Alexander Iben, Greifswald*

GreifRecht merkt an: Atomausstiegsgesetz und die Entstehung einer „kleinen Enteignung"? – Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 6. Dezember 2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12

Das Verfahren von EON, RWE und Vattenfall vor dem Bundesverfassungsgericht erzielte große öffentliche Breitenwirkung. Auch juristisch müssen aus dem Urteil Schlussfolgerungen gezogen werden. Für das Studium ist dabei vor allem die Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 14 GG relevant. Sie wird hier vorgestellt und gewürdigt.

Art. 14 Abs. 1 GG ist wohl das Grundrecht, was von den meisten Studenten nur stiefmütterlich behandelt wird. Zum einen mag es daran liegen, dass es ein normgeprägtes Grundrecht ist[1], der Schutzbereich sich also entsprechend schwieriger erfassen lässt als bei anderen Freiheitsgrundrechten. Zum anderen ist es seit jeher geprägt von der Dogmatik des BVerfG, deren Entwicklung nicht stets linear verlief[2], sondern durchaus wechselhaft war. Daher sollen nachfolgend anhand des neuesten Urteils des BVerfG zu Art. 14 Abs. 1 GG die neuesten Entwicklungen der Dogmatik aufgezeigt und an einigen Stellen kritisch hinterfragt werden.[3]

I. Hintergründe des Verfahrens

Die Bundesregierung hat schon seit längerer Zeit eifrig den Atomausstieg betrieben. Mit der Unterzeichnung der Atomkonsensvereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen am 11. Juni 2001 verständigte man sich, die Nutzung der Kraftwerke zu befristen. Ein verbindliches Ausstiegsdatum wurde nicht festgelegt. Vielmehr wurden verbindliche Reststrommengen[4], die ab dem 1. Januar 2000 noch produziert werden dürfen, für jedes der Atomkraftwerke gesondert festgesetzt.[5] Dabei war eine Übertragung der Strommengen innerhalb des Konzerns ohne weiteres möglich, die Gewinnerzielung[6] und Amortisierung getätigter Investitionen sollte sichergestellt sein. Mit dem „Ausstiegsgesetz"[7] vom 22. April 2002 wurde diese Vereinbarung umgesetzt.

Nach der Bundestagswahl 2009 wurden von der neuen Bundesregierung Verhandlungen initiiert, die zur Verlängerung der Kernenergie führen sollten und die letztlich zum Erlass des elften Änderungsgesetzes des Atomgesetzes (AtG) führten. Die Reststrommengen wurden hierdurch erhöht[8], die verbleibende Nutzungsdauer dadurch um ca. 8 bzw. 14 Jahre – abhängig von dem Beginn des Leistungsbetriebs – verlängert[9].

Am 11. März 2011 kam es infolge eines Erdbebens vor der Küste Japans zu einem Reaktorunglück in Fukushima, bei der es in vier von den sechs Reaktorblöcken zu einer Kernschmelze, also der übermäßigen Erhitzung der nuklearen Brennstäbe infolge eines Kühlungsausfalls, kam, wodurch radioaktive Strahlung austrat.[10] Hiervon beeinflusst, entschied sich die gleiche Regierung den Atomausstieg doch wieder zu beschleunigen[11]. Mit dem durch die Verfahren angegriffenen dreizehnten Änderungsgesetz zum AtG reagierte der Bund – nach einer Neubewertung

* Dipl.-jur. *Alexander Iben* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht (Prof. Dr. *Claus Dieter Classen*) an der Universität Greifswald.

1 *Axer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zum GG, 33. Ed., Stand 01.06.2017, Art. 14 Rn. 7.

2 Dies wird noch in Ansätzen unter B. II. aufzuzeigen sein.

3 Angesichts der erheblichen Länge des Urteils – es sind immerhin 114 Seiten – soll gerade der Überblick über die wesentlichen Entscheidungsgründe und die daraus folgenden Auswirkungen auf die Dogmatik von Art. 14 GG erleichtert werden.

4 Das BVerfG schlüsselt diese Reststrommengen noch genauer auf, was aber für die vorliegenden Zwecke entbehrlich ist. Genauer hierzu siehe BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 5 und zu den numerisch festgelegten Strommengen Rn. 13 bzw. Anlage 3 zu § 7 Abs. 1a AtG i.d.F. v. 31.07.2011. BVerfG Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12 ist teilweise abgedruckt in NJW 2017, 217. Da es dort nur ausschnittsweise zu lesen ist, zitiert dieser Beitrag nach juris.

5 Letztlich war die Berechnung auch so erfolgt, dass die Strommengen einer Regellaufzeit von 32 Jahren entsprachen, also der Zeit, nachdem sich ein Kraftwerk amortisiert haben soll, vgl. BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 13; BT-Drucks. 14/6890, S. 21 a.E.

6 BT-Drucks. 14/6890, S. 16.

7 Genauer: Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität, BGBl. I 2002, S. 1351.

8 Hierzu ausführlich die Auflistung im Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 18; alternativ Anlage 3 zu § 7 Abs. 1a AtG i.d.F. v. 08.12.2010, BGBl. I 2010, S. 1815.

9 BT-Drucks. 17/3051, S. 6.

10 Zum genaueren Ablauf eignen sich die Darstellungen der Reaktorsicherheitskommission in der Stellungnahme RSK 437 vom 16.05.2011, Anlagenspezifische Sicherheitsüberprüfung (RSK-SÜ) deutscher Kernkraftwerke unter Berücksichtigung der Ereignisse in Fukushima-I (Japan), S. 3 f., http://www.bmub.bund.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/sicherheitsueberpruefung_stellungnahme_rsk.pdf (Abruf v. 03.08.2017).

11 Man könnte auch in gewisser Weise von einer (panischen) Angst vor dem atomaren Super-GAU sprechen. Zuvor wurde, gestützt auf § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AtG, veranlasst, dass die sieben ältesten Reaktoren zur Sicherheitsüberprüfung für drei Monate vom Netz genommen wurden. Die temporäre Stilllegung der Kraftwerke Biblis A und B auf Anordnung des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz hat der Hessische VGH jedenfalls als rechtswidrig angesehen, siehe hierzu VGH Hessen, Urt. v. 27.02.2013 – 6 C 825/11.T = DVBl 2013, 726.

der Risiken[12] – auf die japanischen Vorkommnisse[13], um vergleichbare Katastrophen in Deutschland zu vermeiden. Ein festes Enddatum wurde dergestalt festgelegt, dass für die einzelnen Kernkraftwerke konkrete Abschalttermine normiert wurden, bis zu denen die zuvor zugewiesenen Reststrommengen spätestens erzeugt worden sein müssen (§ 7 Abs. 1a AtG n.F.). Gem. § 7 Abs. 1b AtG n.F. können die verbleibenden Reststrommengen allerdings konzernintern den „jüngeren" Anlagen zugewiesen werden.

II. Zentrale Fragen der Verfahren

Wenig verwunderlich war es, dass sich die Energieunternehmen *E.ON*, *RWE* und *Vattenfall*, als Eigentümer der Kernkraftwerke, ob dieser gesetzgeberischen Maßnahme wenig begeistert zeigten und die im Urteil zusammengefassten Verfahren wenig später einleiteten.

Zunächst ging es in den Verfahren um die Frage, ob neben den Kernkraftwerken weitere selbständige Positionen auf Seiten der Anlagenbetreiber bestehen, die den Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG genießen (1.). Zudem musste erneut – wenig verwundernd bei Streitigkeiten i.R.v. Art. 14 Abs. 1 GG – die Abgrenzung von der Enteignung zur Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) geklärt werden (2.). Daraus sollten sich sodann neue Konsequenzen für die Anforderungen auf der Ebene der Rechtfertigung ergeben (3.).[14]

1. Selbständige Eigentumspositionen der Betreiber?

a) Eigentum i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG

Um die Entscheidung des BVerfG auf die nachfolgenden Fragen richtig bewerten zu können, muss zunächst der Blick auf die Begriffsbestimmung des Eigentums gerichtet sein. Anders als bei anderen Freiheitsgrundrechten, deren Schutzbereich man aus studentischer Sicht leichter erfassen kann, fällt dies bei Art. 14 Abs. 1 GG i.d.R. schwerer. Es ist ein „normgeprägtes" Grundrecht, wird also durch die gesamte Rechtsordnung letztlich konkretisiert. Dennoch ist der Begriff nach dem BVerfG aus dem GG selbst zu gewinnen.[15] Nach st. Rspr. hat das Eigentum die Aufgabe, die persönliche Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen.[16] Es ist geprägt von der Privatnützigkeit und der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis des Eigentümers[17], soll aber gleichzeitig auch dem Wohle der Allgemeinheit dienen (Art. 14 Abs. 2 GG)[18]. Das Eigentum lässt sich also definieren als jede vermögenswerte Position, die dem Einzelnen rechtlich zur freien Verfügung und Nutzung zugeordnet ist.[19]

b) Atomrechtliche Genehmigung als Eigentum i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG

Die Antragssteller, insbesondere das Unternehmen *E.ON*, haben vorgetragen, dass die atomrechtlichen Genehmigungen selbständigen Eigentumsschutz unter Art. 14 Abs. 1 GG genießen.[20] Die Betriebsgenehmigung nach § 7 AtG sei ein öffentliches Recht zur Nutzung des Anlageneigentums, stünde neben dem bürgerlichen Eigentum an den Kraftwerken und erfülle die Strukturmerkmale der Privatnützigkeit, da sie (u.a.) mit den privatwirtschaftlich getätigten Investitionen eng verknüpft sei.[21]

aa) Entscheidung des BVerfG

Diesem Vortrag ist das BVerfG allerdings nicht gefolgt, hat also den selbständigen Schutz der (öffentlichrechtlichen) Genehmigung nicht anerkannt.[22] Sie sei

12 Durchgeführt von der Reaktor-Sicherheitskommission mit abschließendem Bericht vom 16.05.2011, siehe Fn. 10.

13 Wobei zuvor die eingeschaltete Ethikkommission ihrem Bericht Handlungsempfehlungen veröffentlichte, die in erster Linie auf den raschen Ausstieg binnen eines Jahrzehnts abzielten, vgl. Ethikkommission Sichere Energieversorgung, Deutschlands Energiewende – Ein Gemeinschaftswerk für die Zukunft, 30. Mai 2011, S. 9, https://archiv.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/_Anlagen/2011/07/2011-07-28-abschlussbericht-ethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Abruf v. 03.08.2017).

14 Die Frage, ob sich eine juristische Person, die von einem ausländischen Staat beherrscht wird – vorliegend war es Vattenfall – soll hier außen vorgelassen werden. Sie ist aber deshalb nicht von minderer Bedeutung, immerhin ging es um die europarechtsfreundliche Auslegung des GG; siehe dazu die Begründung des BVerfG, Urt. v. 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 184 ff., Anmerkungen zu (u.a.) diesem Problem finden sich u.a. bei *Ludwigs*, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011 – Karlsruhe locuta, causa finita?, NVwZ-Beil. 2017, 3 (4, 6) und *Fehling/Overkamp*, Entscheidungsbesprechung – Atomausstieg nach Fukushima, ZJS 2017, 486 (489 f.).

15 BVerfGE 58, 300 (335) – *Nassauskiesung*, wobei sich dies widersprüchlich liest, da das BVerfG unmittelbar im Anschluss doch wieder auf die untergesetzlichen Normen zur Ermittlung des Eigentumsgehalts abstellt. „Welche Befugnisse einem Eigentümer (...) konkret zustehen, ergibt sich (...) aus der Zusammenschau aller (...) geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften. Ergibt sich hierbei, daß der Eigentümer eine bestimmte Befugnis nicht hat, so gehört diese nicht zu seinem Eigentumsrecht."

16 Vgl. BVerfGE 31, 229 (240) – *Urheberrecht;* BVerfGE 50, 290 (339) – *Mitbestimmungsgesetz*; BVerfGE 52, 1 (30) – *Kleingartenrecht*; BVerfGE 102, 1 (15) – *Altlasten*; BVerfGE 104, 1 (8) – *Baulandumlegung*.

17 Siehe Fn. 16.

18 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, Rn. 216.

19 *Axer*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 1), Beck-OK GG, Art. 14 Rn. 42; ähnlich *Antoni*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2016, Art. 14 Rn. 4; *Leisner*, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 3. Aufl. 2010, § 173 Rn. 10.

20 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 42 ff. für das von *E.ON* eingeleitete Verfahren. Aber auch *RWE* (Rn. 82) beruft sich hierauf.

21 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 44, wobei sich die Darstellung der Antragsbegründung nur auf das von *E.ON* geführte Verfahren bezieht. Allerdings hat auch RWE eine vergleichbare Begründung vorgetragen, vgl. BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 82.

22 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 231.

nicht mit den nach gefestigter verfassungsgerichtlicher Rspr. anerkannten subjektiv-öffentlichen Rechten vergleichbar, denen Eigentumsschutz zuteilwird.[23] Daran ändere auch die Tatsache, dass die Genehmigung erst nach erheblichen getätigten Investitionen erteilt wurde, nichts.[24]

bb) Bewertung

Anders als bei privatrechtlichen Rechtspositionen, bei denen der Eigentumsschutz freilich anerkannt ist, gilt dies für öffentlich-rechtliche Rechtspositionen nicht ohne weiteres. Im Lichte der bisherigen Rspr. kommt es bei öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen maßgeblich darauf an, dass diese auf eigenen (Vor-)Leistungen beruhen[25].

Hieran lässt sich jedoch Kritik[26] üben, denn bei der Einordnung privatrechtlicher Rechte wird eine solche Differenzierung nicht vorgenommen[27]. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an. Zum einen ist schon die Verfügungsbefugnis nicht gegeben.[28] Die Genehmigungen sind anlagen- und betreibergebunden, können also nicht selbständig verwertet werden. Zum anderen erweitert die Genehmigung nicht den Rechtskreis, tituliert also nur ein bereits bestehendes Nutzungsrecht, denn das Genehmigungsverfahren dient allein der Überprüfung der gesetzlichen Vereinbarkeit der Anlagen (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).[29] Sie deklariert, ähnlich wie die Baugenehmigung, Umfang und Bedingung der Ausübung.[30] Die Genehmigung ist damit streng zu trennen von den durch eigene Leistungen und Investitionen geschaffenen Kernkraftanlagen.[31] Die Nutzungsrechte und die Schaffung der Nutzungsmöglichkeit resultiert gerade nicht aus der Genehmigung. Ein neben dem Privateigentum an den Anlagen bestehendes öffentlich-rechtliches Eigentumsrecht existiert also gerade nicht.

c) Zugewiesene Reststrommengen durch 13. AtG-Novelle als Eigentum iSv. Art. 14 Abs. 1 GG

Des Weiteren sollen auch die zugewiesenen Reststrommengen dem Eigentumsschutz unterfallen. Sie seien durch den Gesetzgeber als ein übertragbares Gut ausgeformt, da sie konzernintern gem. § 7 Abs. 1b AtG auf andere Anlagen übertragen werden können; sie sind also selbständige Güter und können Gegenstand von Handelsgeschäften sein.[32] Somit komme ihnen als vermögenswerte Positionen selbständiger Eigentumsschutz zu.

aa) Ansicht des BVerfG

Das BVerfG ist auch dieser Argumentation nicht gefolgt. Die Reststrommengen sind grundsätzlich[33] keine selbständige Rechtsposition, formen aber die Nutzungsmöglichkeit der Kernkraftwerke maßgeblich mit aus, weshalb sie in dem Eigentumsschutz dieser aufgehen.[34]

bb) Bewertung

Zunächst kann das Ergebnis des BVerfG verwundern. Die Argumentation der Betreiber weiß immerhin zu überzeugen. Angesichts der Tatsache, dass die Strommengen zumindest konzernintern disponibel sind, lässt sich jedenfalls eine eingeschränkte Verfügungsbefugnis begründen.[35] Zudem sind die Strommengen überwiegend privatnützig, da sie elementar für den Betrieb der Kraftwerke sind.[36] Da diese aber durch den Gesetzgeber zugeordnet wurden, stellt sich auch hier das Problem, dass diese nicht auf einer Eigenleistung beruhen und nach der Rspr. des BVerfG keine eigentumsrechtlich geschützten Rechtspositionen sind. Allerdings sollte in den Reststrommengen schon bereits keine Rechtsposition angesehen werden[37],

23 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 231.

24 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 231.

25 So das BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 231, st. Rspr und mit ihm die h.M. siehe hierzu u.a. *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 174 ff.; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 26.

26 A.A. BGHZ 6, 271 (278). Die h.M. hält überzeugend an dieser Abgrenzung fest, da ansonsten jegliche staatliche Leistungen die dem Sozialstaatsprinzip und der Daseinsvorsorge zugeordnet werden können und letztlich auch der Kompensation des fehlenden Eigentums dienen, dem Schutz des Eigentums unterfallen würden. Dadurch ergeben sich erhebliche praktische Probleme, da Veränderungen an der Leistungsvergabe dann stets an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen wären. Es würde faktisch ein Leistungsrecht entstehen. Vgl. zu letzterem *Morlok/Michael*, Grundrechte, 4. Aufl. Rn. 388 f.

27 *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Band 1, 1. Aufl. 1999, Art. 14 Rn. 55 bezeichnet dies deshalb – obgleich er die Dogmatik bergrüßt – als Schwachstelle.

28 So auch *Ludwigs* (Fn. 14), NVwZ-Beil. 2017, 3 (7); vgl auch *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 76.

29 *Ossenbühl*, Eigentumsschutz von Reststrommengen beim Atomausstieg, DÖV 2012, 697 (699).

30 Vgl. *Ossenbühl* (Fn. 29), DÖV 2012, 697 (699).

31 So u.a. *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 25), GG, Art. 14 Rn. 172; *Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 (8).

32 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 46; wobei auch hier die Ausführungen der Unternehmen kongruent sind, vgl. BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 80.

33 Einzig für die Strommengen für den Reaktor Mühlheim-Kärlich gilt dies nicht ohne weiteres. Das BVerfG lies die Eigentumsfrage diesbezüglich offen, eine gewisse Tendenz für die Annahme einer selbständigen Eigentumsposition ist der Entscheidung aber anzuerkennen, angesichts der besonderen Umstände. Siehe BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 238.

34 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 233.

35 Bereits dies sah das BVerfG anders: Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 236; vgl. auch *Bruch/Greve*, Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kernkraftwerksbetreiber? – Zur Verfassungsmäßigkeit der 13. Atomgesetznovelle, DÖV 2011, 794 (795).

36 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 236.

37 Ob das BVerfG dies auch so sieht, wird nicht ganz klar. Dort heißt es nämlich nur, dass sie keine „selbständig eigentumsfähige[n]

die vom Gesetzgeber geschaffen wurde. Das Recht zur Nutzung der Anlagen bestand schon vor Einführung der Reststrommengen, sodass der *status quo* nicht verändert wurde. Sie wirken sich allein in zeitlicher Hinsicht aus, beschränken also den Nutzungsumfang[38]. Ein neues (öffentlich-rechtliches) Recht wird durch den Gesetzgeber indes nicht geschaffen.[39]

d) Zusammenfassung

Somit stellten nach richtiger Ansicht des BVerfG allein die Kernkraftanlagen selbst die eigentumsfähige Rechtsposition dar, die den Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG genießen. Andere Rechtspositionen, die keinen selbständigen Schutz unter Art. 14 Abs. 1 GG erfahren, partizipieren am Schutz.

2. Abgrenzung der Enteignung zur Inhalts- und Schrankenbestimmung – Der Güterbeschaffungsvorgang als konstitutives Merkmal?

Letztlich befasste sich das BVerfG mit der – aus studentischer Sicht wohl relevantesten – Frage, ob das Merkmal des Güterbeschaffungsvorganges ein konstitutives Merkmal für die Enteignung ist. Denn die Reststrommengen und die Kernkraftanlagen verbleiben bei den bisherigen Eigentümern, sodass ein Übergang der Positionen nicht stattfindet. Allerdings führt die verkürzte Nutzbarkeit zu erheblichen Beeinträchtigungen der Energieunternehmen. Wäre also der Güterbeschaffungsvorgang ein konstitutives Merkmal, so läge keine Enteignung vor, die *per se* eine Entschädigung zufolge haben muss, Art. 14 Abs. 3 GG.

a) Wandlung der Rechtsprechung des BVerfG

In der Rspr. des BVerfG hat sich über die Jahrzehnte der Begriff der Enteignung als die „vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“ herausgebildet. Ob aber zusätzlich die Enteignung zwingend durch einen Güterbeschaffungsvorgang, also dem Übergang der entzogenen Position vom Betroffenen auf den Staat oder einen anderen Begünstigten der Enteignung, wurde bislang uneinheitlich beantwortet.[40] Zunächst spielte die Güterbeschaffung scheinbar eine untergeordnete Rolle – weder im *Nassauskiesungsbeschluss*[41] noch in der Entscheidung zum *Kleingartenrecht*[42] war davon die Rede – und später wurde sie *expressis verbis* als irrelevant angesehen[43]. Allein die vollständige oder teilweise Entziehung konkret-individueller Positionen iSd. Art. 14 Abs. 1 GG zur Erfüllung öffentlicher Zwecke[44] sollte eine Enteignung begründen. 2001 dann die Kehrtwende des BVerfG: „die Enteignung [sei] beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll“[45]. Der Güterbeschaffungsvorgang ist also konstitutives Merkmal der Enteignung. An dieser neuen Rspr. hielt das BVerfG auch in der neuesten Entscheidung fest, begründete es aber dieses Mal umfangreicher.

b) Bewertung

Zunächst ist es erfreulich, dass sich das BVerfG (endlich) umfassend mit dem Enteignungsbegriff auseinandersetzt. In den meisten Entscheidungen hat das BVerfG plump festgestellt, dass es (nicht) auf einen Güterbeschaffungsvorgang ankommt. Besonders die Kehrtwende in der Entscheidung zur *Baulandumlegung* hätte begründet werden müssen[46], immerhin wandte sich das BVerfG von seinen vorherigen Entscheidungen ab.[47]

Zu der Begründung selbst ist zunächst zu sagen, dass der Wortlaut des Enteignungsbegriffes in der Tat ambivalent ist[48], sodass deshalb nicht *per se* das konstitutive Merkmal des Güterbeschaffungsvorgangs gefordert werden kann. Der Wortlaut der Enteignung meint zunächst den Entzug von Eigentum zur Erfüllung öffentlicher Zwecke. Man kann ihn aber daneben auch dahingehend auslegen, dass mit der Enteignung (zwingend) eine Verstaatlichung verbunden sein muss.[49] Da man aber schon sprachlich zwischen der Enteignung und der An- bzw. Zueignung unterscheidet, steht der Wortlaut

Rechtspositionen“ sind: BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, Rn. 234.

38 So auch *Ossenbühl* (Fn. 29), DÖV 2012, 697 (698); *Robinet*, Beschleunigter Atomausstieg und Eigentumsgarantie, BJR 2015, 19 (20); *Ludwigs* (Fn. 14), NVwZ-Beil. 2017, 3 (6); a.A. zur Fehlenden Enteignung bei der Beschränkung von Eigentumsnutzungen, *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 14 Rn. 82.

39 *Robinet* (Fn. 38), BJR 2015, 19 (20); a.A. *Bruch/Greve* (Fn. 35), DÖV 2011, 794 (795).

40 So selbst das BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 247.

41 BVerfGE 58, 300.

42 BVerfGE 52, 1 (27).

43 So BVerfGE 24, 367 (394) – *Hamburger Deichordnung*; BVerfGE 83, 201 (211) – *Vorkaufsrecht*.

44 Auf letzterem sollte noch in der Entscheidung zur Hamburger Deichordnung der Fokus liegen, BVerfGE 24, 367 (394).

45 BVerfGE 104, 1 (10).

46 Ebenfalls kritisch hierzu *Krappel*, Schleichende Einschränkung des Enteignungsbegriffs, DÖV 2012, 642 (643), der zudem der Ansicht ist, dass das BVerfG seine Rspr. nicht bewusst grundlegend ändern wollte; andeutend *Lege*, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG, Jura 2011, 507 (513).

47 In der Entscheidung zur Hamburger Deichordnung hieß es noch Die „[…] Enteignung ist begrifflich dadurch gekennzeichnet, daß das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Eigentum ganz oder teilweise im Interesse der Allgemeinheit entzogen wird. Der Entzug und der dadurch bewirkte Rechts- und Vermögensverlust – nicht aber die Übertragung des entzogenen Objekts ist das entscheidende Merkmal.“; vgl. BVerfGE 24, 367 (394) – *Hamburger Deichordnung*.

48 So das BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 249 f.

49 Zu dieser Ambivalenz siehe nur DUDEN zum Begriff „Enteignung“, http://www.duden.de/rechtschreibung/enteignen#b2-Bedeutung-a (Abruf v. 09.08.2017).

dem Merkmal des Güterbeschaffungsvorgangs wohl eher entgegen.[50]

Aus historischer Sicht ist dem BVerfG bedingt zuzustimmen: In der Kaiserzeit und nachfolgend zu Beginn der Weimarer Republik wurde die Enteignung i.S.d. Art. 153 Abs. 2 WRV durch drei wesentliche Merkmale charakterisiert: das Verwaltungshandeln auf gesetzlicher Grundlage, den Entzug eines Eigentumsgegenstandes und eben der Übertagung auf die öffentliche Hand (oder einen Dritten),[51] was gerade dem vom BVerfG geforderten Güterbeschaffungsvorgang entspricht. Dieser *klassische Enteignungsbegriff*[52] wurde aber, insbesondere hinsichtlich des Merkmals der Übertragung, während der Weimarer Republik teilweise aufgegeben.[53] Diese Extension des Enteignungsbegriffes setzte das BVerfG selbst fort, sodass es widersprüchlich erscheint, wenn das BVerfG nun selbst die Richtigkeit seiner fast 50 Jahre andauernden Rspr. mit der Begründung anzweifelt, dass die *rechtspraktische Historie* ambivalent sei, denn gerade die Entwicklung zum *modernen Enteignungsbegriff* lässt sich nachweisen.[54] Der Hinweis auf eine singuläre Entscheidung zur *Baulandumlegung*, in der das Umdenken noch nicht einmal begründet wurde, ist wenig überzeugend. Es wäre indes besser gewesen, wenn auf das *historische Leitbild* der Enteignung abgestellt worden wäre. Die Enteignung ist ursprünglich gerade konzipiert worden, um private Positionen staatlich nutzen zu können.[55] Leitbild war die Übertragung von Grundstücken auf den Staat, um bspw. Straßen zu bauen.[56] Damit lässt sich durchaus der klassische Enteignungsbegriff begründen.[57]

Allerdings wird damit letztlich auch der Schutzgehalt verringert, denn aus der Sicht des Betroffenen macht es keinen Unterschied, ob die Position nur entzogen wird oder auch auf einen anderen übergeht.[58] Die Intensität ist in beiden Fällen gleich, der eigentliche Schutzgehalt des Freiheitsgrundrechts wird so in starkem Maße durch das BVerfG zurückgenommen.[59] In dieser Linie bewegt sich letztlich auch die Rspr. des EGMR, der nicht nur formelle Enteignungen als Eigentumsentziehungen i.S.v. Art. 1 1. ZP-EMRK anerkennt, sondern auch die sog. *De-facto*-Enteignungen, also Maßnahmen, die von der Intensität einer förmlichen Aufhebung der Eigentumsposition gleichkommen.[60] Das Problem besteht allerdings bei einer Annäherung an diese EMRK-Rspr. darin, dass dann faktisch die Schweretheorie – also ein materieller Enteigungsbegriff – wieder Einzug in Art. 14 Abs. 1 GG halten würde und somit die seit dem *Nassauskiesungsbeschluss* fortgesetzte Trennung zwischen Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmungen weitestgehend aufgehoben werden würde. Des Weiteren spricht Art. 1 Abs. 1 1. ZP-EMRK nur vom Entzug des Eigentums, was gerade eine extensive Auslegung ermöglicht und auf der anderen Seite sich von dem Begriff der Enteignung unterscheidet. Aber das bedeutet nicht, dass dies einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung zwingend im Wege gestanden hätte. Dies wäre vielmehr ein argumentativ überzeugenderes Ergebnis gewesen, bedenkt man, dass das BVerfG[61] stets die Orientierungs- und Leitfunktion des EGMR betont.[62] [63]

Zuletzt geht das BVerfG auf die funktionalen Gründe ein, die für den Güterbeschaffungsvorgang sprechen und letztlich ausschlaggebend seien. Aus studentischer Sicht ist dies freilich zu begrüßen, denn ohne den Güterbeschaffungsvorgang verschwimmen die Grenzen zwischen Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung erheblich[64]. Das Merkmal erleichtert die Abgrenzung ungemein in Fällen, in denen kein Anderer

50 So auch *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, § 38 Rn. 20; *Krappel* (Fn. 46), DÖV 2012, 642 (644).

51 *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 346; *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Neudruck der 14. Aufl. 1987, S. 707 f.

52 So *Gusy* (Fn. 51), S. 346.

53 Vgl. die Darstellungen von *Gusy*, (Fn. 51), S. 346. Deshalb ist *Krappel* der Ansicht, dass der Grundgesetzgeber allein auf den sich in der Weimarer Republik ausgeformten Enteignungsbegriff Bezug nehmen wollte, *ders.* (Fn. 46), DÖV 2012, 642 (644), *Berkemann*, Der Atomausstieg und das Bundesverfassungsgericht – Eine Rezension, DVBl 2017, 793 (798).

54 Ähnlich *Berkemann* (Fn. 53), DVBl 2017, 793 (798).

55 *Roller*, Die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs, ZUR 2017, 277 (281) spricht von einem Sondertatbestand mit historischen Wurzeln.

56 Vgl. *Ossenbühl* (Fn. 31), AöR 124 (1999), 1 (11); *Lege* (Fn. 46), Jura 2011, 507 (512); *ders.*, Art. 14 GG für Fortgeschrittene, ZJS 2012, 44 (48) sieht die Enteignung historisch als „Zwangskauf" durch den Staat, so auch *Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl 2011, 1437 (1439).

57 Siehe hierzu die Darstellung von *Schwarz*, „Güterbeschaffung" als notwendiges Element des Enteignungsbegriffes?, DVBl 2013, 133 (136).

58 So auch *Schwarz (*Fn. 57), DVBl 2013, 133 (138), *ders.*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 79. EL Stand: Dezember 2016, Art. 87c Rn. 19; *Hufen* (Fn. 50), Grundrechte, § 38 Rn. 20; *Berkemann* (Fn. 53), DVBl 2017, 793 (798).

59 *Berkemann* (Fn. 53), DVBl 2017, 793 (799) nennt dies einen „freiheitsbezogene[n] Rückschritt"; siehe dazu auch *Schwarz* (Fn. 57), DVBl 2013, 133 (139).

60 Siehe u.a. EGMR, Urt. v. 18.2.1991 – 12033/86n – Fredin/Schweden, Rn. 42.

61 U.a. BVerfGE 128, 326 (368).

62 Ähnlich *Shirvani*, Atomausstieg und mäandernde Gesetzgebung, DÖV 2017, 281 (284 f.).

63 Gerade dieser Punkt verwundert, denn knapp einen Monat später hat das BVerfG die Anforderungen an ein Parteienverbot i.S.v. Art. 21 Abs. 3 GG an die EGMR-Rspr. angepasst, siehe hierzu BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, NJW 2017, 611 (627 f.). Das mag sicherlich auch daran liegen, dass die Urteile vom jeweils anderen Senat stammen, was aber gleichwohl kein Grund ist, der Rspr. des EGMR (scheinbar) unterschiedliches Gewicht zuzusprechen. Hinsichtlich der Beschwerdebefugnis von *Vattenfall* verwies aber auch der 1. Senat vorliegend auf die EMRK, vgl. BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 202.

64 Das war letztlich auch ein entscheidender Grund für das BVerfG; auch in der Lit. wird mit Hinweis hierauf der Güterbeschaffungsvorgang gefordert, siehe ausführlich *Hendler*, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung – Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 130 f.; siehe auch *Lege* (Fn. 56), ZJS 2012, 44 (48); *Ludwigs* (Fn. 14), NVwZ Beil. 2017, 3 (7).

Inhaber der entzogenen Position wird.[65] Damit liefert das BVerfG wohl auch ein plausibles Argument, warum es (bewusst) nicht die EGMR-Rspr. berücksichtigt hat. Zudem überzeugt es mehr als die bisherige Abgrenzung anhand des verfolgten Zwecks. Hier wurden die Rechtfertigungsseite für die Enteignung und die konstitutiven Merkmale der Enteignung selbst vertauscht.[66] Verfolgt eine Enteignung nicht öffentliche Zwecke, ist sie rechtswidrig[67]. Nach bisheriger Rspr. wäre es aber gerade deshalb keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung[68].

Aus praktischer Sicht ist daher die Entscheidung des BVerfG zu begrüßen[69], mit Blick auf einen umfassenden Grundrechtsschutz und die nur z.T. überzeugende Argumentation des BVerfG aber auch kritisch zu sehen[70]. Jedenfalls ist das Atomausstiegsgesetz als Inhalts- und Schrankenbestimmung anzusehen. [71]

3. Entstehung einer „Enteignung light"?

Die Einbußen beim Grundrechtsschutz scheint auch das BVerfG gesehen zu haben, da es auf Ebene der Rechtfertigung letztlich zu dem Entschluss gekommen ist, dass Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die nur wegen des fehlenden Güterbeschaffungsvorgangs keine Enteignungen sind, stets die Frage einer Entschädigung aufwerfen.[72] Mit anderen Worten: Werden Rechtspositionen entzogen, ohne einem Anderen übertragen zu werden, wird i.d.R. eine Entschädigung zu leisten sein.

Dabei geht das BVerfG davon aus, dass im Einzelfall eine Zumutbarkeitsprüfung vorzunehmen ist, in dem u.a. die Frage zu erörtern ist, inwieweit der Eigentümer selbst die Gründe des Entzuges zu verantworten hat.[73] Ist die Hinnahme des Entzuges nicht mehr zumutbar, so muss der Gesetzgeber einen finanziellen Ausgleich vorsehen.

Dies ist aber aus dogmatischer Sicht verwunderlich. Zwar ist es seit der Entscheidung zum *Pflichtexemplar*[74] jedenfalls kein *Novum*, dass auch Inhalts- und Schrankenbestimmungen ausgleichspflichtig sein können. Allerdings galt die Ausgleichspflicht bislang nur bei unverhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen (sog. ausgleichspflichtige ISB), um deren Verfassungsmäßigkeit dennoch zu sichern.[75] Durch die Formulierung des BVerfG kann man nun aber davon ausgehen, dass der Entzug von Rechtspositionen, ohne dass diese auf einen anderen übertragen werden, immer entschädigungspflichtig ist. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis, was gerade auch in Art. 14 Abs. 3 GG zur Geltung kommt, würde dadurch umgekehrt. Letztlich wird so eine „kleine Enteignung" bzw. eine Enteignung „light"[76] geformt. Insoweit bestünde praktisch nämlich kein Unterschied zwischen einer Enteignung und einer Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Allerdings ist diese Aussage nur konsequent.[77] Denn durch die Einengung des Enteignungsbegriffes wurde der Grundrechtsschutz wesentlich verkürzt. Eingriffe des Staates, die zuvor unter der alten Rspr. zwingend entschädigungspflichtig waren (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG), wären nun grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Mit der Aussage, dass zwingend die Frage der Ausgleichspflicht aufgeworfen werden müsse, begrenzt das BVerfG die nachteiligen Folgen für die Grundrechtsträger und gleicht damit die Inhalts- und Schrankenbestimmung der Enteignung an, sodass sich vorliegend das Ergebnis in Bezug auf den finanziellen Ausgleich nicht wesentlich unterscheidet. Aus studentischer Sicht erscheint auch die Verlagerung der Vermengung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung auf den kompensatorischen Bereich i.R.d. Rechtfertigung deutlich angenehmer als eine Unschärfe zwischen beiden Instituten.

III. Fazit

Das BVerfG war sichtlich bemüht, eine konsequente Entscheidung zu treffen, auch wenn es neue dogmatische Ungenauigkeiten dadurch im Bereich der Rechtfertigung

65 *Hendler*, in: Geis/Lorenz (Fn. 64), FS-Maurer, 2001, S. 130 ist der Ansicht, dass es sogar geboten wäre eine Vereinfachung zu schaffen, um das Abgrenzungsproblem befriedigend, insbesondere zur Behebung einer großen Rechtsunsicherheit, zu lösen.

66 So auch *Lege* (Fn. 46), Jura 2011, 507 (513, Fn. 67); vgl. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 38), GG, Art. 14 Rn. 77; *Hufen* (Fn. 50), Grundrechte, § 38 Rn. 20.

67 Ansonsten würden der Wortlaut und der Sinn von Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG verdreht werden. Enteignung und der öffentliche Zweck sind zwei Merkmale, wobei das eine gerade nicht das andere bedingt. Diese Einordnung ist aber nicht unumstritten. Zum Streitstand siehe *Depenheuer*, in v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 25), GG, Art. 14 Rn. 413 m.w.N.

68 Das war der maßgebliche Grund, warum im Falle der städtebaulichen Umlegung eine Enteignung abgelehnt wurde, siehe hierzu BVerfGE 104, 1 (10). Zu diesem Ansatz ebenfalls kritisch *Lege* (Fn. 46), Jura 2011, 507 (513, Fn. 67).

69 So u.a. *Bryde*, in: v. Münch/König (Fn. 25), GG, Art. 14 Rn. 55, der aber den Güterbeschaffungsvorgang wirtschaftlich und nicht nur rechtlich verstehen will; andeutend *Roller* (Fn. 55), ZUR 2017, 277 (281); *Froese*, Der Eigentumsentzug ohne Güterbeschaffungsvorgang als Enteignung „light"? NJW 2017, 444 (446); eher kritisch hierzu *Hufen* (Fn. 50), Grundrechte, § 38 Rn. 20.

70 *Berkemann* (Fn. 53), DVBl 2017, 793 (798) sieht die Argumentation als „sehr schwach" an; ausführliche Kritik bei *Schwarz* (Fn. 57), DVBl 2013, 133 (138 ff.).

71 BVerfG Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12; zustimmend u.a. *Enzensperger*, Der zweite Atomausstieg im Lichte des Verfassungsrechts, DÖV 2017, 939 (945); *Roller* (Fn. 55), ZUR 2017, 277 (281); *Ludwigs* (Fn. 14), NVwZ-Beil. 2017, 3 (7); *Bruch/Greve* (Fn. 35), DÖV 2011, 794 (796 f.); krit. *Schwarz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 58), GG, Art. 87c Rn. 19; *ders.* (Fn. 57), DVBl 2013, 133 (140).

72 So bereits der fünfte Leitsatz der Entscheidung des BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris.

73 BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, juris Rn. 261.

74 BVerfGE 58, 137 (149 f.).

75 BVerfGE 100, 226 (244) – *Denkmalschutz*.

76 So *Froese* (Fn. 69), NJW 2017, 444.

77 *Froese* (Fn. 69), NJW 2017, 444 (447).

heraufbeschworen hat.[78] Das – hoffentlich – endgültige Bekenntnis zum *klassischen Enteignungsbegriff* sollte nun aber die Abgrenzung zwischen der Enteignung und den Inhalts- und Schrankenbestimmungen deutlich erleichtern, was gerade für die Fallbearbeitung vorteilhaft ist. Allerdings sollte man stets bedenken, dass ein Entzug einen erheblichen Eingriff in die Rechte des Eigentümers darstellt, sodass man sich im Bereich der Rechtfertigung, insbesondere bei der Verhältnismäßigkeit i.e.S. Gedanken über eine finanzielle Kompensation machen sollte und nach der Entscheidung des BVerfG sogar zwingend machen muss.

78 Ähnlich *Froese* (Fn. 69), 444 (447).