. Der Euratom-Vertrag enthält diesbezüglich keine eigenen Regelungen. Zu den Dienstleistungen nach Art. 50 I EG zählen Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden⁴⁶. Die Herstellung neuer Kernbrennstoffe stellt eine solche Dienstleistung dar. Die grundsätzlich vorrangig geltenden Grundfreiheiten des Waren- und Kapitalverkehrs und über die Freizügigkeit der Person sind ebenso wenig einschlägig wie die Bereichsausnahmen nach Art. 45 I, 46 I i. V. mit Art. 55 EG. Das weiterhin erforderliche grenzüberschreitende Element ist gegeben, da diese Leistungen von anderen Mitgliedstaaten aus in der Bundesrepublik Deutschland angeboten werden. Dem Beschränkungsverbot nach Art. 49 EG unterfallen grundsätzlich alle nationalen Maßnahmen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Dienstleistungsverkehr unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potenziell zu behindern⁴⁷. Zu diesen nationalen Maßnahmen gehören insbesondere Rechtsvorschriften. Art. 49 EG fordert die Aufhebung aller mitgliedstaatlichen Beschränkungen, selbst wenn diese unabhängig von der Staatsangehörigkeit unterschiedslos für einheimische und auswärtige Dienstleistungserbringer gelten und geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern⁴⁸. Das Abgabeverbot nach § 9 a I 2 AtG stellt eine solche Beschränkung dar. Denn obgleich § 9 a I 2 AtG weder die Herstellung neuer Kernbrennstoffe noch die Lagerung von Kernbrennstoffen beinhaltet, werden die betreffenden

Dienstleistungen als unmittelbare Folge des Abgabeverbots vollständig unmöglich.

Als zwingender Grund des Allgemeininteresses, welcher diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könnte, kommt der vom *EuGH* anerkannte Umweltschutz⁴⁹ zwar grundsätzlich in Betracht. Das Abgabeverbot nach § 9 a I 2 AtG ist aber bereits mangels Betroffenheit deutscher Sicherheitsinteressen sowie -zuständigkeit europarechtswidrig. Denn in der Bundesrepublik Deutschland existieren keine Wiederaufarbeitungsanlagen, so dass vom Abgabeverbot nur die Herstellung neuer Kernbrennstoffe in Frankreich und Großbritannien betroffen ist. Die Schutzwahrnehmung der zwingenden Allgemeininteressen untersteht aber – im gemeinschaftsrechtlich nicht harmonisierten Bereich – der Zuständigkeit (Jurisdiktion) des Mitgliedstaats, in dem die Anlage belegen ist, von der die Gefährdungen der Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit und der Umwelt ausgehen. Die mitgliedstaatliche Zuständigkeit für die Schutzwahrnehmung folgt – mangels spezieller gemeinschaftsrechtlicher Regelungen – allgemeinen, auf völkerrechtlichen Prinzipien basierenden Jurisdiktionsregeln wie dem Territorialitätsprinzip. Die Risiken der Herstellung neuer Kernbrennstoffe kommen daher als Rechtfertigungsgrund einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Bundesrepublik Deutschland mit Blick auf einen in Frankreich oder Großbritannien originierenden Herstellungsprozess nicht in Betracht. Denn ein Mitgliedstaat kann sich grundsätzlich nicht anmaßen, die Sicherheitslage mit Blick auf solche Risiken zu verbessern, die ihren Ursprung und ihre Auswirkungen in einem anderen Mitgliedstaat haben. Im hier diskutierten Fall liegt die Zuständigkeit für die Beherrschung der Risiken aus dem Herstellungsprozess nach den allgemeinen Jurisdiktionsregeln bei dem Mitgliedstaat, in dem die Anlage belegen ist. Wäre es der Bundesrepublik Deutschland auf Grund von § 9 a I 2 AtG erlaubt, isoliert an die – in Deutschland erfolgende – vorgelagerte Abgabe anzuknüpfen, um die Verbringung von Kernbrennstoffen in einen anderen Mitgliedstaat zu vereiteln, hätte Deutschland einen zu Produktionsbeeinträchtigungen führenden Zugriff auf den nachgelagerten Herstellungsprozess der Kernbrennstoffe in dem anderen Mitgliedstaat, welcher für die Risikobeherrschung der bei ihm belegenen Anlagen und Herstellungsverfahren entsprechend den völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln zuständig ist. Neben der Kollision mit den allgemeinen Zuständigkeitsregeln für die mitgliedstaatlichen Schutzwahrnehmungen würde dies zugleich einen Widerspruch zu den Grundprinzipien des Gemeinsamen Markts darstellen, die auch nach dem Euratom-Vertrag gelten. Ein internationalen Regelungen und den Bestimmungen des Euratom-Vertrags folgendes Herstellungsverfahren in einer in einem Mitgliedstaat bele-

44) S. zum Stand der Zwischen- und Interimslager die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Dr 16/2876 (Frage 1).

45) Die Sicherheit der Interims- aber auch der Zwischenlager war Gegenstand parlamentarischer Diskussionen (s. etwa die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Dr 15/870) und von Klagen. Zu letzteren s. die Entscheidung des *VGH München* v. 2. 1. 2006 (22 A 04/40/016) im Zusammenhang mit dem Standortzwischenlager Gundremmingen sowie den Beschluss des *BVerwG* v. 24. 8. 2006 (7 B 38/06) zur Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde. Das BfS setzt sich mit diesen Problemen auf seiner Homepage auseinander (www.bfs.de).

46) Vgl. hierzu *EuGH*, Urt. v. 27. 9. 1988 – 263/86, Slg. 1988, 5365 = BeckRS 2004, 72754 Rdnr. 17 – Humbel und Edel; *Müller-Graff*, in: *Streinz* (o. Fußn. 10), Art. 49 Rdnrn. 19 ff.

47) *Müller-Graff*, in: *Streinz* (o. Fußn. 10), Art. 49 EG Rdnr. 85.

48) Art. 49 EG wird vom *EuGH* also ein allgemeines Beschränkungsverbot entnommen, vgl. *EuGH*, Urt. v. 29. 11. 2001 – C-17/00, Slg. 2001, I-9445 = EWS 2002, 83 = BeckRS 2004, 74633 Rdnr. 29 – De Coster; Urt. v. 15. 3. 2001 – C-165/98, Slg. 2001, I-2189 = EuZW 2002, 444 Rdnr. 22 – Mazzoleni.

49) S. *EuGH*, Urt. v. 21. 3. 2002 – C-451/99, Slg. 2002, I-3193 = BeckRS 2004, 77331 Rdnrn. 66 ff. – Cura Anlagen.

genen Anlage kann schließlich auch nach dem Herkunftslandprinzip⁵⁰ nicht durch Maßnahmen eines anderen Mitgliedstaats beschränkt werden⁵¹.

III. Ergebnis

§ 9 a I 2 AtG ist nur unter dem Vorbehalt mit Art. 93 I lit. a EAG vereinbar, dass die in der Bundesrepublik Deutschland vorgesehene Endlagerung der auf Grund des Abgabeverbots nach § 9 a I 2 AtG anfallenden atomaren Abfälle tatsächlich eine Sicherheitsverbesserung bewirkt. Mit Art. 49 EG hingegen ist § 9 a I 2 AtG unvereinbar. Denn hinsichtlich der Beherrschung der in einem anderen Mitgliedstaat originierenden und sich auswirkenden Risiken der Wiederaufarbeitung sind deutsche Sicherheitsinteressen und eine deutsche Sicherheitszuständigkeit nicht betroffen.

50) S. zu dieser Rspr. etwa *EuGH*, Urt. v. 20. 2. 1979 – 120/78, Slg. 1979, 649 = BeckRS 2004, 71 378 – *Cassis de Dijon*.

51) Beachte aber auch *Wöllenteit/Gebauer*, ZUR 1999, 250 m. w. Nachw. Danach sind radioaktive Emissionen aus den Wiederaufarbeitungsanlagen La Hague und Sellafield bis in die Deutsche Bucht nachweisbar. Unter dieser Bedingung stellt sich freilich auch die Frage der Sicherheitsbetroffenheit und -zuständigkeit neu. S. hierzu auch die Darstellung unter http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/schriftenreihe_rs650.pdf.