

## Kernenergie als „goldene Brücke“?

### Verfassungsrechtliche Probleme der Aushandlung von Laufzeitverlängerungen gegen Gewinnabschöpfungen<sup>1</sup>

#### A. Einleitung

Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009 charakterisiert die Kernenergie als „*Brückentechnologie*“: Die Koalitionsparteien erklären sich bereit, Laufzeiten deutscher Kernkraftwerke bis zu einem verlässlichen Ersatz durch erneuerbare Energien zu verlängern. In einer noch auszuhandelnden Vereinbarung mit den Energieversorgungsunternehmen (EVU) sollen die Voraussetzungen einer Laufzeitverlängerung näher geregelt werden. Laut Koalitionsvertrag umfasst der angestrebte Konsens Festsetzungen über die Betriebszeiten der Kraftwerke, einen Vorteilsausgleich und die Mittelverwendung zur Erforschung vor allem von erneuerbaren Energien.<sup>2</sup> Die Festlegungen im Konsens dienen der Normvorbereitung. Eine Laufzeitverlängerung deutscher Kernkraftwerke bedürfte insbesondere einer Anpassung der in § 7 Abs. 1a Satz 1 i.V.m. der Anl. 3 Sp. 2 Atomgesetz (AtG) festgelegten Reststrommengen. Die Koalitionsparteien knüpfen regelungstechnisch an den Atomkonsens vom 14. Juni 2000 (Atomkonsens I), in dessen Mittelpunkt der Ausstieg aus der gewerblichen Nutzung der Kernenergie stand, an.<sup>3</sup> Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die durch die Bundesregierung angestrebte Vereinbarung mit den EVU verfassungsgemäß ist. Als Schwierigkeit ergibt sich dabei, dass eine konkrete Vereinbarung weder im Entwurf vorliegt, noch in ihren inhaltlichen Kernpunkten sichtbar ist. Die Verfasser sind gezwungen, verschiedene denkbare Ausgestaltungen zu untersuchen.<sup>4</sup> Fraglich ist, welche finanzrechtlichen Gestaltungen überhaupt eine Abschöpfung von Sondergewinnen, die durch eine Laufzeitverlängerung von Atomkraftwerken erzielt werden, ermöglichen. Aus verfassungs- und europarechtlicher Warte wird alternativ zu einer „Sondergewinnabschöpfung“ die Erhebung einer allgemeinen Kernbrennstoffsteuer zu erörtern sein. Weiterhin erscheint das angestrebte konsensuale Vorgehen zwischen Staat und Atomkraftzeugern verfassungsrechtlich problematisch. Die informale Verständigung mit den Betroffenen im Vorfeld eines Gesetzgebungs-

---

<sup>1</sup> Kurzfassung eines Gutachtens für das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit; vollständige Version: *Christian Waldhoff/Hanka von Aswege*, Kernenergie als „goldene Brücke“? – Verfassungsrechtliche Probleme der Aushandlung von Laufzeitverlängerungen gegen Gewinnabschöpfungen (= *Steuerwissenschaftliche Schriften*, 24), Baden-Baden 2010, im Erscheinen.

<sup>2</sup> [www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf](http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf), S. 30.

<sup>3</sup> Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen vom 14. Juni 2000, NVwZ-Beilage Nr. IV/2000 zu Heft 10/2000, S. 3 f. Literatur zum Atomkonsens I kann aufgrund dieser Parallelität größtenteils entsprechend herangezogen werden: vgl. etwa *Florian Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, insb. S. 230 ff., 291 f.; *Lothar Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, insb. S. 65 f., 105 ff.; *Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel/Andreas Voßkuhle*, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 7, Rdnr. 129 ff. Eingeschränkt auch *Hans-Georg Dederer*, Korporative Staatsgewalt, 2004. Weitere Hinweise bei *Matthias Schmidt-Preuß*, Rechtsfragen des Ausstiegs aus der Kernenergie, 2000; *Erhard Denninger*, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, 2000; *Udo Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999.

<sup>4</sup> Verschiedene –nicht ausgearbeitete– Anregungen etwa bei *Swantje Kuchler/Bettina Meyer* (Forum Ökologisch-soziale Marktwirtschaft), FÖS-Studie im Auftrag von Greenpeace: Atomsteuer: Konzept für die Verursachungsgerechte Anlastung von Folgekosten der Atomenergie und für die Abschöpfung von leistungslosen Zusatzgewinnen vom 12. Oktober 2009.

verfahren lässt sich dem Schlagwort des „Ausverkaufs von Hoheitsrechten“ zuordnen und muss sich in normativer Hinsicht insbesondere an Gewaltenteilungsgrundsatz und Demokratieprinzip messen lassen. Nutzen und Nachteil eines Atomausstiegs bzw. Wiedereinstiegs sollen hingegen nicht bewertet werden. Die Verfasser richten sich nach dem Koalitionsvertrag, der an der Zweckbestimmung des § 1 Nr. 1 AtG, d.h. der geordneten Beendigung der Nutzung von Kernenergie zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität, festhält.

## **B. Finanzrechtliche Probleme einer Gewinnabschöpfung**

### **I. Gewinnabschöpfung durch Besteuerung**

Zunächst sind die Möglichkeiten einer Gewinnabschöpfung durch Steuern zu untersuchen. Dabei ist an eine Sondersteuer zu denken, die speziell die durch die Laufzeitverlängerung erwirtschafteten Sondergewinne erfasst. Denkbar wäre auch ein steuerlicher Zugriff innerhalb einer der überkommenen Steuern, das hieße angesichts der Rechtsform der Betreiber von Atomkraftwerken als Kapitalgesellschaften, innerhalb der Körperschaftsteuer.<sup>5</sup>

#### *1. Zum Problem des Steuererfindungsrechts*

Finanzverfassungsrechtlich ist zunächst unklar und umstritten, ob der (Bundes-)Steuergesetzgeber prinzipiell überhaupt neue Steuern jenseits der im Grundgesetz erwähnten einführen darf, sog. Steuererfindungsrecht des Gesetzgebers. Während eine frühe Meinung unter dem Grundgesetz dieses Steuererfindungsrecht jenseits der in der Steuergesetzgebungskompetenz (Art. 105 GG) und der Steuerertragsverteilung (Art. 106 GG) aufgeführten Steuerarten verneint hat<sup>6</sup>, wird dies heute differenzierter gesehen.<sup>7</sup> Durch die Trennung zwischen Steuergesetzgebungs- und Steuerertragshoheit stellt sich freilich stets die Frage, wem die Ertragshoheit einer neueingeführten Steuer zustünde. Dieses Problem ist vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Finanzverfassung letztlich nicht befriedigend lösbar, denn die Steuerertragsverteilung als Herzstück der ohnehin einen Eckpfeiler der Bundesstaatlichkeit<sup>8</sup> bildenden Finanzverfassung stünde so zur Disposition des einfachen Gesetzgebers.<sup>9</sup> Das kann vom Grundgesetz kaum gewollt sein, würde doch durch Steuern mit relevantem Aufkommen die wohlaustarierte Zuteilung des Art. 106 GG konterkariert. Die besseren Argumente sprechen mit der herrschenden Meinung somit gegen ein freies Steuererfindungsrecht des Gesetzgebers.<sup>10</sup> Freilich ist die Frage dadurch teilweise entschärft, dass die in den Kompetenzvorschriften verwendeten Einzelsteuerbegriffe Steuertypen abbilden, d.h. nicht die einfachrechtliche Steuerordnung zementieren, sondern an den Steuertypus, wie er sich in der deutschen Finanzgeschichte herausgebildet hat, anknüpfen.<sup>11</sup> Wirklich „neue“ Steuern fallen einem jenseits der in Art. 105 f. GG aufgeführten Steuertypen ohnehin nur selten ein. Nach dieser Auffassung wäre eine Sondergewinnsteuer auf die laufzeitbedingten Zusatzgewinne finanzverfassungs-

---

<sup>5</sup> Zu den steuerrechtlichen Sonderregeln über die Zulässigkeit besonderer Rückstellungen für die atomare Entsorgung *Waldhoff/von Aswege*, Kernenergie (Fn. 1), S. 11 ff. (zitiert nach Manuskript). Eine Änderung ermöglichte keine Abschöpfung der durch Laufzeitverlängerungen hervorgerufenen Sondergewinne.

<sup>6</sup> *Gerhard Wacke*, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950, S. 63 f.; *ders.*, Die Finanzverfassung, DÖV 1955, S. 577 (579).

<sup>7</sup> *Christian Waldhoff*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebungshoheit im Vergleich Deutschland-Schweiz, 1997, S. 184 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. nur BVerfGE 55, 274 (300 f.).

<sup>9</sup> So in der Tat *Rudolf Wendt*, Finanzhoheit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 139 Rdnr. 30.

<sup>10</sup> *Klaus Vogel/Hannfried Walter*, in: *Dolzer/Waldhoff/Graßhof* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: 143. Lfg. Dezember 2009, Art. 105 Rdnr. 63 ff.; *Klaus Vogel*, Finanzverfassung und politisches Ermessen, 1972, S. 9 ff.; *ders.*, Zur Auslegung des Art. 106 GG, in: *FS Tipke*, 1995, S. 93 ff.; *Markus Heintzen*, in: von *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 105 Rdnr. 45 f.; *Waldhoff*, Vorgaben (Fn. 7), S. 186 ff.

<sup>11</sup> *Waldhoff*, Vorgaben (Fn. 7), S. 188 ff. m.w.N.

rechtlich unzulässig. Aber auch nach der großzügigeren Auffassung, die ein freies Steuerfindungsrecht des Gesetzgebers bejaht, stellen sich steuerverfassungsrechtliche Probleme.

*2. Auswahl der Besteuerungsgegenstände / Belastungsentscheidungen durch den Gesetzgeber*  
Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung die Freiheit des Gesetzgebers in der Auswahl der zu steuernden Gegenstände: Der Gesetzgeber entscheidet, welche Form wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit besteuert wird.<sup>12</sup> An einem Beispiel: Dass es – jenseits der Umsatzsteuer – besondere Verbrauchsteuern auf Tabak, Alkohol und Mineralöl gibt, nicht hingegen auf Kuchen, Fruchtsaft oder Braunkohle, ist eine freie Entscheidung des Steuergesetzgebers, da die bundesstaatliche Finanzverfassung Verbrauchsteuern grundsätzlich anerkennt (vgl. Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG). Man könnte daher daran denken, eine „Belastungsentscheidung“ „Abschöpfung der Sondergewinne von Atomkraftwerksbetreibern durch Laufzeitverlängerungen“ politisch zu treffen. Als verfassungsrechtliches Problem stellt sich dann allerdings die Frage, ob die Besteuerung der Gewinne von Körperschaften – und damit auch von als juristische Personen organisierten Betreibern von Kernkraftwerken – als Belastungsentscheidung nicht bereits abschließend durch die Körperschaftsteuer getroffen ist. Die Körperschaftsteuer ist – neben der Gewerbesteuer – die Steuer, mit der der Staat Gewinne von als Körperschaften organisierten Unternehmen erfasst.<sup>13</sup> Sie differenziert gerade nicht nach der *Art der Gewinne* oder weitergehend dem *Gegenstand* des Unternehmens: Der körperschaftsteuerliche Verweis auf die Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuergesetzes (§§ 7; 8 KStG; §§ 4 ff. EStG) macht deutlich, dass jeglicher (die Leistungsfähigkeit steigernder) Gewinn besteuert wird.<sup>14</sup> Ein als Aktiengesellschaft oder als GmbH organisierter Kraftwerksbetreiber unterliegt im Prinzip der gleichen Besteuerung wie ein entsprechend organisiertes Automobilunternehmen. Die vom Gesetzgeber getroffene Belastungsentscheidung zielt auf gewerbliche Unternehmensgewinne, anknüpfend an die *Rechtsform*.<sup>15</sup> Geschichte und Ausgestaltung der Körperschaftsteuer<sup>16</sup> verdeutlichen, dass diese Belastungsentscheidung des Bundesgesetzgebers auf der Kompetenzgrundlage von Art. 105 Abs. 2, 106 Abs. 3 GG abschließend sein soll. Sondergewinnsteuern auf Unternehmensgewinne jenseits der im Grundgesetz ausdrücklich zugelassenen Steuern – wie etwa der ebenfalls maßgeblich an den Unternehmensgewinn anknüpfenden Gewerbesteuer (vgl. Art. 106 Abs. 6; 28 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 2 GG) – sind damit grundsätzlich unzulässig.

### *3. Gleichheitsverstöße einer Abschöpfung von Gewinnen aus laufzeitverlängerten Atomkraftwerken*

Zum gleichen Ergebnis führen grundrechtliche Überlegungen. Der Steuergesetzgeber muss bei der Umsetzung seiner demokratisch getroffenen Belastungsentscheidung und Ausgestaltung der Steuertatbestände die materiellen verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten.<sup>17</sup> Die Abschöpfung der kausal durch eine Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken gezogenen (Sonder-)Gewinne, die über die ohnehin durch die überkommenen Steuern – vorrangig also die Körperschaftsteuer – stattfindende Belastung der Unternehmensgewinne hinausgeht, wäre vor dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen. Sachbereichsspezifisch konkretisiert bedeutet Steuergleichheit Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungs-

<sup>12</sup> Zuletzt BVerfGE 122, 210 (230 ff.) – Pendlerpauschale.

<sup>13</sup> Vgl. nur *Johanna Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2009, § 11 Rdnr. 1 ff.

<sup>14</sup> Zur Bedeutung des Leistungsfähigkeitsprinzips bei der Bemessung der Körperschaftsteuer vgl. näher *Johanna Hey*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum Einkommensteuergesetz und Körperschaftsteuergesetz, Loseblattsammlung, Stand: 239. Lfg. Februar 2010, Einf. KSt Rdnr. 27 ff.

<sup>15</sup> Vgl. nur *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 13), § 11 Rdnr. 2 f.; § 18 Rdnr. 530; *Heinrich Montag*, ebd., § 18 Rdnr. 200 ff.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Hey*, in: Herrmann/Heuer/Raupach (Fn. 14), Rdnr. 140 ff.

<sup>17</sup> Das Bundesverfassungsgericht fasste die inzwischen etablierte Rechtsprechung in der Entscheidung zur sog. Pendlerpauschale jüngst zusammen – BVerfGE 122, 210 (230 f.).

fähigkeit.<sup>18</sup> Diese bildet sich bei Unternehmen regelmäßig im Gewinn ab. Diese Gewinne werden rechtsformabhängig durch die Einkommen- bzw. die Körperschaftsteuer erfasst.<sup>19</sup> Eine darüber hinausgehende Sonderbesteuerung von Gewinnen, die durch nichtsteuerliche Ereignisse erzielt werden – hier durch Laufzeitverlängerungen von Kernkraftwerken – verstößt dann gegen die grundgesetzlich geforderte Besteuerungsgleichheit. Abweichungen von der Besteuerungsgleichheit können auch nicht über einen Lenkungszweck<sup>20</sup> gerechtfertigt werden: Eine solche Lenkung liegt vor, wenn durch die Ausgestaltung eines Steuergesetzes oder einer steuerlichen Norm das Verhalten der Steuerpflichtigen beeinflusst werden soll. Die gesetzliche Normierung einer Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken führt zu keiner „Lenkung“ i.e.S., denn das Verhalten der Kernkraftwerksbetreiber wird nicht durch die Sondersteuer beeinflusst. Die Laufzeitverlängerung wird nach den hier zugrunde gelegten Modellen vor jeder Besteuerung konsensual als eine Art Gesamtkompromiss „vereinbart“.

## II. Gewinnabschöpfung durch eine Ressourcennutzungsgebühr

Ein denkbare Modell der Abschöpfung von Sondergewinnen durch Laufzeitverlängerungen von Kernkraftwerken wäre die Erhebung einer Ressourcennutzungsgebühr. Pate stünde der in den meisten Ländern erhobene sog. Wasserpfennig, eine Abgabe auf die Entnahme von (Oberflächen-)Wasser, etwa zur Kühlung von Kraftwerken.

### 1. Zur besonderen Rechtfertigungsbedürftigkeit nichtsteuerlicher Abgaben

Das Grundgesetz richtet eine steuerstaatliche Ordnung auf, die davon ausgeht, dass die Staatsfinanzierung in erster Linie durch Steuern erfolgt: Die Finanzverfassung des Grundgesetzes (Art. 104a ff.) erweist sich als „Steuerfinanzverfassung“. Gleichwohl kennt die Rechtsordnung schon seit langem auch nichtsteuerliche Abgaben wie insbesondere Gebühren (dazu so gleich unter 2.), Beiträge (dazu unter IV.) und Sonderabgaben (dazu unter III.). Diese werden von der Verfassung teilweise selbst anerkannt (vgl. für Gebühren etwa Art. 74 Abs. 1 Nr. 22, 80 Abs. 2 GG). Es obliegt zunächst dem politischen Ermessen des Gesetzgebers, welcher Abgabeform sich der Staat zur Finanzierung seiner Aufgaben bedient. Ein geschlossener Kanon von Abgabearten existiert nicht.<sup>21</sup> Nichtsteuerliche Abgaben müssen sich aber ihrer Art nach von der Steuer deutlich unterscheiden. In jedem Fall entsteht ein besonderer Rechtfertigungszwang. Dieser ist zunächst grundrechtlich fundiert aus dem Grundsatz der Abgabengleichheit:<sup>22</sup> Der Schuldner der nichtsteuerlichen Abgabe ist bereits durch die Gemeinlast der Steuer an der Finanzierung des Staates beteiligt. Daher ist eine *besondere* gleichheitsrechtliche Rechtfertigung für jegliche nichtsteuerliche Abgabe erforderlich.<sup>23</sup> Daneben treten kompetenzrechtliche und haushaltsrechtliche Rechtfertigungserfordernisse, um die Geltungskraft der bundesstaatlichen Finanzverfassung und die parlamentarische Gesamtverantwortung für den Haushalt nicht zu beschädigen.<sup>24</sup> Sofern im Wege nichtsteuerlicher Abgaben Einnahmen-

<sup>18</sup> BVerfGE 93, 121 (135); 105, 17 (46) – st. Rspr.; aus der Literatur statt vieler nur *Klaus Vogel/Christian Waldhoff*, in: *Dolzer/Waldhoff/Graßhof* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Stand: 143. Lfg. Dezember 2009, Vorb. z. Art. 104a-115 Rdnr. 500 ff.; *Christian Waldhoff*, *Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 116 Rdnr. 100 ff. jeweils m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. nur *Moris Lehner/Christian Waldhoff*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff* (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz*. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 204. Lfg. Dezember 2009, § 1 Rdnr. A 406.

<sup>20</sup> Umfassend zu den Rechtsproblemen der Lenkungssteuern *Rainer Wernsmann*, *Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem*, 2005.

<sup>21</sup> BVerfGE 108, 186 (215).

<sup>22</sup> Speziell in unserem Zusammenhang deutlich *Albrecht Merkt*, *Die mitgliedschaftsbezogene Abgabe des öffentlichen Rechts*, 1990, S. 57 ff., 83 ff.; allgemein *Vogel/Waldhoff*, in: *Bonner Kommentar* (Fn. 18), Rdnr. 405 f.; zuletzt deutlich für Gebühren BVerfGE 108, 1 (13 ff.) und BVerfGE 108, 186 (216).

<sup>23</sup> BVerfGE 55, 274 (302); 93, 319 (343); 108, 1 (16); 108, 186 (215 f.); 113, 128 (147).

<sup>24</sup> BVerfGE 55, 274; 78, 249; 82, 159 (179); 91, 186 (202); 93, 319 (342 f.); *Vogel/Waldhoff*, in: *Bonner Kommentar* (Fn. 18), Rdnr. 405 f.

und Ausgabenkreisläufe außerhalb des Budgets geschaffen werden, laufen diese dem Verfassungsgrundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans (Art. 110 Abs. 1 GG) zu wider.<sup>25</sup>

## 2. Die Wasserpfeffennigentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluss des Zweiten Senats vom 7. November 1995 Abgaben wie den sog. Wasserpfeffennig grundsätzlich gebilligt<sup>26</sup>, die abgabenrechtliche Qualifikation jedoch offen gelassen.<sup>27</sup> In der Literatur wird üblicherweise und anschaulich von Ressourcennutzungsgebühren gesprochen.

Im Gegensatz zu den voraussetzungslos erhobenen Steuern, setzen andere Abgaben, die wie die Steuern zur Deckung einen öffentlichen Finanzbedarfs erhoben werden, einen konkreten Bedarf voraus (Kausalabgaben). Sie sollen als Vorzugslasten entweder einen dem Pflichtigen individuell zuzurechnenden Aufwand decken (Gebühren) oder einen Aufwand, der einem Personenkreis zuzurechnen ist, dem der Pflichtige angehört (Verbandslasten/Beiträge). Gebühren finden im Verfassungstext in Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 und in Art. 80 Abs. 2 GG eine beiläufige, zur Begriffsbildung freilich nicht weiterführende<sup>28</sup> Erwähnung. Das Bundesverfassungsgericht hat eine genaue finanzverfassungsdogmatische Umgrenzung des Gebührenbegriffs mehrfach vermieden.<sup>29</sup> In dem Beschluss zum sog. Wasserpfeffennig<sup>30</sup> hat es allerdings verdeutlicht, dass es einen weiten verfassungsrechtlichen Gebührenbegriff vertritt. Dieser ist wie der verfassungsrechtliche Steuerbegriff eigenständig, aber unter Rückgriff auf das historisch gewachsene einfache Recht<sup>31</sup> als Auslegungshilfe, zu gewinnen.<sup>32</sup> Dies führt zu einem doppelgliedrigen verfassungsrechtlichen Gebührenbegriff<sup>33</sup>: Der durch eine Gebühr auszugleichende Aufwand besteht entweder in einem dem Einzelnen als Folge eines Verhaltens eines Hoheitsträgers (im weitesten Sinne) zugeflossenen individuellen (geldwerten) Vorteil oder in von dem einzelnen individuell zu verantwortenden Kosten des Hoheitsträgers. Im ersten Fall wird durch die Gebühr der Vorteil ausgeglichen (kompensiert), im zweiten Fall sollen die entstandenen Kosten ganz oder zum Teil ausgeglichen werden. Aus dieser weiten verfassungsrechtlichen Begriffsbestimmung folgt das Fehlen eines *numerus clausus* der Gebührentypen.<sup>34</sup> Neben den klassischen – insbesondere im Kommunalabgabenrecht entwickelten – Prototypen der Verwaltungs- und Benutzungsgebühren für öffentliche Einrichtungen<sup>35</sup>, haben sich insbesondere im Zusammenhang mit der Diskussion um Umweltabgaben zahlreiche Ansätze zur Entwicklung neuer Gebührentypen gezeigt. Hierzu zählen etwa die sog. Verleihungs- oder Duldungs-<sup>36</sup> sowie die Ressourcennutzungsgebühren.<sup>37</sup> Der durch eine Gebühr auszugleichende Sondervorteil wird insoweit nicht mehr auf das unmittelbare Resultat eines

<sup>25</sup> BVerfGE 113, 128 (147).

<sup>26</sup> BVerfGE 93, 319; dazu etwa *Vogel/Waldhoff*, in: Bonner Kommentar (Fn. 18), Rdnr. 422 f.; *Waldhoff*, Grundzüge (Fn. 18), Rdnr. 86 f.; *Dietrich Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, NuR 1994, S. 170; *Winfried Kluth*, Verfassungs- und abgabenrechtliche Rahmenbedingungen der Ressourcenbewirtschaftung, NuR 1997, S. 105; *Susanne Meyer*, Gebühren für die Nutzung von Umweltressourcen, 1995.

<sup>27</sup> BVerfGE 93, 319 (345) sowie Leitsatz 1.

<sup>28</sup> BVerfGE 50, 217 (225 f.); *Dieter Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 150 ff.

<sup>29</sup> BVerfGE 50, 217 (225 f.); 93, 319 (345); 108, 1 (13 f.); 112, 226 (243).

<sup>30</sup> BVerfGE 93, 319 (345).

<sup>31</sup> Heranzuziehen ist insbesondere das preußische Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 (PrGS S. 152).

<sup>32</sup> Ausführlich *Vogel/Waldhoff*, in: Bonner Kommentar (Fn. 18), Rdnr. 410 ff.

<sup>33</sup> Grundlegend *Klaus Vogel*, Vorteil und Verantwortlichkeit. Der doppelgliedrige Gebührenbegriff des Grundgesetzes, FS Willi Geiger, 1989, S. 518.

<sup>34</sup> Vgl. auch *Jörn Heimlich*, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe, 1996, S. 31.

<sup>35</sup> Vgl. zu diesen *Marcel Kaufmann*, Kommunale Gebühren, in: Henneke/Pünder/Waldhoff (Hrsg.), Recht der Kommunal Finanzen, 2006, § 15 Rdnr. 23 ff. und 33 ff.; zur Entwicklung vgl. *Vogel*, Vorteil (Fn. 33), S. 522.

<sup>36</sup> Vgl. *Ferdinand Kirchhof*, Der Baden-Württembergische „Wasserpfeffennig“, NVwZ 1987, S. 1031; *Jost Pietzcker*, Abgrenzungsprobleme zwischen Benutzungsgebühr, Verleihungsgebühr, Sonderabgabe und Steuer, DVBl. 1987, S. 774; *Reinhard Hender*, Zur Entwicklung des Umweltabgabenrechts, NuR 2000, S. 661; *Meyer*, Gebühren (Fn. 26), S. 125, 181.

Verwaltungshandelns beschränkt<sup>38</sup>, sondern auf die Nutzung (knapper) öffentlicher Güter ausgedehnt. Als Anknüpfungspunkt für die Einführung solcher Gebührentatbestände bietet sich das öffentlich-rechtliche Nutzungsregime, das umweltrechtlich über die jeweilige Ressource errichtet wurde, an – wie etwa das Regelungsgefüge des sog. Wasserpfennigs<sup>39</sup> demonstriert.

### *3. Fehlende Übertragbarkeit auf die Abschöpfung von Sondergewinnen aus laufzeitverlängerten Atomkraftwerken*

Letztlich birgt eine solche Ausweitung von Begriff und Funktion der Gebühr die Gefahr, die abgabenbegrenzende Wirkung der Finanzverfassung zu unterlaufen<sup>40</sup>: Bei flächendeckender Ausdehnung<sup>41</sup> des Konzepts der Ressourcennutzungsgebühr wird die Gebühr zum „Preis der Freiheit“.<sup>42</sup> Nicht finanzverfassungsrechtlicher, sondern grundrechtlicher Natur ist die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der Errichtung öffentlich-rechtlicher Nutzungsregime.<sup>43</sup> Genuin finanzverfassungsrechtliche Begrenzungen einer uferlosen Ausweitung der Gebührenerhebung ergeben sich – gerade auch eingedenk der subsidiären Bedeutung der Gebühr im Rahmen der staatlichen Einnahmenerzielung – aus dem Begriff und der Rechtfertigung der Gebühr selbst: Das Gebührenrecht ist das legitime Betätigungsfeld des als Grundsatz der allgemeinen Staatsfinanzierung untauglichen<sup>44</sup> Äquivalenzgedankens. Bei der Vorteilsabschöpfung ist das Äquivalenzprinzip im engeren Sinne, bei der Kostenprovokation das Kostendeckungsprinzip zu beachten.<sup>45</sup> Stets ist demnach eine Gegenleistung Voraussetzung der Gebühr, die über die Finanzierung der Gemeinlasten hinausgeht, sonst würde die Gebühr gleichermaßen voraussetzungslos wie die Steuer.<sup>46</sup> Dies ist dem Bundesverfassungsgericht durchaus bewusst. In seiner Wasserpfennig-Entscheidung begrenzt der Zweite Senat die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Wasserentnahmeentgelte in signifikanter Weise, indem er sie ausdrücklich an öffentlich-rechtliche Nutzungsregime für knappe (Umwelt-)Güter koppelt.<sup>47</sup> Ein dem Wasserhaushaltsrecht vergleichbares Nutzungsregime existiert für die Laufzeitverlängerung jedoch nicht. Was sollte das öffentliche Gut hier sein, dessen Inanspruchnahme eine Sonderabschöpfung rechtfertigen könnte? Ein – womöglich riskanter – Weiterbetrieb alter Atomanlagen ist nicht die Inanspruchnahme eines (knappen) öffentlichen Gutes. Es steht nichts im Wege – wenn dies politisch gewollt oder durchsetzbar wäre – zahlreiche neue Atomkraftwerke zu genehmigen, zu errichten und zu betreiben. Von „Knappheit“ kann hier keine Rede sein. Eine Ressourcennutzungsgebühr in ähnlicher Ausgestaltung wie die sog. Wasserpfennige für die Inanspruchnahme besonders riskanten und damit womöglich umweltschädlichen Betriebens eines Kernkraftwerks erscheint abwegig. Zudem fehlt es hier am Lenkungszweck, denn die Abgabe wäre vorher ausgehandelt und würde das Verhalten der Abgabepflichtigen gerade nicht steuern. Der Vergleich mit der Ressource Wasser ist in jeder

<sup>37</sup> Grundlegend *Murswiek*, Ressourcennutzungsgebühr (Fn. 26), S. 170 ff.; *Kluth*, Ressourcenbewirtschaftung (Fn. 26), S. 105 ff.; umfassend *Meyer*, Gebühren (Fn. 26).

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 93, 319 (345 f.); ablehnend *Dieter Birk*, „Vorteilsabschöpfung“ durch Abgaben, FS Wolfgang Ritter, 1997, S. 41 (50 f.).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfGE 93, 319.

<sup>40</sup> Vgl. auch *Birk*, Vorteilsabschöpfung (Fn. 38), S. 51 f.

<sup>41</sup> *Dietrich Murswiek*, Ein Schritt in Richtung auf ein ökologisches Recht, NVwZ 1996, S. 417 (421); *ders.*, Die Entlastung der Innenstädte vom Individualverkehr, Bd. I, 1993, insbesondere S. 49 ff.; satirisch: *Christian Treffer*, Der Luftpfennig ist verfassungsgemäß, DStZ 1997, S. 213.

<sup>42</sup> *Vogel/Waldhoff*, in: Bonner Kommentar (Fn. 18), Rdnr. 423; vgl. die Warnungen *Karl Heinrich Friaufs*, „Verleihungsgebühren“ als Finanzierungsinstrumente für öffentliche Aufgaben? FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, S. 679 (683, 698).

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Kluth*, Ressourcenbewirtschaftung (Fn. 26), S. 106 ff.; 110 ff.

<sup>44</sup> Statt vieler nur *Waldhoff*, Grundzüge (Fn. 18), Rdnr. 5.

<sup>45</sup> *Vogel/Waldhoff*, in: Bonner Kommentar (Fn. 18), Rdnr. 418 ff.; a.A. wohl *Wilke*, Gebührenrecht (Fn. 28), S. 301 ff.

<sup>46</sup> BVerfGE 93, 319 (347).

<sup>47</sup> BVerfGE 93, 319 (345 f.).

Hinsicht schiefe, eine Übertragung der vom Bundesverfassungsgericht zum Wasserpfennig getätigten finanzverfassungsrechtlichen Aussagen scheidet aus.

### III. Gewinnabschöpfung durch eine Sonderabgabe

Auf die aus einer konsensualen Laufzeitverlängerung erzielten Sondergewinne der Kraftwerksbetreiber könnte vielmehr im Wege einer Sonderabgabe zugegriffen werden. Diese Lösung liegt auch deshalb nahe, weil die Sonderabgabe in aller Regel haushaltsflüchtig ist, oftmals in einen Fonds fließt und sich so eine Zweckbindung hinsichtlich der abzuschöpfenden Gewinne realisieren lassen könnte.

#### 1. Die Sonderabgabenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Sonderabgaben stellen eine prätorische Rechtsschöpfung des Bundesverfassungsgerichts dar.<sup>48</sup> In der Leitentscheidung zur Ausbildungsplatzförderungsabgabe<sup>49</sup> wurden vor dem Hintergrund der besonderen Rechtfertigungsbedürftigkeit nichtsteuerlicher Abgaben drei kumulativ erforderliche Voraussetzungen postuliert, um eine Sonderabgabe ausnahmsweise von Verfassungs wegen zulässig zu machen:

(1.) Eine in der Wirklichkeit und / oder in der Rechtsordnung vorfindliche und abgrenzbare homogene soziale Gruppe muss vorliegen, damit sie rechtmäßig mit einer solchen Abgabe belastet werden kann.

(2.) Eine spezifische Sachnähe / Beziehung zwischen dieser Gruppe und dem zu finanzierenden Zweck ist erforderlich. Aus dieser Sachnähe muss eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der mit der außersteuerlichen Abgabe zu finanzierenden Aufgabe entspringen.

(3.) Das Abgabenaufkommen muss gruppennützig verwendet werden, um eine sachgerechte Verknüpfung zwischen Belastung und Begünstigung herzustellen. Bei der gruppennützigen Verwendung handelt es sich nicht nur um eine einfache haushaltsrechtliche Zweckbindung, vielmehr führt diese zur Haushaltsflüchtigkeit, also der fehlenden Erfassung des Aufkommens aus den Sonderabgaben im Haushaltsplan.<sup>50</sup>

In der (ersten) Entscheidung zum Absatzfondsgesetz<sup>51</sup> stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass die Kategorie der Sonderabgabe kein Auffangbecken für finanzverfassungsrechtlich nicht zu qualifizierende Abgaben, sondern eine eigene, durch die oben angegebenen tatbestandlichen Elemente qualifizierte Abgabekategorie bildet. Die Sonderabgabe ist idealtypisch von anderen Abgabensarten abgrenzbar. Von der Steuer etwa unterscheidet sie sich dadurch, dass ihr Belastungsgrund nicht das Leistungsfähigkeitsprinzip, sondern die Gruppenverantwortlichkeit für einen speziellen Finanzierungszweck ist. Zudem fließt ihr Aufkommen nicht in den Haushalt. Im Gegensatz zu den Sozialversicherungsbeiträgen handelt es sich

---

<sup>48</sup> Mehr noch als andere Bereiche des Finanzverfassungsrechts ist das Recht der Sonderabgaben durch eine breite Kasuistik des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Ausführlich zu dieser: *Vogel/Waldhoff*, in: Bonner Kommentar (Fn. 18), Rdnr. 437 ff. Eine Konsolidierung der bisherigen Rechtsprechung findet sich in der Kohlepfennig-Entscheidung – BVerfGE 91, 186 (205 f.). Nur vereinzelt ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insgesamt und kategorial in Frage gestellt worden – *Theodor Maunz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 56. Lfg. Oktober 2009, Art. 105 Rdnr. 22; vermittelnd *Werner Heun*, Die Sonderabgaben als verfassungsrechtlicher Abgabentypus, DVBl. 1990, S. 666 (667).

<sup>49</sup> BVerfGE 55, 274.

<sup>50</sup> Zentraler Angriffspunkt gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist, dass das Gericht die Tatbestandsmerkmale der Sonderabgabe zugleich als deren Zulässigkeitsvoraussetzung sehe. S. insoweit *Paul Henseler*, Begriffsmerkmale und Legitimation von Sonderabgaben, 1984; *ders.*, Das Urteil zur Investitionshilfebabe in seiner Bedeutung für die Dogmatik des Abgabenrechts, NVwZ 1985, S. 398; *Gerke Osterloh*, Zur Zulässigkeit von Sonderabgaben – BVerfGE 55, 274, JuS 1982, S. 421(424); *Wolfgang Jakob*, Sonderabgaben – Fremdkörper im Steuerstaat?, FS Franz Klein, 1994, S. 663 (676 ff.); *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, vor Art. 104a Rdnr. 152; *Wolfgang Puwalla*, Qualifikation von Abgaben, 1987, zusammenfassend S. 139.

<sup>51</sup> BVerfGE 82, 159.

nicht um eine Abgabe mit spezifischem Bezug zur Sachmaterie „Sozialversicherung“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.<sup>52</sup>

Ein neues Erfordernis an die Zulässigkeit von Sonderabgaben stellt die Altenpflegeumlage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Gestalt einer besonderen Dokumentationspflicht auf.<sup>53</sup> Um einer substantiellen Schwächung des Grundsatzes der Vollständigkeit des Haushaltsplans durch die zunehmende Zahl haushaltsflüchtiger Sonderabgaben entgegenzuwirken, sind diese in ihrem vollständigen Bestand in einer dem Haushaltsplan beigefügten Anlage zu dokumentieren. Diese haushaltsverfassungsrechtlich nachvollziehbare, erhöhter Transparenz dienende Dokumentationspflicht rückt die Sonderabgabe in einem unlösbaren Zielkonflikt – ungewollt – jedoch auch weiter in den „Bereich des beinahe Normalen und Regelmäßigen“<sup>54</sup> und schwächt dadurch den Charakter der Sonderabgaben als „verfassungsrechtliche[n] Krisentatbestand“<sup>55</sup> weiter ab.<sup>56</sup> Die jüngere – nicht ganz einheitliche – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt zudem eine Tendenz, die zuvor sehr strikt gehandhabten Zulässigkeitskriterien der Sonderabgabe Stück für Stück aufzuweichen. Diese Entwicklung tritt am deutlichsten bezüglich der gruppennützigen Verwendung der durch Sonderabgaben erzielten Einnahmen und der mit dieser untrennbar zusammenhängenden besonderen Finanzierungsverantwortung der Pflichtigen zu Tage<sup>57</sup>: Im Klärschlamm-Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht eine „mittelbare Verwendung des Abgabenaufkommens im Interesse der Abgabepflichtigen“ bereits für ausreichend erachtet.<sup>58</sup> Die grundsätzliche Problematik von Sonderabgaben wird deutlich: Bei einer großzügigen Handhabung der richterrechtlich entwickelten Kriterien geht die spezifische Schutzfunktion für den belasteten Bürger, nur durch in der Verfassung vorgezeichnete Abgaben verfassungsrechtlich eingehegt belastet zu werden, verloren. Die neuere Rechtsprechung ist freilich nicht einheitlich und – wenn der Schein nicht trügt – sogar durch eine Differenzierung konsistent. Während die Entscheidung zum „Klärschlamm-Erschädigungsfonds“<sup>59</sup> sehr großzügig vorgeht, suchen die neuesten Entscheidungen, sofern sie *Finanzierungs*sonderabgaben (Sonderabgaben im eigentlichen Sinne) betreffen, die in der Rechtsprechung überkommenen Kriterien mehr oder weniger streng anzuwenden. Diese Differenzierung wird v.a. damit gerechtfertigt, dass beim „Klärschlamm-Erschädigungsfonds“ der Gesetzgeber „sich der Abgabe zur Verfolgung eines Sachzwecks bedient, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht“, er „gestaltend auf den geregelten Sachbereich Einfluss genommen“ habe.<sup>60</sup> Insofern spricht der Zweite Senat von einem Instrument des „Umwelthaftungsrecht[s]“<sup>61</sup> bzw. von einer „versicherungsnahe[n] Lösung“.<sup>62</sup> Demgegenüber seien bei Sonderabgaben, bei denen der *Finanzierungszweck* im Vordergrund stehe, strenge Maßstäbe anzulegen.<sup>63</sup>

---

<sup>52</sup> Paul Kirchhof, Nichtsteuerliche Abgaben, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 119 Rdnr. 70; Winfried Kluth, Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben, JA 1996, S. 260.

<sup>53</sup> BVerfGE 108, 186 (218 f.); vgl. auch BVerfGE 110, 370 (389, 393); kritisch zur Umsetzung *Jens Wahlhäuser*, Wird die „heimliche Steuer unheimlich“?, NVwZ 2005, S. 1389.

<sup>54</sup> Peter Selmer, Die sogenannte Gruppennützigkeit der Sonderabgabe – eine Zulässigkeitsvoraussetzung im Wandel, FS Mußnug, 2005, S. 217 (227).

<sup>55</sup> Paul Kirchhof, Staatliche Einnahmen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 1999, § 88 Rdnr. 257.

<sup>56</sup> Diese Tendenz begrüßt allerdings Kay Waechter, Sonderabgaben sind normale Abgaben, ZG 2005, S. 97, insbesondere S. 120 f.

<sup>57</sup> Selmer, Gruppennützigkeit (Fn. 54), S. 231 ff.; Fritz Ossenbühl, Zur Rechtfertigung von Sonderabgaben mit Finanzierungszweck, DVBl. 2005, S. 667 (672).

<sup>58</sup> BVerfGE 110, 370 (392); vgl. der Sache nach auch BVerfGE 113, 128 (152).

<sup>59</sup> BVerfGE 110, 370.

<sup>60</sup> BVerfGE 110, 370 (389).

<sup>61</sup> BVerfGE 110, 370 (389).

<sup>62</sup> BVerfGE 110, 370 (392).

<sup>63</sup> BVerfGE 122, 316 (334).



## 2. Nichterfüllung der Voraussetzungen einer Sonderabgabe bei der Abschöpfung von Sondergewinnen wegen Laufzeitverlängerung

Die im politischen Raum erörterten Modelle einer Sondergewinnabschöpfung von Kernkraftwerksbetreibern wären Abgaben mit Finanzierungsfunktion. Es fände durch eine solche Abschöpfung keine umweltrechtliche Neuregelung des Atomrechts als Konzept, keine Haftungsregelung o.ä. statt. Damit sind die Sonderabgaben-Rechtfertigungskriterien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von vornherein *streng* anzuwenden. Zwar dürfte hier eine vorfindliche, homogene Gruppe existieren – die Betreiber von Atomkraftwerken. Es liegt auch eine über die reine Einnahmeerzielung hinausgehende Sachaufgabe vor – die Förderung (der Erforschung bzw. des Einsatzes) erneuerbarer Energien. Es fehlt jedoch an der spezifischen Sachverantwortung der homogenen Gruppe zu dem mit der Abgabe verfolgten Sachzweck. Die Atomwirtschaft müsste dem Sachzweck nämlich – in der Diktion des Zweiten Senats – „*evident näher stehen als die Gesamtheit der Steuerpflichtigen*“ (ohne dass wiederum daraus allein schon die Finanzierungsverantwortlichkeit folgte). Daran fehlt es hier: Warum die Atomwirtschaft der Förderung erneuerbarer Energien näher stehen sollte, als die Elektrizitätswirtschaft insgesamt, also auch die Betreiber von Kohle-, Öl-, Gas- und anderen Kraftwerken, ist nicht begründbar. Die Betreiber von Kernkraftwerken würden für allgemeine umweltpolitische Zielsetzungen in Anspruch genommen. Hierfür besteht jedoch für sie keine spezielle Finanzierungsverantwortung, derartige Ziele wären aus allgemeinen Steuermitteln zu finanzieren. Das gilt auch angesichts der Verknüpfung einer solchen Abgabe mit der Laufzeitverlängerung von Atomkraftwerken.

## IV. Gewinnabschöpfung durch einen Finanzierungszwangsverband

Ein weiteres denkbare, dem vorangegangenen durchaus ähnliches Modell, die Sondergewinne der Kernkraftwerksbetreiber aus einer Laufzeitverlängerung abzuschöpfen, könnte darin bestehen, einen sog. Finanzierungszwangsverband zu schaffen, der dann der politisch diskutierten Finanzierung der Erforschung bzw. Förderung regenerativer Energien diene. Solche Finanzierungszwangsverbände hatte der Atomgesetzgeber unter der Regierung *Schröder/Fischer* schon einmal zur Finanzierung der Suche nach einem atomaren Endlager angedacht – letztlich jedoch nicht verwirklicht.<sup>64</sup>

### 1. Der Beitrag als Finanzierungslast in einem Zwangsverband

Die Abgabekategorie des finanzrechtlichen Beitrags umschließt zwei unterschiedliche Abgabentypen: den klassischen Beitrag als Vorzugslast („Vorzugsbeitrag“), d.h. das Entgelt für eine noch irgendwie fassbare Gegenleistung, die regelmäßig in der *Möglichkeit* der Inanspruchnahme staatlicher Leistung besteht<sup>65</sup>, und die sog. Verbandslast, d.h. Mitgliedsbeiträge in öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden.<sup>66</sup> Von der Steuer unterscheidet sich der korporative Beitrag dadurch, dass er Verbandslast, nicht Gemeinlast ist.<sup>67</sup> Der Unterschied zur Ge-

<sup>64</sup> Vgl. dazu jeweils betont kritisch *Peter Selmer*, Finanzierung der Standortsuche durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (Verbandsmodell), in: Ossenbühl (Hrsg.), Deutscher Atomrechtstag 2004, 2005, S. 139 ff.; *Christian Waldhoff*, Finanzierung der Standortsuche durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (Verbandsmodell), ebd., S. 153 ff.

<sup>65</sup> Vgl. nur BVerfGE 92, 91 (115); 108, 1 (17); *Vogel/Waldhoff*, in: Bonner Kommentar (Fn. 18), Vorb. z. Art. 104a-115, Rdnr. 429 (= *dies.*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, 1999, Rdnr. 429).

<sup>66</sup> Vgl. bereits sehr deutlich *Fritz Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 419; *Bodo Eyben*, Die Abgabenform des Beitrags und ihre praktischen Schwerpunkte, Diss. iur. Göttingen 1976, S. 168; *Wilke*, Gebührenrecht (Fn. 28), S. 119 f.; *Theo Ubber*, Der Beitrag als Institut der Finanzverfassung, Diss. iur. Köln 1993, S. 305 ff.; *Klaus Vogel*, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 1. Aufl. 1990, § 87 Rdnr. 47. Zur Unterscheidung der Beitragsformen in der Rspr. s. bereits BVerwGE 23, 304 (308); grundlegend dann BVerwGE 42, 210 (217).

<sup>67</sup> *Werner Heun*, Die Sonderabgabe als verfassungsrechtlicher Abgabentypus, DVBl. 1990, S. 666 (669); *Josef Isensee*, Äquivalenz, Kostenausgleich, Verbandssolidarität im Abgabenrecht, in: GS Geck, 1989, S. 355 (373);

bühr ähnelt demjenigen zum Beitrag als Vorzugslast: Es geht nicht um die Entgeltung eines konkreten Vorteils. Schwieriger erscheint das Verhältnis zur Sonderabgabe; darauf wird zurückzukommen sein. Als nichtsteuerliche Abgabe unterliegt auch der Beitrag einem besonderen Rechtfertigungszwang.

Bisher weniger beachtet wurde eine weitere Differenzierung im Rahmen des Beitrags als Verbandslast:<sup>68</sup> In ihrer „klassischen“ Version erweist sich die Verbandslast als Mitgliedsbeitrag, als Finanzierungsinstrument zu den eigentlich im Vordergrund stehenden, stets vielfältigen Selbstverwaltungsaufgaben und somit als „öffentlich-rechtliche[s] Seitenstück des bürgerlich-rechtlichen Vereinsbeitrages“<sup>69</sup>. Man könnte auch sagen: Autonomie verlangt eine materielle Basis. Autonome Selbstverwaltung, d.h. die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in einer Selbstverwaltungskörperschaft, wird durch die Finanzierungsform unterstützt. Die Finanzierung behält jedoch instrumentellen, dienenden Charakter. Der Dezentralisation der Verwaltungsorganisation folgt die Dezentralisation der Finanzverantwortung.<sup>70</sup> Davon sind die *Lastengemeinschaften als besondere Finanzierungsform* zu unterscheiden, die nur im Dienste *eines Zwecks* stehen.<sup>71</sup> Hier steht der eine *Finanzierungszweck* ganz im Vordergrund. Nicht autonome Aufgabenerfüllung in Selbstverwaltung, d.h. die „kollektive Verbandsolidarität“<sup>72</sup>, sondern die Organisation einer für einen ganz konkreten Finanzierungszweck verantwortlichen Gruppe prägt derartige Verbände.<sup>73</sup>

## 2. Unzulässigkeit eines „Gewinnabschöpfungszwangsverbandes“

In beiden Fällen reicht die (Zwangs-)Mitgliedschaft als solche nicht als Legitimation für die Abgabenerhebung aus.<sup>74</sup> Andernfalls müssten auch beim klassischen Mitgliedsbeitrag stets gleiche Summen entrichtet werden; das ist jedoch regelmäßig nicht der Fall. Die Zwangsmitgliedschaft ist bei den reinen Finanzierungsverbänden zudem gar nicht Zweck der Konstruktion, die Mitgliedschaft ist lediglich ein rechtskonstruktiver Anknüpfungspunkt. In den Worten Josef Isensees: Bei diesen „zweckmonistischen“ Finanzierungsverbänden ist die „Verbandsmitgliedschaft [...] letztlich nur ein rechtstechnischer Kunstgriff des Gesetzgebers“, um den Finanzierungszweck sicherzustellen. Insofern spricht Isensee konsequent von „Mitgliedsbeiträgen nur im formellen Sinne“ oder von „unechten korporativen Beiträgen“<sup>75</sup>. Stellte man auf die (Zwangs-)Mitgliedschaft als Legitimationsgrund ab, könnten zudem mehr oder weniger beliebig solche Verbände vom Gesetzgeber gegründet und ein Großteil der Staatsfinanzierung entsprechend organisiert werden – ein Ergebnis, welches mit den Vorstellungen des Grundgesetzes über die Staatsfinanzierung sicher nicht übereinstimmt. Da zudem nach richtiger Ansicht bei den korporativen Beiträgen nicht auf einen greifbaren Vorteil als Gegenleistung abgestellt werden kann, der Äquivalenzgedanke somit ausscheidet, muss sich die Rechtfertigung anders ausrichten. In Betracht kommen wiederum materielle Kriterien und Grenzen der

---

*Gunnar Folke Schuppert*, Nichtsteuerliche Abgaben, intermediäre Finanzgewalten und Verwaltungsorganisation, in: FS Werner Thieme, 1993, S. 227 (231 f.); *Klaus Vogel/Hannfried Walter*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: 143. Lfg. Dezember 2009, Art. 105 (Zweitbearbeitung Februar 1971) Rdnr. 39.

<sup>68</sup> Nicht thematisiert etwa bei *Wilke*, Gebührenrecht (Fn. 28), S. 119 f.; *Merkt*, mitgliedschaftsbezogene Abgabe (Fn. 22); vgl. andererseits jedoch *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, S. 185 ff.; *Josef Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 36 f.; *ders.*, Äquivalenz (Fn. 67), S. 377 ff.; *Fritz Ossenhühl*, Zur Verbandslast als Finanzierungsinstrument der atomaren Endlagerung, DVBl. 2004, S. 1132 (1134).

<sup>69</sup> *Isensee*, Äquivalenz (Fn. 67), S. 373; *Merkt*, mitgliedschaftsbezogene Abgaben (Fn. 22), S. 7 ff.; *Schuppert*, intermediäre Finanzgewalten (Fn. 67), S. 241, 246.

<sup>70</sup> Vgl. *Schuppert*, intermediäre Finanzgewalten (Fn. 67), S. 246, 247; *Janbernd Oebbecke*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), S. 366 (387).

<sup>71</sup> Vgl. auch *Ubber*, Beitrag (Fn. 66), S. 314 f.

<sup>72</sup> *Isensee*, Äquivalenz (Fn. 67), S. 375.

<sup>73</sup> Vgl. auch *Ubber*, Beitrag (Fn. 66), S. 317 f.

<sup>74</sup> Für die Lastenverbände schwankend *Ubber*, Beitrag (Fn. 66), S. 314 f.

<sup>75</sup> *Isensee*, Äquivalenz (Fn. 67), S. 377.

überkommenen Abgabentypen, hier vorrangig der oben bereits erörterten Sonderabgabe.<sup>76</sup> Von den gewöhnlichen Sonderabgaben unterscheidet sich die Finanzierungs-Verbandslast dadurch, dass die Abgabepflichtigen zugleich einer rechtfertigungsbedürftigen Zwangsmitgliedschaft in einer Selbstverwaltungskörperschaft unterworfen sind. Diese Verbindung in einer Selbstverwaltungsstruktur ist den gewöhnlichen Sonderabgabepflichtigen nicht eigen, denn allein die Gründung eines Fonds, eines Nebenhaushalts, impliziert nicht zwingend zugleich die Aufrichtung mittelbarer Staatsverwaltung.<sup>77</sup> Das kann aber keine Freizeichnung der Finanzierungs-Verbandslast von den inhaltlichen Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben bedeuten, denn finanzverfassungsrechtlich besteht insoweit die gleiche Rechtfertigungslast. Bei der Finanzierungsverbandslast ist eine doppelte verfassungsrechtliche Rechtfertigung angezeigt: die auf die Selbstverwaltung, also auf die Aufgabe bezogene und die auf die Finanzierung bezogene, die finanzrechtliche.<sup>78</sup> Letztere findet sich in der Sonderabgabenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>79</sup> Vorliegend fehlt es an der hinreichenden Sachnähe der Abgabepflichtigen zum Abgabezweck. Problematisch erscheint auch das Rechtfertigungskriterium der gruppennützigen Verwendung des Abgabenaufkommens. Dies bedeutet, dass das Aufkommen „im Interesse der Gruppe der Abgabepflichtigen“ zu verwenden ist, um grds. unzulässige fremdnützige Sonderabgaben auszuschließen.<sup>80</sup> Dieses „Gruppeninteresse“ fehlt genau so wie bei der Sonderabgabe (s.o.).

## **V. „Gewinnabschöpfung“ durch freiwillige Zahlungen der Energieversorgungsunternehmen bzw. eine Versteigerungslösung**

Denkbar wäre auch, dass die Betreiber von Atomkraftwerken dem Staat – letztlich wohl dem Bund – einen entsprechenden Betrag „freiwillig“ zur Verfügung stellen.<sup>81</sup> Dies erscheint schon deshalb nicht als von vornherein abwegig, da es Vorbilder einer solchen – verfassungsrechtlich freilich höchst problematischen – Lösung gibt: Die Pharma-Industrie hatte unter der Bundesregierung *Schröder/Fischer* Ende 2001 für die Ausnahme bestimmter Präparate von einem Arzneimittelausgaben-Begrenzungsgesetz 400 Millionen D-Mark an die gesetzlichen Krankenversicherung gezahlt.<sup>82</sup>

### *1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den UMTS-Versteigerungserlösen*

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den UMTS-Versteigerungserlösen vom 28. März 2002<sup>83</sup> betrifft die Problematik relevanter Staatseinnahmen, die nicht in die Systematik der Finanzverfassung passen. Im Sommer 2000 hatte der Bund durch die Versteigerung sog. UMTS-Lizenzen über 99 Milliarden DM Erlöst und zur Tilgung eigener Schulden verwendet. Verschiedene Landesregierungen hatten dagegen vor dem Bundesverfassungsgericht geklagt und dabei v.a. die alleinige Ertragszuständigkeit des Bundes angegriffen; sie verlangten insbesondere eine hälftige Beteiligung der Länder an diesen Erträgen. Diese Klage

<sup>76</sup> Vgl. auch *Merkt*, mitgliedschaftsbezogene Abgabe (Fn. 22), S. 94; vgl. auch *Schuppert*, intermediäre Finanzgewalten (Fn. 67), S. 231.

<sup>77</sup> Vgl. etwa unter jüngeren Judikaten BVerwG, DVBl. 2004, 1175 – „Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz“; BVerfGE 110, 370 – „Klärschlammmentschädigungsfonds“.

<sup>78</sup> Vgl. auch *Ossenbühl*, Verbandslast (Fn. 68), S. 1136.

<sup>79</sup> BVerfGE 55, 274; 57, 139; 75, 108; 89, 132; 91, 186; 92, 91; zuletzt 108, 186; aus der Literatur statt anderer nur *Vogel/Waldhoff*, in: *Bonner Kommentar* (Fn. 18), Rdnr. 436 ff.

<sup>80</sup> BVerfGE 55, 274 (307).

<sup>81</sup> *Rainer Hüttemann*, in: *Zeit-Online: Fritz Vorholz*, Atomkraft. Das Mäuschen schweigt. Schwarz-Gelb hat den Energiekonzernen eine Laufzeitverlängerung ihrer Atommeiler versprochen. Das Vorhaben ist schwieriger als gedacht, vom 7. Oktober 2009; <http://www.zeit.de/2009/42/Atomkraft?page=all&print=true>, abgerufen am 17. Februar 2010.

<sup>82</sup> Ebd., S. 4: „Zusage durch Handschlag‘ hieß es damals aus den Reihen der Union. Und: ‚Gesetzesinhalte würden, von Zahlungen der Gesetzesbetroffenen abhängig gemacht‘. Der gleiche Vorwurf droht der Union nun selbst.“

<sup>83</sup> BVerfGE 105, 185.

wurde vom Bundesverfassungsgericht mit der Begründung abgewiesen, die Ertragsaufteilung sei in der Finanzverfassung (Art. 106, 107 Abs. 1 GG) abschließend und nicht analogiefähig geregelt. Dort werden jedoch ausschließlich Steuereinnahmen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden aufgeteilt, denn die Finanzverfassung erweist sich als „Steuerfinanzverfassung“: *„Nichtsteuerliche Einnahmen können sich auch nicht durch außergewöhnlich hohe Erträge, wie sie herkömmlich nur bei Steuern anfallen, in steuergleiche Einnahmen verwandeln.“*<sup>84</sup> Dann folgt allerdings eine für hiesige Fragestellung entscheidende Einschränkung: *„Sollte sich allerdings in der Zukunft erweisen, dass neuartige Einnahmequellen mit bedeutsamen Erträgen das von Art. 106 GG zu Grunde gelegte Verteilungssystem sprengen, könnte der verfassungsändernde Gesetzgeber gefordert sein.“*<sup>85</sup> Zudem wurde ein Begehren der damaligen Antragsteller, durch die Anerkennung der Versteigerungserlöse als „laufende Einnahmen“ im Sinne von Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 GG eine Änderung der variablen Umsatzsteuerertragsverteilung zwischen Bund und Ländern zu erreichen, abgewiesen.<sup>86</sup> Wäre als „freiwillige“ Sondergewinnabschöpfungslösung eine kontinuierliche Beteiligung des Bundes an den laufzeitbedingten Zusatzgewinnen gedacht, könnte dieses Kriterium im Unterschied zu der Entscheidung von 2002 jedoch mit der Folge erfüllt sein, dass dann – die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens im Übrigen unterstellt – der Bund den Ländern bei der stets in besonderem Maße umstrittenen Umsatzsteuerverteilung entgegenkommen müsste.

## 2. Fehlende Übertragbarkeit mangels regulierungsrechtlicher Verteilungsentscheidung – Verfassungswidrige „Sondereinnahmen“

Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung auf der Einnahmenseite die besondere Rechtfertigung nichtsteuerlicher und damit finanzverfassungsferner Abgaben herausgearbeitet und betont; sollten sich ähnliche Erscheinungen – nicht als *Sonderabgaben*, sondern als *Sondereinnahmen* – herausbilden, wäre nach der Logik des Grundgesetzes ähnlich restriktiv zu verfahren. Die finanz- und verfassungsrechtlich relevante Gefahr, dass eine vom Grundgesetz nicht vorgesehene „Nebenfinanzverfassung“ neben den Art. 104a bis 108 GG geschaffen und die zentrale Funktion der bundesstaatlichen Ertragsverteilung beschädigt würde, wäre nicht von der Hand zu weisen. Die ständige Betonung der bundesstaatlichen Finanzverfassung als eines auf Formenbindung und Formenstrenge angelegten *„Eckpfeiler[s] der bundesstaatlichen Ordnung“*<sup>87</sup> unserer Verfassung mutierte zur reinen Sprechblase, zur hohlen Phrase, könnte der Bund dauerhaft relevante Zusatzeinnahmen in Milliardenhöhe an dem Verteilungssystem der Art. 106 und 107 Abs. 1 GG vorbeischleusen. Diese Folge entspräche sicher nicht mehr den Intentionen des UMTS-Versteigerungserlös-Urteils von 2002. Eine Versteigerung von Laufzeitverlängerungen<sup>88</sup> erweist sich angesichts dieser verfassungsrechtlich geforderten besonderen Rechtfertigung als problematisch. Dies erhellt aus einem Vergleich zur UMTS-Versteigerungserlös-Entscheidung. In diesem Zusammenhang stand die „gerechte“ Verteilung knapper Telekommunikationsfrequenzen zwischen potentiellen Interessenten, nicht die „Gewinnabschöpfung“ bzw. Einnahmeerzielung des Bundes im Vordergrund. Demgegenüber fielen bei der Versteigerung von Laufzeitverlängerungen die Zusatzeinnahmen des Bundes nicht als notwendige Nebenfolge einer Regulierungsentscheidung in einem durchregulierten Sachbereich an – eine staatliche Verteilungslenkung soll nicht

<sup>84</sup> BVerfGE 105, 185 (194).

<sup>85</sup> BVerfGE 105, 185 (194 f.).

<sup>86</sup> BVerfGE 105, 185 (195).

<sup>87</sup> BVerfGE 55, 274 (300).

<sup>88</sup> Für ein Versteigerungsmodell jüngst *Manuel Frondel/Justus Haucap/Christoph M. Schmidt*, Atomkraftwerke. Staat soll Laufzeiten versteigern statt verschenken, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 60 vom 12. März 2010, S. 14. Zu derartigen Versteigerungslösungen allgemein näher *Mario Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, v.a. S. 273 ff., 283 ff.; zur finanzverfassungsrechtlichen Problematik ebd., S. 450 ff.

erzielt werden.<sup>89</sup> Das Ziel der Haushaltssanierung allein vermag die staatliche Versteigerungsentscheidung aber nicht zu rechtfertigen und die Einnahmenerzielung kann eine fehlende sachliche Rechtfertigung nicht ersetzen.<sup>90</sup> Ein weiterer Unterschied zur Versteigerung der UMTS-Lizenzen besteht bei dem Projekt der Sondergewinnabschöpfung bei Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken darin, dass hier Sicherheitsinteressen im Vordergrund stehen, die bei der Frequenzverteilung keine Rolle spielten und spielen. Ökonomisch mag sich bei knappen, jedoch in der Sache völlig „ungefährlichen“ Gütern – wie den Funkfrequenzen – die Versteigerung als probates Mittel sinnvoller Verteilungsentscheidungen darstellen; sobald der Sicherheitsaspekt als entscheidendes Moment hinzutritt und nicht sichergestellt ist, dass die Bereitschaft der EVUs zu bieten, dem Sicherheitsstandard des jeweiligen Kernkraftwerks entspricht, handelt es sich um ein ungeeignetes Mittel. Die ohnehin nur schwer vermittelbare Lösung („staatliche Versteigerung sicherheitsbedenklicher Restlaufzeiten“) potenziert den Vorwurf des „Ausverkaufs staatlicher Hoheitsrechte“. Selbst die Protagonisten solcher Versteigerungsverfahren heben hervor, dass sie nur über eine „sinnvolle“ und „populäre“ Verwendung der Erlöse vermittelbar wären.<sup>91</sup>

## **VI. Verfassungswidrigkeit eines an die Laufzeitverlängerung gekoppelten Kredit- bzw. Stiftungsmodells?**

In der Diskussion um die Sondergewinnabschöpfung aus der Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken wird ein Modell diskutiert, wonach sich Bundesregierung und die EVU auf einen Betrag einigen, der im Fall einer Laufzeitverlängerung insgesamt als Gewinn abgeschöpft werden soll. In Höhe dieses Gesamtbetrags stellt die KfW dem Bund ein Darlehen zur Verfügung. Zinsen und Tilgung des Darlehens werden von den EVU übernommen, sofern sie die zugestandene Laufzeitverlängerung tatsächlich nutzen können. Die Bedingungen hierfür werden vorab in der angestrebten Darlehensvereinbarung geregelt. Eine Variante dieses Ansatzes arbeitet statt mit einem KfW-Kredit mit der Einrichtung einer von den EVU finanzierten Stiftung.

### *1. Anforderungen an Staatskredite nach Art. 115 Abs. 1 GG*

Eine rein formale Betrachtung würde die oben geschilderte Konstruktion als gewöhnliche staatliche Kreditaufnahme einordnen: Der Rechtsträger, der den Kredit aufnimmt, wäre der Bund. Die Voraussetzungen des „klassischen“, formalen Kreditbegriffs, wie er einfachrechtlich etwa in der Reichsschuldenordnung konkretisiert ist bzw. war<sup>92</sup>, sind erfüllt. Danach ist Kreditaufnahme durch den Staat die „*Beschaffung von Geldmitteln, die zurückgezahlt werden müssen*“<sup>93</sup>. Die Ungewissheit der wirtschaftlichen Belastung stellt keinen Hinderungsgrund dar, denn unter den organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG fallen auch „Gewährleistungen“, die möglicherweise in der Zukunft zu Ausgaben führen (sog. Eventualverbindlichkeiten).<sup>94</sup> Daraus ergibt sich die Rechtsfolge, dass der Gesetzesvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG, der einen Kern des parlamentarischen Budgetrechts darstellt<sup>95</sup>, eingreift. Das stellt keine unüberwindbare Hürde dar, zumal das Haushaltsgesetz des Bundes nicht zustimmungspflichtig ist.<sup>96</sup>

<sup>89</sup> S. auch die Ausführungen zur Sonderabgabe und die Einordnung einer Gewinnabschöpfung als Abgabe mit reiner Finanzierungsfunktion (B.III.2.).

<sup>90</sup> Martini, Verteilungslenkung (Fn. 88), S. 303 f.; näher und differenziert zu dieser Problematik ebd., S. 450 ff.

<sup>91</sup> Frondel/Haucap/Schmidt, Laufzeiten (Fn. 88).

<sup>92</sup> Vgl. Christian Jahndorf, Grundlagen der Staatsfinanzierung durch Kredite und alternative Finanzierungsformen im Finanzverfassungs- und Europarecht, 2003, S. 257 ff.

<sup>93</sup> BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537; Hermann Pünder, Staatsverschuldung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 123 Rdnr. 20.

<sup>94</sup> Wolfram Höfling/Stefan Rixen, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 115 Rdnr. 158 ff.

<sup>95</sup> Vgl. BVerfGE 67, 256 (281).

<sup>96</sup> Vgl. BVerfGE 70, 324 (361 f.).

## 2. Umgehung oder Formenmissbrauch?

Fragen der Umgehung und des Formenmissbrauchs stellen sich vorliegend auf zwei Ebenen:

a) „Vorgetäuschte“ Kreditaufnahme als Verletzung des Grundsatzes der Haushaltswahrheit  
Zum einen würde mit der parlamentarischen Budgetzustimmung zu einem vom Bund aufgenommenen Kredit, der jedoch von privaten Rechtssubjekten (zumindest zunächst) getilgt wird, im Haushaltsplan wirtschaftlich etwas anderes abgebildet, als rechtlich konstruiert wurde. Wirtschaftlich trägt der Bund nicht die Zins- und Tilgungslasten des Kredits; es müsste folglich etwas als Kreditaufnahme haushalterisch verbucht werden, was sich ökonomisch nicht als solche darstellt. Das steht in einem Spannungsverhältnis zum, wenn auch nicht im Grundgesetz explizit aufgeführten, nach allgemeiner Ansicht jedoch verfassungskräftigen<sup>97</sup>, Haushaltsgrundsatz der Haushaltswahrheit. Jeder Haushalt besitzt Prognosecharakter, da er vermutete zukünftige Einnahmen abbildet. Sind bei der Veranschlagung jedoch schon die genauen Umstände bekannt, stellte sich eine (ökonomisch) „falsche“ Verbuchung als Verstoß gegen den Grundsatz der Haushaltswahrheit dar. So wäre es in dem Fall, dass ein formal als Kredit vom Bund aufgenommener Betrag wirtschaftlich gar nicht vom Bund getragen werden muss. Es handelt sich um den umgekehrten Fall, der die literarische Diskussion beherrscht: Dort werden als alternative Finanzierungs- und Verschuldungsformen formal durch dritte Rechtsträger aufgenommene Kredite dem Gesetzesvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 GG unterstellt, die wirtschaftlich den Bund belasten (sog. verdeckte Kreditaufnahmen / Kreditfinanzierung im Dreiecksverhältnis)<sup>98</sup>; in vorliegender Situation geht es – wiederum in einer Dreieckskonstellation – demgegenüber um den Fall, dass der Bund formal Schuldner des Kredites ist, die wirtschaftliche Belastung jedoch auf Dritte – hier die EVU – ausgelagert wurde. Terminologisch handelte es sich dann nicht um eine verdeckte, sondern um eine – so unser Vorschlag – „vorgetäuschte“ Kreditaufnahme. Dies führt dazu, dass der oben herangezogene Grundsatz der Haushaltswahrheit durch die Dreieckskonstruktion, insbesondere die vertragliche Absprache zwischen KfW, Bundesregierung und EVU haushaltsrechtlich letztlich verletzt wird, da nicht deutlich wird, von wem die Finanzmittel wirklich stammen.

## b) Widerspruch zur Formenstrenge der Staatsfinanzierung

Auf einer sehr viel abstrakteren Ebene stellt sich die Frage, ob durch privat finanzierte Kredite (oder in der Alternative: durch eine von den EVU finanzierte Stiftung) die Staatsfinanzierung nicht aus ihrer Formenstrenge und Formenbindung, die grundsätzlich auch für das Staatsschuldenrecht gilt<sup>99</sup>, ausbricht. Der verfassungsrechtsdogmatische Zusammenhang zwischen Art. 115 Abs. 1 GG und Art. 110 GG führt dazu, dass sich aus dem Haushaltsplan die ökonomische Realität<sup>100</sup> in einer wahrhaftigen Prognose ermitteln lassen muss: Kredite müssen auch ökonomisch Kredite sein, Nichtkredite, die sich ökonomisch als Kredite erweisen, sind wie Kredite zu behandeln. Das wäre hier nicht gewährleistet.

## 3. Das Postulat finanzwirtschaftlich ungebundener Handlungsfreiheit im demokratischen Verfassungsstaat – von der Zwecksteuer zum „Zweckkredit“?

Die entscheidenden verfassungsrechtlichen Bedenken resultieren jedoch daraus, dass sich der Staat durch diese „Finanzierungsform“ der (politischen) Ungebundenheit seiner Finanzmittel

<sup>97</sup> Vgl. etwa VerfGH NRW, DÖV 1992, S. 576 (578) zum Landesrecht; *Christoph Gröpl*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 110 Rdnr. 114.

<sup>98</sup> Vgl. etwa *Wolfram Höfling/Stefan Rixen*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Fn. 94), Rdnr. 130 ff.

<sup>99</sup> Eingehend *Jahndorf*, Staatsfinanzierung (Fn. 92), S. 131 ff.

<sup>100</sup> Für eine ökonomische Sichtweise etwa nachdrücklich *Hermann Pünder*, Staatsverschuldung (Fn. 93), Rdnr. 21 f.; *Hanno Kube*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 115 Rdnr. 71 zu neuartigen Finanzierungsformen unter Rückgriff auf den Grundsatz des Rechtsgedankens der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach § 39 Abs. 2 AO.

– in diesem Fall eines Kredites als Staatseinnahme – begibt. So wie die voraussetzungslos geschuldete Steuer dem Staat „ungebundene“ Finanzmittel zur Verfügung stellt und damit die demokratische Gleichheit in die Staatsfinanzierung einbringt, folglich sog. Zwecksteuern oder überhaupt die Verwendungszweckbindung von Abgaben stark einschränkt, dürfen auch Staatskredite grundsätzlich nicht an politische Zwecke rechtlich gebunden werden. Nach dem diskutierten, oben skizzierten Modell, wäre der demokratisch legitimierte Gesetzgeber mit neuer Mehrheit oder unter veränderten tatsächlichen Umständen finanzwirtschaftlich behindert, die gewährte Laufzeitverlängerung erneut zu widerrufen; in einer schwierigen finanzwirtschaftlichen Lage müsste der Bund dann u.U. Tilgung und Zinszahlungen des Laufzeitverlängerungskredits nach der (privatrechtlichen?) Vereinbarung im Dreiecksverhältnis Bund – KfW – EVU übernehmen. Die Argumentation gegen Zwecksteuern oder Zweckbindungen von Abgaben<sup>101</sup> gelten hier entsprechend. Im Übrigen sind auch die gegen eine Schenkung des Sondergewinns vorgebrachten Einwände heranzuziehen.

#### *4. Behandlung nach materiellem Staatsschuldenrecht angesichts der Verschuldungsbremse durch die Föderalismusreform II*

Nach neuem Staatsschuldenrecht stellt sich noch das Problem, dass Tilgungen für Kredite aus dem öffentlichen Bereich nicht als Ausgaben i.S.v. Art. 115 Abs. 2 Satz 1 GG zu werten sind, vgl. § 3 Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes. Hier wäre zu prüfen, ob die KfW zum „öffentlichen Bereich“ im Sinne dieser Vorschriften gehört und – wofür alles spricht – im bejahenden Fall, ob nicht wiederum eine Umgehung wegen der ökonomischen Realität der dargelegten Kreditkonstruktion besteht.

### **C. Verfassungsrechtliche Probleme der Zweckbindung einer Gewinnabschöpfung**

Politische Absichtserklärungen wollen die abgeschöpften Sondergewinne der Kernkraftwerksbetreiber aus Laufzeitverlängerungen für konkret definierte Zwecke verwenden: Mehr oder weniger klar sollen alternative Energieformen erforscht oder gefördert werden. Mit solchen Zweckbindungen von Abgaben ergeben sich weitere finanzverfassungsrechtliche Probleme.<sup>102</sup>

#### *1. Zweckabgaben*

Von dem allgemeinen Zweck jeder Steuer und letztlich von Abgaben, dem Staat die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen finanziellen Mittel zuzuführen, sind speziellere Zwecke zu unterscheiden. Im Zusammenhang mit den tatbestandlichen Voraussetzungen einer Steuer oder sonstigen Abgabe können Lenkungs- oder Sozialzwecke ausgemacht werden. Im Zusammenhang mit der *Rechtsfolgenseite* des Abgabentatbestands können neben dem abstrakten Zweck der *allgemeinen* Staatsfinanzierung *spezielle* Finanzierungszwecke unterschieden werden. Zwecksteuer / Zweckabgabe meint vor diesem Hintergrund die Zweckbindung des Abgabenaufkommens, die Reservierung konkreter Einnahmen für bestimmte Ausgabenzwecke.<sup>103</sup> Sie ist von Lenkungszielen zunächst grundsätzlich unabhängig.<sup>104</sup> Die Zweckbindung kann auf der Stufe der Verfassung selbst vorgenommen werden.<sup>105</sup> Sind die Aufkommensbindungen in Präambeln von Gesetzen angeordnet, ist der Übergang in allge-

<sup>101</sup> Christian Waldhoff, Die Zwecksteuer, StuW 2002, S. 285 ff. m.w.N.; ders., Grundzüge (Fn. 18), Rdnr. 133 ff., v.a. 150 f.

<sup>102</sup> Umfassend und kritisch Christian Waldhoff, Zwecksteuer (Fn. 101), S. 285 ff.; ferner Peter Selmer, Zur Zweckbindung von Umweltsteuern im Rahmen eines Umweltgesetzbuches, in: Bohne (Hrsg.), Perspektiven für ein Umweltgesetzbuch, 2002, S. 297 ff.; jetzt ausführlich Lars Hummel, Verfassungsrechtsfragen der Verwendung staatlicher Einnahmen, 2008, S. 283 ff., 376 ff.

<sup>103</sup> Vgl. bereits ProVGE 64, 247 (252).

<sup>104</sup> Günther Schmolders, Art. „Zwecksteuer. 1. Finanzwissenschaft“, in: Strickrodt/Hartz (Hrsg.), Handwörterbuch des Steuerrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 1981, S. 1680; Karl Bräuer, Finanzsteuern, Zwecksteuern und Zweckzuwendungen von Steuererträgen, 1928, S. 7.

meine Zweckbestimmungen im Sinne einer (politischen) Rechtfertigung durch Benennung des allgemeinen Gesetzeszwecks fließend. Andererseits kann eine rechtlich wirksam angeordnete Verwendungsbindung eine weitere Spezialisierung durch den Haushaltsplan erfordern und erfahren. Neben solchen positivrechtlich verankerten Verwendungsbindungen treten politische Verknüpfungen unterschiedlicher Intensität. Sie sollen vorliegend in Abgrenzung zur rechtsverbindlichen Verwendungsbindung als Verwendungsabsicht bezeichnet werden. Ausgabenanlässe erscheinen als Begründung einer Steuer oder Abgabe etwa in den Gesetzesmaterialien oder -beratungen. Nur rechtliche Verwendungsbindungen sind an höherrangigen Rechtsmaßstäben zu beurteilen. Politische Verknüpfungen bleiben der Bewertung im politischen Prozess vorbehalten.<sup>106</sup>

## 2. Zulässigkeit der Zweckbindung des Aufkommens einer Sondergewinnabschöpfung

Die überkommene Rechtsprechung<sup>107</sup> und Lehre<sup>108</sup> sieht rechtliche Verwendungsbindungen als grundsätzlich erlaubt an.

Das wesentliche Regulativ für die Rechtmäßigkeit von Zweckabgaben ist das haushaltsrechtliche Prinzip der Gesamtdeckung (§ 8 Satz 1 BHO; auch Nonaffektations-, Universalitäts- oder Zentralisationsprinzip genannt). Es verfügt entgegen der h.M. aus grundrechtlichen, haushalts- und finanzverfassungsrechtlichen Erwägungen in seinem Kern über Verfassungskraft<sup>109</sup> und kann daher nur unter Beachtung besonderer Rechtfertigungsgründe eingeschränkt werden. Die vielfältigen Überschneidungen und Zusammenhänge zwischen den unterschiedlichen Haushaltsgrundsätzen zeigen, dass ihr juristischer Gehalt nicht allein auf eine mehr oder minder explizite Erwähnung in Verfassung und Gesetz reduziert werden kann. Ihre Funktion und ihr Rechtswert ergeben sich aus dem verfassungsrechtlich vorausgesetzten parlamentarischen Haushaltsgeschehen. Der Kern des parlamentarischen Haushaltsrechts ist die Mitverantwortung und Kontrolle des Handelns der Verwaltung qua finanzwirtschaftlicher Steuerung; es handelt sich um eine „überragende [...] rechtlich umfassende, alleinige Entscheidungs- und Feststellungskompetenz des Gesetzgebers“<sup>110</sup>, als einem von mehreren Bestandteilen des demokratischen Verfassungsprinzips. Der Haushaltsgrundsatz der Gesamtdeckung hängt eng mit anderen Haushaltsprinzipien wie dem Grundsatz der Budgeteinheit, der Vollständigkeit, dem Bruttoprinzip und dem Prinzip der Kasseneinheit zusammen. Nur in ihrem Zusammengreifen sichern sie die geforderte parlamentarische Gesamtentscheidung über Haushalt und Staatshandeln. Insofern erweist sich das Gesamtdeckungsprinzip als „notwendige Voraussetzung der politischen Willensbildung“<sup>111</sup>. Die parlamentarischen Entscheidungen im Haushaltsbereich stellen keine logisch vorgezeichneten Operationen, sondern Akte politischer Wertung im Sinne einer Gesamtentscheidung dar.<sup>112</sup> Sie sind mehr als die Summe ihrer in der Rechtsordnung anderweitig vorgezeichneten Teile. Die haushaltsrechtliche Gesamtentscheidung erhält gewissermaßen eine zusätzliche Erkenntnisdimension durch die politisch verant-

<sup>105</sup> Dies dokumentieren Beispiele aus der schweizerischen Bundesverfassung, so etwa Art. 130 Abs. 2 und Art. 131 Abs. 3 BV vom 18. April 1999.

<sup>106</sup> Vgl. auch BVerfGE 93, 319 (347); Selmer, Zweckbindung (Fn. 102), S. 300 f.

<sup>107</sup> BVerfGE 7, 244 (254 f.); 9, 291 (300); 36, 66 (70); 49, 343 (353 f.); 65, 325 (344); BayVerfGH 6, 75 (79); RFHE 33, 18 (24 f., 27); BFHE 57, 473.

<sup>108</sup> Hans D. Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 8.

<sup>109</sup> Eingehend Waldhoff, Zwecksteuer (Fn. 101), S. 298 ff. Eine Stütze erfährt die These von der Rechtsnatur des Nonaffektationsprinzips als Verfassungsgrundsatz durch den verfassungsrechtlichen Steuerbegriff, genauer die Gegenleistungsfreiheit der Steuer. S. Wolfgang Löwer, Wen oder was steuert die Öko-Steuer? 2000, S. 34 f. und Waldhoff/von Aswege, Kernenergie (Fn. 1), S. 47 (zitiert nach Manuskript).

<sup>110</sup> BVerfGE 45, 1 (32).

<sup>111</sup> Hans Fecher, Probleme der Zweckbindung öffentlicher Einnahmen, 1963, S. 22; einschränkend allerdings ebd., S. 47; Selmer, Zweckbindung (Fn. 102), S. 306.

<sup>112</sup> Herbert Mandelartz, Das Zusammenwirken von Parlament und Regierung beim Haushaltsvollzug, 1980, S. 67, 72; vgl. zur Begrenzung durch langfristige Engagements und andere Sachzwänge BVerfGE 45, 1 (32).



wortete globale Koordination der verschiedenen Bereiche.<sup>113</sup> Die notwendige Gesamtkoordination der Ausgaben und Einnahmen kann ihrer Idee nach nur periodisch erfolgen. Durch Aufkommensbindungen von Steuern oder anderen Abgaben wird die parlamentarische Gesamtentscheidung eingeschränkt und behindert. Der Haushaltsplan zeichnet lediglich anderweitig getroffene Entscheidungen nach. Finanzielle Sonderkreisläufe relativieren auch bei Etatisierung dieser Einnahmen den Gedanken des Gesamthaushalts. Das Spannungsverhältnis zwischen der Idee nach dauerhaft festgelegten fachgesetzlichen Verwendungsbindungen und dem Periodizitätsprinzip des flexibleren Haushaltsplans bedeutet eine zusätzliche Behinderung der skizzierten parlamentarischen Aufgaben.<sup>114</sup>

Die dargestellte Problematik erscheint umso schwerwiegender, als das Prinzip der Gesamtdeckung in seinem Zusammenwirken mit den Grundsätzen der Einheit, der Vollständigkeit und der Bruttoveranschlagung die Gleichheit der Lastenverteilung der steuerzahlenden Bürger auf einer institutionellen Ebene garantiert. Haushaltsrechtlich bildet sich das rechtlich verfasste Staatsvolk in seiner zu Sonderinteressen distanzierenden Allgemeinheit und damit als Garant von Gleichheit und Freiheit ab. Die Globalität des Haushalts entspricht in gewisser Weise dem allgemeinen Wahlrecht. Die wichtigste verfassungsrechtliche Anforderung an jeglichen Steuerzugriff, die Besteuerung nach der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als sachbereichsspezifische Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes, kann letztlich nur bei einer Abstraktion von konkreten Leistungsbeziehungen durchgeführt werden.

Der hier vertretene Verfassungsrang der haushaltsrechtlichen Nonaffektation wird jedoch nur auf der Stufe eines Grundsatzes, eines Verfassungsprinzips mit entsprechend eingeschränkter normativer Wirkkraft begründet.<sup>115</sup> Die Gesamtdeckung unterliegt von vornherein der gesetzlichen Ausgestaltung, wie dies auch in den einfachgesetzlichen Konkretisierungen der Haushaltsordnungen zum Ausdruck kommt. Entscheidend wird damit, welche Anforderungen an die Rechtfertigung der Durchbrechung des Prinzips zu stellen sind, um sein „Leerlaufen“ zu verhindern. Die Rechtfertigung muss sich auf zwei, miteinander zusammenhängenden Ebenen vollziehen: Aus einer institutionellen Position heraus ist zu gewährleisten, dass der ganz überwiegende Teil der staatlichen Einnahmen ungebunden bleibt. Nur so kann der entfaltete, verfassungsrechtlich vorausgesetzte parlamentarische Haushaltsprozess im Kern erhalten bleiben.<sup>116</sup> Neben dieser volumenbezogenen Sicht ist auf der zweiten, *konkreten Ebene der einzelnen Abgabe* ein tragfähiger Rechtfertigungsgrund für die Zweckbindung darzulegen.<sup>117</sup> Es geht um die verfassungsrechtlich geforderte Symmetrie zwischen Abgabepflicht und Finanzierungsverantwortung und damit um die Abgrenzung des allgemeinen Pflichtenstatus des Steuerbürgers von dem besonderen Pflichtenstatus der Gruppenverantwortlichkeit. Diese Ebene der Rechtfertigung erfüllt eine ähnliche Funktion, wie sie die im Rahmen der haushaltsflüchtigen Sonderabgaben von der Verfassungsrechtsprechung geforderten Kriterien der hinreichenden Sachnähe der Abgabepflichtigen zum Abgabenzweck und einer – wenn auch lockeren – gruppennützigen Verwendung einnehmen, ohne dass der Maßstab völlig identisch sein müsste. Die Anforderungen werden bei außerbudgetären Aufkommensbindungen – ihre Etatisierung vorausgesetzt – freilich niedriger sein als bei den Sonderabgaben. Gefordert ist somit eine lockere Äquivalenzbeziehung, die über bloße Plausibilitätserwägungen hinaus einen finanzwirtschaftlichen Zusammenhang aufzeigt. Zwischen den vorliegend von Sondergewinnabschöpfungen betroffenen EVU und der angestrebten Förderung erneuerbarer Energien ist sie – wie bereits dargestellt – nicht gegeben.

<sup>113</sup> Ekkehard Moeser, Die Beteiligung des Bundestages an der staatlichen Haushaltsgewalt, 1978, S. 41 ff.

<sup>114</sup> Näher Waldhoff, Zwecksteuer (Fn. 101), S. 300 f.

<sup>115</sup> Zu weitgehend daher Frank Rainer Balmes, Verfassungsmäßigkeit und rechtliche Systematisierung von Umweltsteuern, 1997, S. 127 f.

<sup>116</sup> Entsprechendes ist wohl gemeint, wenn gesagt wird, dass es grundsätzlich ein Zweckbindungsgebot nicht geben dürfe, vgl. Klaus Meßerschmidt, Umweltabgaben als Rechtsproblem, 1986, S. 181; Selmer, Zweckbindungen (Fn. 102), S. 307, 308 f.

<sup>117</sup> Ähnlich Selmer, Zweckbindung (Fn. 102), S. 311 ff.

## D. Exkurs: Einführung einer allgemeinen Kernbrennstoffsteuer

Angeichts der Verfassungswidrigkeit eines gezielten Zugriffs auf – durch Laufzeitverlängerungen bedingte – Zusatzgewinne der EVU gewinnt die alternative Einführung einer allgemeinen Kernbrennstoffsteuer an Bedeutung. Es handelt sich um eine der Mineralölsteuer nachempfundene Verbrauchsteuer mit der im Atomstrom durch Verbrennung des Kernbrennstoffes enthaltenen Energie als verbrauchsfähigem Wirtschaftsgut. Ihr Verbrauch würde belastet, der Zeitpunkt der Besteuerung auf die den Verbrauch ermöglichenden Verkehrsakte vorverlagert, d.h. der Endverbraucher über den Einkommensverwendungsakt (Kauf) wirtschaftlich belastet.<sup>118</sup>

Die Einführung einer Kernbrennstoffsteuer erweist sich aus verfassungsrechtlicher Sicht als unproblematisch. Der Bund verfügt insbesondere über die (konkurrierende) Kompetenz zum Erlass eines Kernbrennstoffsteuer-Gesetzes aus Art. 105 Abs. 2 Alt. 1 und 2 GG.<sup>119</sup>

In europarechtlicher Hinsicht steht der Konflikt mit materiellen primärrechtlichen Vorgaben im Fokus. Er entzündet sich an der (etwaigen) Regelung eines Grenzsteuerausgleichs, d.h. der Ausdehnung der Steuerbelastung auf die Lieferung von elektrischer Energie aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (sowie aus Drittländern).<sup>120</sup> Eine Regelung, die einen Grenzsteuerausgleich vorsähe, müsste sich an Art. 110 AEUV messen lassen – die finanzielle Belastung des eingeführten Stroms stellt einen integralen Bestandteil einer allgemeinen inländischen Abgabenregelung, hier Kernbrennstoffsteuerregelung, dar.<sup>121</sup> Ein Grenzsteuerausgleich ließe sich jedoch schwerlich so ausgestalten, dass – wie von Art. 110 AEUV verlangt – auf Strom aus anderen Mitgliedstaaten nicht (un)mittelbar höhere Abgaben erhoben würden als auf inländisch produzierten Strom. Es bestünde die Schwierigkeit, dass sich der Anteil an Atomstrom angesichts der Einspeisung in das allgemeine Stromnetz nicht für jede Stromlieferung konkret bestimmen ließe. Die Erhöhung des Steuertarifs für importierten Strom auf der Grundlage von Durchschnittswerten führte dazu, dass zumindest im Einzelfall eine höhere Besteuerung erfolgte als im Inland. Auch die Kombination einer pauschalen Erhöhung des Tarifs für importierten Strom nebst Vergütungs- oder Erstattungsmöglichkeit für nicht mittels Kernbrennelementen erzeugten Strom würde nur bedingt Abhilfe schaffen. Die Abnahme von Strom erfolgt häufig in so kurzen Zeittakten, dass ein Nachweissystem auf kaum überwindbare Durchführungsschwierigkeiten stieße. Es bestünde die Gefahr, dass ein Nachweis zumindest im Einzelfall aus technischen Gründen misslänge. Allein die Erhöhung des Stromsteuersatzes insgesamt, d.h. auch im Inland, und die Einführung von Vergütungs- bzw. Erstattungsregelungen für allen nicht mittels Kernbrennelementen erzeugten Strom behandelte inländisch produzierten und importierten Strom gleich. Diese Variante erscheint allerdings kaum durchführbar – der Verwaltungsaufwand wäre schlicht zu hoch.<sup>122</sup> Aus primärrechtlicher Sicht kommt daher allein eine Kernbrennstoffsteuer ohne Grenzsteuerausgleich in Betracht. Die damit verbundene steuerliche Benachteiligung inländischer

---

<sup>118</sup> Zum Begriff der Verbrauchsteuer *Jutta Förster*, Die Verbrauchsteuern, 1985, S. 19 ff.; *Harald Jatzke*, Das System des deutschen Verbrauchsteuerrechts, 1997, S. 36 ff.

<sup>119</sup> Der Bund verfügt über die Ertragskompetenz aus Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG, damit über die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 105 Abs. 2 Alt. 1 GG. Zudem liegen die von Art. 105 Abs. 2 Alt. 2 GG geforderten Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG vor. S. *Joachim Wieland*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Erhebung einer Kernbrennstoffsteuer, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, März 2002, S. 59 und zu den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG *Bodo Pieroth* in *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 72 Rdnr. 22. Ausführlich zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer Kernbrennstoffsteuer *Waldhoff/von Aswege*, Kernenergie (Fn. 1), S. 52 ff. (zitiert nach Manuskript) m.w.N.

<sup>120</sup> *Wieland*, Kernbrennstoffsteuer (Fn. 119), S. 18.

<sup>121</sup> *Wieland*, Kernbrennstoffsteuer (Fn. 119), S. 36 f.

<sup>122</sup> *Wieland*, Kernbrennstoffsteuer (Fn. 119), S. 18 f., 38 ff.

Kraftwerksbetreiber (sog. Inländerdiskriminierung) erweist sich aus EG-rechtlicher Sicht, genauer Art. 18 AEUV, als unproblematisch.<sup>123</sup>

## **E. Verfassungsrechtliche Probleme einer konsensualen Vereinbarung**

Als problematisch erweist sich weiterhin die Verfassungsmäßigkeit des angestrebten konsensualen Vorgehens zwischen Staat und EVU zur Vorbereitung einer formellen Novellierung des AtG.

### **I. Rechtsnatur und Bindungswirkung des angestrebten Konsenses**

Rechtsnatur und Bindungswirkung des angestrebten Konsenses stellen die Weichen für die verfassungsrechtliche Analyse:

Als abgrenzendes Kriterium zwischen rechtsverbindlichem Vertrag und bloß faktischer, gerichtlich nicht durchsetzbarer Absprache dient der Rechtsbindungswille von Bundesregierung und EVU.<sup>124</sup> Der Inhalt der Vereinbarung (die Bundesregierung stellt eine Laufzeitverlängerung in Aussicht; die EVU erklären sich im Gegenzug zur Abschöpfung daraus resultierender [Sonder-] Gewinne bereit) spricht für einen Austauschvertrag („do ut des“).<sup>125</sup> Aus Gründen der Planungssicherheit, insbesondere der Absicherung einer Gewinnbeteiligung des Bundes und der immensen wirtschaftlichen Bedeutung der Vereinbarung insgesamt scheint es nahe zu liegen, dass beide Parteien an rechtsverbindlichen Verpflichtungen interessiert sind.<sup>126</sup> Dass die Bundesregierung vorliegend als ein am Verfassungsleben unmittelbar beteiligter Rechtsträger auftritt und die in Aussicht gestellte Maßnahme (Vorbereitung eines Gesetzgebungsverfahrens durch detaillierte Festlegung des Gesetzesinhalts) auch in ihrer Eigenschaft als Verfassungsorgan vornehmen muss, erweist sich dabei jedoch als problematisch. Das in Rede stehende Rechtsverhältnis wäre *verfassungsrechtlicher* Natur. Einer rechtsverbindlichen Absprache fehlte es schon an der Rechtsgrundlage. Insbesondere §§ 54 ff. VwVfG – die Regeln über den Verwaltungsvertrag – fänden auf die Vereinbarung keine Anwendung. Zudem drängt sich die Verfassungswidrigkeit jedenfalls einer rechtlich verbindlichen Verpflichtung der Bundesregierung zur Novellierung des AtG auf.<sup>127</sup> Die Folge der Verfassungswidrigkeit kann zwar nicht pauschal über den Rechtscharakter der zu Grunde liegenden Absprache entscheiden<sup>128</sup>, es ist jedoch anzunehmen, dass die Bundesregierung – gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden – die Vereinbarung mit den EVU zumindest nicht *sehenden Auges* in einer verfassungswidrigen Weise schließen will.<sup>129</sup> Vorliegend geht daher die *tatsächliche* Interessenslage der Parteien dahin, eine bloß faktische Bindung herbeizuführen. Die EVU sind sich insbesondere darüber im Klaren, dass ein Konsens nach einem politischen Machtwechsel und einer Ablösung der Bundesregierung hin-

<sup>123</sup> *Wieland*, Kernbrennstoffsteuer (Fn. 119), S. 34 f.

<sup>124</sup> Dies gilt im Privat- wie im öffentlichen Recht, vgl. *Frank Schorkopf*, Die ‚vereinbarte‘ Novellierung des Atomgesetzes, NVwZ 2000, S. 1111 (1112). Allgemein zum Rechtsbindungswillen als Abgrenzungskriterium *Jürgen Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 69. Aufl., 2010, Einf. v. § 145 Rdnr. 1 f.; *Christian Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 69. Aufl. 2010, Einl. v. § 241 Rdnr. 7; *Utz Schliesky*, in: Knack/Henneke (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2010, vor § 54 Rdnr. 40.

<sup>125</sup> Vgl. *Schorkopf*, Novellierung (Fn. 124), S. 1112.

<sup>126</sup> Vgl. *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), 2005, S. 231, 242. Der Koalitionsvertrag spricht explizit davon, dass „die Vereinbarung [...] für alle Beteiligten Planungssicherheit gewährleisten“ müsse (Fn. 2, S. 30).

<sup>127</sup> Vgl. *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 261 ff. Zur Nichtigkeit sog. echter Normsetzungsverträge im Verwaltungsrecht *Willy Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 148 ff.

<sup>128</sup> *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 241.

<sup>129</sup> Vgl. *Christine Langenfeld*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, DÖV 2000, S. 929 (936); *Schorkopf*, Novellierung (Fn. 124), S. 1112.

fällig wäre. Zur Regelung der Laufzeitverlängerungen wird lediglich eine politische, d.h. rechtlich nicht bindende Absprache geschlossen.<sup>130</sup>

Die Vereinbarung entfaltet gleichwohl, wie von den Parteien angestrebt, faktische Bindungswirkung: gegenüber den Beteiligten (Vereinbarungstreue) und „nachgeschaltet“ gegenüber dem Parlament bei der gesetzlichen Umsetzung. Fehlte jegliche Bindungswirkung, käme ein Konsens zwischen Bundesregierung und Betreibern schließlich gar nicht erst zustande. Eine realitätsnahe Betrachtung sowie die Parallelität zum ersten Atomkonsens legen die faktische Bindung als Funktionsbedingung der informalen Absprache frei. Die Beteiligten erwarten, dass der gefundene Konsens nicht folgenlos bleiben wird<sup>131</sup>; die Bundesregierung steht „politisch im Wort“<sup>132</sup>. Die erwartungsgemäße schriftliche Fixierung des Konsenses entfaltet insoweit eine gewisse Symbolkraft. Die Regierung muss als Verhandlungspartner gewährleisten, dass die von ihr zugesagten Entscheidungen vereinbarungsgemäß umgesetzt werden. Es bedarf nicht nur der Einbringung eines entsprechenden Gesetzentwurfes seitens der Bundesregierung, sondern weitergehend einer entsprechenden Novellierung des AtG. Der Konsens soll „normprägend“<sup>133</sup> auf das AtG einwirken. Die schnelle und widerspruchslose „Ratifikation“ im formellen Gesetzgebungsverfahren ist Erfolgsbedingung der Konsensrunde.<sup>134</sup> Die Regierung wird auf das gesamte Parlament entsprechenden politischen Druck ausüben, die ausgehandelte Norm im Bundestag nicht inhaltlich zu diskutieren, sondern den absprachekonformen Regierungsentwurf unverändert zu verabschieden.<sup>135</sup> Das mühsam erzielte Verhandlungsergebnis soll nicht auseinander brechen: Die auf Gegenseitigkeit und Tauschgerechtigkeit beruhende Absprache würde gegenstandslos, wenn die ausgehandelte Gesetzesinitiative nicht unverändert den Bundestag passierte. Eine erneute offene Debatte im Parlament wäre überdies nicht vom Verständnis der Öffentlichkeit getragen. Sie wird sich des Eindrucks nicht erwehren können, Probleme seien bereits einvernehmlich gelöst worden. Es liegt nahe, dass die Bundesregierung die staatlichen Mehreinnahmen durch Beteiligung an Zusatzgewinnen der Betreiber als politischen Erfolg propagieren wird. Der Bundestag würde die von ihm mehrheitlich getragene Bundesregierung politisch bloßstellen, wenn er das Gesetz nicht wie von der Bundesregierung ausgehandelt verabschiedete. Dies gilt umso mehr, als in Folge ihres politisch brisanten Inhalts von einer großen Öffentlichkeitswirkung der Vereinbarung auszugehen ist.<sup>136</sup>

---

<sup>130</sup> Im Ergebnis auch *Matthias Ruffert*, Entformalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, DVBl. 2002, S. 1145 (1148). A.A. *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 240-243.

<sup>131</sup> Vgl. *Michael Kloepfer*, Rechtsfragen zur geordneten Beendigung gewerblicher Kernenergienutzung in Deutschland, DVBl. 2007, S. 1189 (1191); *Langenfeld*, Rahmenbedingungen (Fn. 129), S. 937; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, Berlin, 1984, S. 86 f.

<sup>132</sup> BVerfGE 104, 249 (277) – Sondervotum *Udo di Fabio/Rudolf Mellinghoff*.

<sup>133</sup> Begriffsklärung bei *Michael*, kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 44.

<sup>134</sup> *Julia von Blumenthal*, Auswanderung aus den Verfassungsinstitutionen, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage 43/2003, S. 9 (13); *Birthe Pasemann/Stefan Baufeld*, Verfassungsrecht und Gesetzgebung auf Grundlage von Konsensvereinbarungen, ZPR 2002, S. 119 (123).

<sup>135</sup> Hierauf weist die Parallelität zum ersten Atomkonsens hin. Damals sollte etwaigen Vorschlägen zur Modifizierung bzw. Ergänzung durch das Parlament von vornherein der Boden entzogen werden: Bei der Billigung des Konsenses auf einem Parteitag der Grünen am 23./24. Juni 2000 hielt der Bundesumweltminister Trittin: „*Nachverhandlungen [...] für ausgeschlossen*“. Die Fraktionsvorsitzende der Grünen im Bundestag Müller äußerte, es gebe „*nur diesen oder keinen Ausstieg*“. Bundeskanzler Schröder erklärte bei der Unzerzeichnung des Konsenses den bevorstehenden Gesetzgebungsprozess für determiniert („*Mit den soeben geleisteten Unterschriften haben wir uns abschließend darauf verständigt, die Nutzung der Kernenergie geordnet zu beenden.*“) und übte Ratifizierungsdruck auf die an der Gesetzgebung beteiligten Organe aus („*Und wenn ich Umsetzung sage, meine ich das auch, weil wir die Vereinbarung so umsetzen werden, wie wir sie getroffen haben.*“). Zum Entstehungsprozess des ersten Atomkonsenses *Michael*, kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 105-125 (Zitate auf S. 121 u. 123) m.w.N.

<sup>136</sup> Vgl. *Michael*, kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 453; *Pasemann/Baufeld*, Konsensvereinbarung (Fn. 134), S. 120.

## II. Konsensbildung als funktionelle Gesetzgebung: zuständigkeits- und verfahrensrechtliche Anforderungen des Grundgesetzes

Die Bundesregierung wählt mit dem angestrebten Konsens eine Handlungsform, die den beabsichtigten Handlungserfolg zwar durch Einwirkung auf den formellen Gesetzgebungsprozess, aber außerhalb des rechtlich formalisierten Verfahrens zu erreichen sucht. In der eröffneten Kategorie des informalen Staatshandelns<sup>137</sup> fehlen explizite Regelungen zur Herbeiführung normprägender Absprachen zwischen Exekutive und privater Wirtschaft. Die Konsenssuche im Vorfeld des formellen Gesetzgebungsverfahrens stößt als Phänomen der Informalisierung und Entparlamentarisierung dennoch auf (verfassungs-)rechtliche Grenzen. Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Regierung auch in ihrem tatsächlichen Handeln an die gesetzlichen Vorschriften und (verfassungs-)rechtlichen Grundsätze. Dies erscheint angesichts der dargestellten faktisch-politischen Bindungen plausibel.<sup>138</sup>

Es ist fraglich, ob ein seitens der Bundesregierung mit den Betreibern geschlossener normprägender Konsens mit den zuständigkeits- und verfahrensrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes vereinbar ist.<sup>139</sup>

### 1. Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG): Fehlende Organkompetenz der Bundesregierung?

Der angestrebte Abschluss einer normprägenden informalen Absprache zur Vorbereitung einer Novellierung des AtG lässt sich einer funktionell verstandenen rechtsetzenden Gewalt im weiteren Sinne zuordnen.<sup>140</sup> Aus kompetenzieller Sicht steht das Handeln der Bundesregierung insofern mit dem Grundgesetz in Einklang, als „die Erzeugung und Nutzung von Kernenergie zu friedlichen Zwecken“ gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfällt (Verbandskompetenz). Fraglich ist, ob die Bundesregierung über die erforderliche Organkompetenz verfügt.

#### a) Abgrenzung: Gesetzesinitiativrecht (Art. 76 Abs. 1 Var. 1 GG) und Gesetzesbeschlussrecht (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG)

Dies erscheint insoweit problematisch, als der Bundesregierung in Art. 76 Abs. 1 Var. 1 GG zwar ein Gesetzesinitiativrecht zugewiesen wird, Gesetzesbeschlüsse gem. Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG jedoch der Bundestag fasst. Anders ausgedrückt: Die Exekutive hat die Macht, ein Gesetzgebungsverfahren einzuleiten, über Inhalt und Erlass eines Gesetzes entscheidet hingegen das Parlament. Zwischen einer dem Gesetzesinitiativrecht unterfallenden zulässigen regierungsinternen Vorbereitung der parlamentarischen Ermessensentscheidung und ihrer unzulässigen Vorwegnahme muss daher eine Abgrenzung getroffen werden.

<sup>137</sup> Der Konsens fällt in diesem Zusammenhang durch Atypizität auf: Während sich informale öffentlich-rechtliche Absprachen i.d.R. entweder durch ein gesetzesverzichtendes Element auszeichnen bzw. im Stadium des Gesetzesvollzugs anzusiedeln sind und auf Verwaltungsaufgaben beschränken, wird die Regierung vorliegend zur gesetzesvorbereitenden Absprache als Verfassungsorgan in ihrer staatsleitenden Funktion tätig. Vgl. Klaus Ritgen, in: Knack/Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 9. Aufl. 2010, vor § 9 Rdnr. 8; Schorkopf, *Novellierung* (Fn. 124), S. 1112 f.

<sup>138</sup> Vgl. Langenfeld, *Rahmenbedingungen* (Fn. 129), S. 937; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Auflage, 2009, § 15 Rdnr. 21.

<sup>139</sup> Materiale Positionen spielen demgegenüber angesichts des erheblichen inhaltlichen Spielraums politischer Entscheidungen eine untergeordnete Rolle – Martin Morlok, *Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?*, in: *VVDStRL 62* (2003), S. 37 (58). Auf die Verletzung des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG durch die Verlagerung des Zentrums der politischen Entscheidung in die vor-/außerparlamentarische Informalität kann vorliegend nicht eingegangen werden. Ein etwaiger normvollziehender Charakter des Vereinbarungsinhalts könnte außerdem zu einem Eingriff in die Wahrnehmungskompetenzen der Länder im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung führen, Art. 30, 85, 87c GG. Hierzu Waldhoff/von Aswege, *Kernenergie* (Fn. 1), S. 67 f. (zitiert nach Manuskript).

<sup>140</sup> Zur Einordnung normprägender Absprachen als rechtsetzender Gewalt vgl. Michael, *kooperierender Verfassungsstaat* (Fn. 3), S. 229-234.

Im regierungsinternen Verfahren zur Vorbereitung von Gesetzesentwürfen ist der nicht-öffentliche Kontakt mit Interessensvertretern als späteren Normadressaten explizit vorgesehen, §§ 22 ff. GGO II. Die Bundesregierung verfügt über die Möglichkeit, betroffene partikuläre Interessen zur Sicherung der Sachangemessenheit normativer Regelungen durch Gespräche und Stellungnahmen zu ermitteln. Eine politische Einflussnahme auf die Bundesregierung ist möglich.<sup>141</sup> Jedoch ist zum einen nur vom Kontakt mit Vertretungen und Verbänden, nicht den betroffenen Unternehmen selbst, die Rede. Zum anderen geht das Aushandeln eines Gesetzesentwurfs mit den späteren Normadressaten über deren Interessensermittlung zur Normvorbereitung deutlich hinaus.<sup>142</sup> Vorliegend kommt es zwar nicht zum offenen Formenmissbrauch – zur Novellierung des AtG bedarf es weiterhin eines formellen Gesetzesbeschlusses –, das Parlament kann seine (wenn auch normativ ungebundene) Gestaltungskraft aber nicht aktivieren. Es verliert in Folge der angestrebten informalen Vorabverständigung mit den EVU nicht nur jeglichen Entscheidungsspielraum (alle zu regelnden Fragen sind bereits entschieden), es besteht weitergehend ein „Ratifikationszwang“. Die eigentliche Sachentscheidung wird aus dem parlamentarischen Verfahren hinausverlagert, d.h. dem formellen Gesetzesbeschluss fehlt weitgehend sein materielles Substrat.<sup>143</sup> Die parlamentarische Letztentscheidung droht zur Farce zu werden und vermag damit auch keine ausgleichenden Vorwirkungen im Rahmen der informalen Konsensfindung zu entwickeln.<sup>144</sup> Mag auch eine verfassungsrechtliche Vermutung für die Autorschaft und Verantwortlichkeit der Abgeordneten bestehen, sie wäre vorliegend widerlegt.<sup>145</sup> Diese „Aushöhlung“ der Gesetzgebungskompetenz und des damit untrennbar verknüpften Gestaltungsmandats des Bundestags sprengt die das Gesetzesinitiativrecht der Bundesregierung flankierenden Kompetenzen.<sup>146</sup>

*b) Rechtfertigung der parlamentarischen Zwangslage analog Art. 59 Abs. 2 GG?*

Eine bloß „formale“ Gesetzgebung ist in der parlamentarischen Demokratie aber nicht zwangsläufig verfassungswidrig. Das vorliegende Verfahren erinnert an den Abschluss

<sup>141</sup> *Helmut Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis der Gesetzgebung, Berlin, 1988, S. 281. Vgl. auch *Dederer*, Korporative Staatsgewalt (Fn. 3), S. 84 ff.; *Hans-Detlef Horn*, Verbände, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 41 Rdnr. 47 f.

<sup>142</sup> Schon die damit einhergehende freiwillige Selbstbindung des Gesetzesinitiativrechts seitens der Bundesregierung erscheint problematisch. Zu den Möglichkeiten vertraglicher Selbstbindung *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 266-279. Vgl. auch *Langenfeld*, Rahmenbedingungen (Fn. 129), S. 936; *Schorkopf*, Novellierung (Fn. 124), S. 1113.

<sup>143</sup> Vgl. *von Blumenthal*, Auswanderung (Fn. 134), S. 10; *Hans-Jürgen Papier*, Eine Rede gegen die Selbstentmachtung des Parlaments, FAZ v. 31. Januar 2003, S. 8; *Ruffert*, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1148 f.; *Schorkopf*, Novellierung (Fn. 124), S. 1113; *Schulze-Fielitz*, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 136, 139 f.

<sup>144</sup> Anderer Ansicht *von Blumenthal*, Auswanderung (Fn. 134), S. 10 ff.; *Morlok*, Informalisierung (Fn. 139), S. 79 („Die Notwendigkeit, mit einer Entscheidung das Nadelöhr des Parlaments zu passieren, prägt stark die informale Entwicklung.“). Sie lassen eine differenzierte Betrachtung vermissen. Die angenommenen Vorwirkungen gelten – wenn überhaupt – nur für die parlamentarische Mehrheit. Deren Interessen laufen mit denen der Regierung aber i.d.R. konform. Ein späteres Auflehnen des Parlaments ist unwahrscheinlich. Das Grundgesetz erkennt diese Abhängigkeitsbeziehungen im parlamentarischen System zwar an (realistisches Parlamentsverständnis), spricht aber auch der Opposition Rechte zu und fordert eine offene parlamentarische Debatte. Minderheitenrechte sind für die Demokratie konstitutiv. Vgl. *Joachim Wieland*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 62 (2003), S. 83.

<sup>145</sup> A.A. *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 281, 285; *Matthias Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 62 (2003), S. 7 (18 f.); *Morlok*, Informalisierung (Fn. 139), S. 79; *Ruffert*, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1149 f., 1151, 1154. Sie stellen auf die nach wie vor bestehende *rechtliche* Freiheit des Parlaments ab, einem paktierten Gesetzesvorhaben zuzustimmen bzw. ein solches abzulehnen. Vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage anlässlich der Einmalzahlung der Pharmaindustrie an die gesetzlichen Krankenversicherungen für den Verzicht einer Kostensenkung für bestimmte Arzneimittel im „Arzneimittelausgaben-Begrenzungs-gesetz“, BT-Drucksache 14/8685, S. 4.

<sup>146</sup> Vgl. *Paul Kirchhof*, Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung, NJW 2001, S. 1332 (1332 f.); *Michael*, kooperativer Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 453 f.; *Schorkopf*, Novellierung (Fn. 124), S. 1113 f. Anderer Ansicht *Langenfeld*, Rahmenbedingungen (Fn. 129), S. 938; *Kloepfer*, Beendigung (Fn. 131), S. 1193.

völkerrechtlicher Verträge, im Rahmen derer die politische Beratung und Konsensfindung auch funktional außerhalb des Parlaments stattfindet. Die Zustimmung der Gesetzgebungsorgane bezieht sich gem. Art. 59 Abs. 2 GG auf das Vertragswerk im Ganzen, ohne dem Parlament Änderungsmöglichkeit einzuräumen.<sup>147</sup> Die Rechtfertigung eines durch den Koalitionsvertrag in Aussicht genommenen, jeder materiellen Substanz entbehrenden Parlamentsbeschlusses zur Änderung des AtG analog Art. 59 Abs. 2 GG scheidet aber jedenfalls an der fehlenden Vergleichbarkeit der verfassungsrechtlichen Ausgangslagen.<sup>148</sup> Die hier nach informeller exekutiver Vorabverständigung drohende parlamentarische Zwangslage geht über die Einschränkung der Gestaltungsmacht des Parlaments beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge hinaus: Der Bundestag ist nicht nur auf Ablehnung oder Zustimmung beschränkt, er wird zur bloßen „Absegnung“ des außerparlamentarischen Einigungswerks gedrängt. Die Anwendung des Art. 59 Abs. 2 GG setzt darüber hinaus die verfassungsrechtlich fundierte Kompetenz der Bundesregierung voraus, normprägend tätig zu werden. Die verfassungsrechtliche Sondersituation muss die Gestaltungsmacht der Bundesregierung und spiegelbildlich den Ausschluss parlamentarischer Gestaltungsmöglichkeiten bedingen. Im völkerrechtlichen Bereich ist die „Kooperationskompetenz“ der Bundesregierung als originäre Gestaltungsbezugnis der auswärtigen Beziehungen verfassungsrechtlich anerkannt, vgl. Art. 32 Abs. 3 GG. Im Falle der informellen „nach innen“ kooperierenden Regierung belegen demgegenüber Art. 77 Abs. 1 Satz 1 und Art. 80 GG, dass eine originäre verfassungsrechtliche „Kooperationskompetenz“ nicht besteht.

*c) Vergleich: Der Vermittlungsausschusses als „Nebengesetzgeber“*

Einen Ausweg aus der Falle der Verfassungswidrigkeit könnte schließlich der Vergleich zum Vermittlungsausschuss weisen: Der Bundestag befindet sich auch bei Abstimmungen über Einigungsvorschläge des Vermittlungsausschusses in einer Art. 59 Abs. 2 GG vergleichbaren Zwangslage, ohne dass eine analoge Anwendung der Vorschrift in Rede steht. Der Bundestag kann Vorschläge des Vermittlungsausschusses nur ablehnen oder annehmen. Eine Debatte ist grundsätzlich ausgeschlossen, insbesondere Anträge zur Sache sind nicht zulässig (§ 10 Abs. 2 Satz 3 GO VermAussch).<sup>149</sup> Der entscheidende Unterschied zur informellen Vorprägung des Gesetzgebungsverfahrens liegt aber darin, dass der Vermittlungsausschuss erst nach einer regulären parlamentarischen Debatte tätig wird. Das Bundesverfassungsgericht sieht dies zur Wahrung der Organkompetenz aus Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG als entscheidend an: Um die Gesetzgebungszuständigkeit und Verantwortlichkeit des Bundestags nicht zu verfälschen, dürfe der Vermittlungsausschuss nur in den Grenzen des Anrufungsbegehrens und zwischen (im Bundestag und -rat) bereits förmlich beratenen Regelungsalternativen vermitteln. Einer Entparlamentarisierung der Gesetzgebung und Verkürzung des Gesetzgebungsverfahrens sei entgegenzuwirken. Der Vermittlungsausschuss sei nicht Entscheidungsorgan, sondern gebe bloß Empfehlungen für Entscheidungen (durch die Gesetzgebungsorgane, d.h. Bundestag und rat) ab.<sup>150</sup> Verwehrt das Bundesverfassungsgericht aber einem innerparlamentarischem Organ die Anmaßung einer Rolle als „Nebengesetzgeber“, muss dies für die außerparlamentarische Konsensfindung durch die Exekutive, die eine Debatte im Plenum gänzlich vermissen lässt, erst recht gelten. Die angestrebte informelle Konsensfindung zur Vorprägung einer No-

<sup>147</sup> Vgl. etwa *Moris Lehner*, Die Rolle des Parlaments beim Zustandekommen von Doppelbesteuerungsabkommen, in: *Steuern im Verfassungsstaat*. Symposium zu Ehren von Klaus Vogel, 1996, S. 95 ff.; *Martin Nettesheim*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung*, Stand: 54. Lfg. Januar 2009, Art. 59 Rdnr. 147. Zum Vergleich der parlamentarischen Zwangslage beim Atomkonsens I mit der Ratifikation völkerrechtlicher Verträge *Schorkopf*, *Novellierung* (Fn. 124), S. 1113.

<sup>148</sup> Vgl. *Michael*, kooperativer Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 454 f. *Becker* scheut eine Rechtfertigung analog Art. 59 Abs. 2 GG explizit nur im Falle einer rechtsverbindlichen Verpflichtung der Bundesregierung zum Erlass eines bestimmten Gesetzes, nicht im Falle der faktischen Vorabbindung des Parlaments – Normsetzung (Fn. 3), S. 264 f., 282 f.

<sup>149</sup> *Thomas Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 5. Aufl. 2009, Art. 77 Rdnr. 31.

<sup>150</sup> BVerfGE 101, 297 (306 f.); 120, 56 (73 ff.); BVerfG, Beschluss v. 8.12.2009 – 2 BvR 758/07, Rdnr. 54 ff.

velle des AtG verletzt daher die Organkompetenz des Bundestags aus Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG.<sup>151</sup> Informale Strukturen überspielen die grundgesetzliche Gewaltenteilung. Dies erscheint angesichts ihres freiheitsschützenden Charakters<sup>152</sup> höchst problematisch.

## 2. Formenmissbrauch als Kehrseite kompetenzrechtlicher Anmaßung

Kehrseite der dargestellten kompetenziellen Sicht, der Anmaßung legislativer Befugnisse, ist der Formenmissbrauch seitens der Bundesregierung. Der Bund entzieht sich durch die Umgehung der formellen Gesetzgebung auch der Formenstrenge und Verfahrenseinbindung (rechts-)staatlichen Handelns. Sowie der Staat die Bahn des Formal-Verfassungsrechtlichen zur Durchsetzung politischer Ziele verlässt, verzichtet er auf Maß und Berechenbarkeit eines formellen Parlamentsbeschlusses und die Legitimations- und Befriedungswirkung des formellen Gesetzgebungsverfahrens. Die Verfassung verliert an rationalisierender Kraft für den politischen Prozess. Die informale quasi-vertragliche Verständigung mit den Normbetroffenen ruft den Eindruck hervor, staatliche Verfügungsmacht könne ausgehandelt werden.<sup>153</sup>

## 3. Verletzung des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG)

Es liegt nahe, dass die außerparlamentarische Konsensfindung darüber hinaus zu einer Relativierung des erforderlichen Legitimations- und Verantwortungszusammenhangs staatlicher Entscheidungen führt. Eine Verletzung des Demokratieprinzips lässt sich jedenfalls nicht pauschal mit dem Hinweis, „Staatsgewalt“ i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG meine nur Handeln mit Entscheidungswirkung, die demokratisch legitimierten Organe – insbesondere das Parlament – gäben vorliegend die formale Letztentscheidung aber nicht aus der Hand, aus dem Weg räumen.<sup>154</sup> Eine solch oberflächliche Betrachtung würde der dargestellten faktischen Bindungswirkung des mit den EVU angestrebten Atomkonsenses nicht gerecht.

### a) „Verwischung“ von Verantwortungszusammenhängen

In der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes übt das Volk die von ihm konstituierte Staatsgewalt durch besondere Organe (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), zuvörderst das Parlament aus. Letzterem wird Verantwortung auf Zeit übertragen, seine Legitimation im Rahmen von Wahlen regelmäßig aktualisiert. Wahlen dienen der Interessensvermittlung zwischen Regierten und Regierenden. Sie eröffnen dem Wähler die Möglichkeit, die Abgeordneten zur

---

<sup>151</sup> Eines Rückgriffs auf die Verfassungsorgantreue als ungeschriebene Verpflichtung der Verfassungsorgane, sich in ihrem Verhältnis zueinander über die positiv festgestellten Befugnisse hinaus von wechselseitiger Rücksichtnahme leiten zu lassen, bedarf es daher nicht – a.A. *Schorkopf*, Novellierung (Fn. 124), S. 1113. Ein Verstoß wird angesichts der Verletzung geschriebenen Verfassungsrechts (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG) aber „erst recht“ anzunehmen sein. *Becker* lehnt nicht nur die Verletzung geschriebenen Verfassungsrechts, sondern auch einen Verstoß gegen die Verfassungsorgantreue bei paktierten Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung ab. Er konstatiert lediglich eine hieraus erwachsende Informationspflicht der Bundesregierung gegenüber dem Parlament – Normsetzung (Fn. 3), S. 282 ff. Zur verfahrensmäßigen Einbindung des Parlaments in die informale außerparlamentarische Konsensfindung s.u. Die Befürchtung *Kloepfers*, alle nachdrücklichen politischen Einflussnahmen durch die Bundesregierung seien angesichts dieses Ergebnisses als mit der Gewaltenteilung unvereinbar anzusehen, ist unrealistisch. Die Aushandlung eines normprägenden Konsenses mit den Normbetroffenen und dessen faktische Bindungswirkung nimmt eine Sonderstellung ein – *ders.*, Beendigung (Fn. 131), S. 1193.

<sup>152</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 141 f. Siehe auch *Michael Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20 Rdnr. 81.

<sup>153</sup> Vgl. *Dieter Grimm*, Verbände, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 15 Rdnr. 12; *Hans-Günter Henneke*, in: *Knack/Henneke* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2010, vor § 35 Rdnr. 23; *Paul Kirchhof*, Mittel staatlichen Handelns, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 99 Rdnr. 157 ff.; *Ruffert*, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1146; *Schorkopf*, Novellierung (Fn. 124), S. 1114; *Schulze-Fielitz*, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 134. Grundlegend auch *Christian Graf von Pestalozza*, Formenmissbrauch des Staates, 1973, S. 107 ff.

<sup>154</sup> A.A. *Ruffert*, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1150. Vgl. auch *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 281.



Rechenschaft zu ziehen. Dieses durch das Bild der Legitimationskette veranschaulichte Prinzip funktioniert jedoch nur im Falle nachvollziehbarer Verantwortungszusammenhänge. Entscheidungen müssen zurechenbar, transparent und öffentlich getroffen werden. Insbesondere das Plenum des Bundestags erweist sich als Ort der öffentlichen Debatte (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG) und Forum der Integration unterschiedlicher Standpunkte für die Verbindung von Wahlvolk und politischem Prozess als unentbehrlich.<sup>155</sup> Die Entmachtung des Parlaments durch Konsensbildung im Vorfeld der gesetzgeberischen Entscheidung führt demgegenüber zur Verminderung der Durchschaubarkeit des politischen Prozesses: Die Konsensherstellung vollzieht sich unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Aufgrund des informalen Charakters der Absprache bestehen gar Schwierigkeiten, die Beteiligten exakt zu benennen.<sup>156</sup> Die informale Konsensbildung genügt damit weder selbst den Anforderungen eines parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens noch ist sie im Nachgang für die Abgeordneten im Bundestag nachvollziehbar.<sup>157</sup> Darauf ist sie auch gar nicht angelegt; das Zustandekommen des Konsenses ist gerade durch Nichtöffentlichkeit bedingt.<sup>158</sup> Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob die sich anschließende erheblich verkürzte parlamentarische Debatte, die sich auf die Absegnung des Ergebnisses informaler Verständigung im Vorfeld beschränkt (Einschränkung der Kontrolle als Parlamentsfunktion), Partizipation vermitteln kann.<sup>159</sup> Durch die Abkürzung des Verfahrens im Bundestag wird erneut die (parlamentarische) Öffentlichkeit und damit die Sichtbarkeit politischer Verantwortung gegenüber den Bürgern erheblich eingeschränkt. Dies erscheint umso problematischer, als die Verknüpfung aus faktischer Vorabbindung, d.h. politischer Weichenstellung außerhalb des Parlaments, und der Notwendigkeit eines formellen Parlamentsbeschlusses unter Verzicht einer materiell fundierten Verantwortungszuweisung die politischen Verantwortlichkeiten verwischt.<sup>160</sup> Weitergehend droht die Einbeziehung Privater in die Gesetzgebung die Differenz von staatlicher Kompetenz und gesellschaftlicher Entscheidungsfindung, d.i. die formale Trennung von Rechtsetzern und Rechtsunterworfenen in der repräsentativen Demokratie, grundsätzlich kurzzuschließen.<sup>161</sup>

### *b) Herstellung politischer Ungleichheit*

Demokratie bedeutet Herrschaft des *ganzen* Volkes (vgl. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG). Sie baut auf der Gleichheit der Bürger auf, d.h. es bestehen grundsätzlich gleiche Partizipationsmöglichkeiten.<sup>162</sup> Die Beteiligung der EVU am Konsens geht über die verfassungsgemäße und gesetzlich vorgesehene Verbändebeteiligung gem. § 24 Abs. 1 GGO II hinaus. Die EVU sind als ausgewählte Verhandlungspartner paritätisch an einer Entscheidungsfindung beteiligt, die sich normprägend auf das anschließende Gesetzgebungsverfahren auswirkt – sie strukturieren die parlamentarische Entscheidung vor bzw. nehmen diese gar vorweg.<sup>163</sup> Betreiberinteressen

<sup>155</sup> Michael Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz., 5. Aufl. 2009, Art. 20 Rdnr. 18, 28, 31, 35-38. Siehe auch Ruffert, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1152; Wolfgang Graf Vitzthum, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 89.

<sup>156</sup> Michael, kooperativer Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 84.

<sup>157</sup> Das Bundesverfassungsgericht bekräftigte erst kürzlich, dass eine parlamentarische Debatte nach Struktur und Umfang bestimmte Anforderungen erfüllen müsse. Es sei erforderlich, dass sich die Abgeordneten verantwortlich mit nachvollziehbaren Vorschlägen im Gesetzgebungsverfahren auseinandersetzen. Dies erfordere insbesondere hinreichende Information. (BVerfG, Beschluss v. 8.12.2009 – 2 BvR 758/07, Rdnr. 61 f.) Informale Strukturen und Vorstöße haben demgegenüber nur begrenzt Bestand!

<sup>158</sup> Schulze-Fielitz, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 96, 134 ff.

<sup>159</sup> von Blumenthal, Auswanderung (Fn. 134), S. 12; Wolfgang Mantl, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 101 f.; Papier, Selbstentmachtung (Fn. 143), S. 8; Georg Ress, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 103.

<sup>160</sup> Vgl. Schulze-Fielitz, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 136 f.

<sup>161</sup> Michael, kooperativer Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 235; Schorkopf, Novellierung (Fn. 124), S. 1114; Schulze-Fielitz, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 68, 139. Vgl. auch Grimm, Verbände (Fn. 153), Rdnr. 10.

<sup>162</sup> Michael Sachs, Grundgesetz (Fn. 155), Rdnr. 11, 16, 19.

<sup>163</sup> Vgl. Papier, Selbstentmachtung (Fn. 143), S. 8.

wirken dadurch in das Verfahren staatlicher Willensbildung hinein und gewinnen bestimmenden, überproportionalen Einfluss auf die dem Parlament vorenthaltene Sachentscheidung. Ihr verfassungsrechtlich vorgesehener Einfluss auf die Rechtsetzung (Lobbyismus) schlägt in eine Beteiligung an der rechtsetzenden Gewalt um. Die EVU bzw. deren Akteure erhalten eine zweifache Partizipationschance, als „Wahlbürger“ sowie als Betroffene.<sup>164</sup> Eine Verbreiterung der demokratischen Legitimationsbasis ist damit nicht verbunden: Die EVU sind zum einen nicht in den Legitimations- und Verantwortungszusammenhang des Grundgesetzes integriert. Zum anderen findet kein Ausgleich ihrer Betreiberinteressen durch die Einbeziehung weiterer Interessensvertreter statt.<sup>165</sup> Eine Ausrichtung auf durch den Konsens betroffene Gemeinwohlinteressen, die einer offenen parlamentarischen Diskussion und Abstimmung zu Eigen ist, wird in der Folge verhindert.<sup>166</sup> Die Problematik verschärft sich, wenn man bedenkt, dass nur vier Unternehmen in Deutschland Atomkraftwerke betreiben (RWE, E.ON, Vattenfall und EnBW). Die in Aussicht genommenen informellen Verhandlungen prämiieren diejenigen Interessen, die ohnehin mächtig sind. Eine neue Privilegienstruktur wird geschaffen.<sup>167</sup> Nicht zuletzt zieht „auch die Exekutive Vorteile aus der ‚Bargaining-Situation‘“<sup>168</sup> und versucht partikulare Interessen durchzusetzen. Die Beteiligung der Betreiber am Konsens als faktischer Vorprägung eines Gesetzesvorhabens führt zu einem Einfluss auf die Staatsgewalt, der mit dem egalitär ausgestalteten Demokratieprinzip kaum vereinbar ist.

### c) Widerspruch zur Wesentlichkeitstheorie

Die Entmachtung des Parlaments erscheint angesichts dessen zentraler Stellung im System der parlamentarischen Demokratie umso fragwürdiger. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Parlament als einziges unmittelbar demokratisch legitimes Organ verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, etwa im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.<sup>169</sup> Der Staat bewegt sich im Rahmen seines energiepolitischen Handelns innerhalb eines konkreten verfassungsrechtlichen Ziel- und Handlungsrahmens.<sup>170</sup> Die angestrebte Laufzeitverlängerung von Atomkraftwerken berührt ob ihrer Sicherheitsrelevanz zuvörderst die Schutzpflicht des Staates für Leib und Leben seiner Bürger aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Sie führte zum Fortbestand der Betriebsgenehmigungen bestehender Atomkraftwerke und ist damit auch eigentumsrechtlich relevant (Art. 14 GG).<sup>171</sup> Dem Ausstieg aus der zivilen Nutzung von Kernenergie würde in seiner 2002 beschlossenen Totalität der Rücken gekehrt. Zumindest die „normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie [obliegt] [...] wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheits- und Gleichheitsbereich [aber als] [...] grund-

<sup>164</sup> von Blumenthal, Auswanderung (Fn. 134), S. 11; Michael, kooperativer Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 45, 235. Vgl. auch Dederer, Korporative Staatsgewalt (Fn. 3), S. 281 ff.

<sup>165</sup> Morlok, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 62 [2003], S. 113.

<sup>166</sup> Vgl. Dederer, Korporative Staatsgewalt (Fn. 3), S. 349 ff., 362 ff.; Grimm, Verbände (Fn. 153), Rdnr. 11 f. (Dieter Grimms Ausführungen beziehen sich auf die Kooperation des Staates mit Verbänden. Seine Bedenken gelten bei der Konzentration auf einige wenige Unternehmen umso mehr.); Papier, Selbstentmachtung (Fn. 143), S. 8; Mantl, Diskussionsbeitrag (Fn. 159), S. 101; Fritz W. Scharpf, Versuch über Demokratie im verhandelnden Staat, in: Czada/Schmidt (Hrsg.), Verhandlungsdemokratie, Interessenvermittlung, Regierbarkeit, 1993, S. 25 (37). Den fehlenden Ausgleich partikularer Interessen verkennt von Blumenthal (Fn. 134), S. 12.

<sup>167</sup> Vgl. Dieter Grimm, Das Grundgesetz nach 50 Jahren – Versuch einer staatsrechtlichen Würdigung, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Bewährung und Herausforderung Die Verfassung vor der Zukunft, 1999, S. 39 (57).

<sup>168</sup> Vgl. Morlok, Informalisierung (Fn. 139), S. 76.

<sup>169</sup> Statt vieler BVerfGE 49, 89 (126); Papier, Selbstentmachtung (Fn. 143), S. 8; Sachs, Grundgesetz (Fn. 155), Rdnr. 38.

<sup>170</sup> Konrad Kruis, Der gesetzliche Ausstieg aus der „Atomwirtschaft“ und das Gemeinwohl, DVBl. 2000, S. 441 (442-446); Langenfeld, Rahmenbedingungen (Fn. 129), S. 930.

<sup>171</sup> Langenfeld, Rahmenbedingungen (Fn. 129), S. 932.

*legende und wesentliche Entscheidung*“ dem Gesetzgeber.<sup>172</sup> Eine „entmaterialisierte“ Parlamentsentscheidung kann diese Legitimation grundsätzlich nicht schaffen: Der bei wesentlichen Entscheidungen bestehende Parlamentsvorbehalt ist nicht nur rechtsstaatlich, sondern auch demokratisch motiviert. Das Demokratieprinzip aber fordert die effektive Mitwirkung des Parlaments nicht nur angesichts seiner aus dem grundgesetzlichen Prinzip der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 GG) erwachsenden zentralen Stellung, sondern insbesondere vor dem Hintergrund der spezifischen Leistungen des Gesetzgebungsverfahrens, der Gewährleistung von Öffentlichkeit und Interessensausgleich. Die vorangehenden Überlegungen zur Gewaltenteilung (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG) sowie eine Art. 42 Abs. 1 Satz 1 und 38 Abs. 1 GG in den Blick nehmende systematische Auslegung verdeutlichen, dass der Parlamentsvorbehalt nicht nur als Entscheidungs-, sondern auch als Beratungs- und Gestaltungsvorbehalt verstanden werden muss.<sup>173</sup> Die informale Konsensbildung im Vorfeld ist auch nicht durch Sachgründe, insb. die Komplexität der Regelung einer Laufzeitverlängerung gerechtfertigt. Es geht um politische Wertungen. Sie zu treffen, ist in der Sache allein das Parlament berufen.<sup>174</sup>

#### 4. *Kompensation der Verlagerung in die Informalität?*

Die dargestellten Störungen der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung sowie die Einbußen in der Qualität des demokratischen Verfahrens („Input-Legitimation“) können nicht durch eine Steigerung der Effektivität und Qualität staatlichen Handelns („Output-Legitimation“)<sup>175</sup> ausgeglichen werden. Bereits die Möglichkeit der Effizienzsteigerung staatlichen Handelns durch informale Konsensbildung erscheint zweifelhaft.<sup>176</sup> Jedenfalls zwingt das grundgesetzliche Demokratieprinzip (Zentralität des Parlaments), zwischen grundsätzlich zulässigen, die innerparlamentarische Willensbildung flankierenden informalen Regeln („innerparlamentarischer Informalität“) und der Auslagerung parlamentarischer Entscheidungsbefugnisse („außerparlamentarische Informalität“) zu differenzieren. „Außerparlamentarische Informalität“ begründet im Gegensatz zu notwendiger, die tatsächlichen Handlungsbedingungen des Parlamentarismus<sup>177</sup> in den Blick nehmender und in das Parlament integrierter Arbeitsteilung „die Gefahr, dass das das Parlament überrollt wird [...] und [...] am Ende den Geruch von Inkompetenz und Entscheidungsschwäche annimmt“<sup>178</sup>. Nicht zuletzt erweist sich die kompensierende Berücksichtigung der „Output-Legitimation“ als Kriterium der sachlichen Richtigkeit staatlicher Entscheidungen als Zirkelschluss – schließlich bestimmt hierüber in einer Demokratie das Parlament. Das Parlament aber muss wiederum ordnungsgemäß legitimiert sein (= Frage der „Input-Legitimation“).

<sup>172</sup> BVerfGE 49, 89 (127). Vgl. auch BVerfGE 53, 30 (56); *Monika Böhm*, Atomrecht im Wandel – Von der staatlichen Förderung zum Ausstieg, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, Berlin, 2001, S. 667 (682); *Kay Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 87 c Rdnr. 5.

<sup>173</sup> A.A. *Ruffert*, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1152 f. Er sieht grds. die legislative Letztentscheidung des Parlaments als ausreichend auch zur Sicherung des Parlamentsvorbehalts an. Vgl. auch *Becker*, der unter Verweis auf Art. 59 Abs. 2 GG darauf abstellt, dass Qualität und Intensität der parlamentarischen Debatte auch bei der bloßen Zustimmung zu ausgehandelten „Gesetzgebungspakten“ gewahrt seien – Normsetzung (Fn. 3), S. 307 f.

<sup>174</sup> Vgl. *Matthias Herdegen*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 115; *Pasemann/Baufeld*, Konsensvereinbarung (Fn. 134), S. 123.

<sup>175</sup> Zur Berücksichtigung einer ausdifferenzierten Legitimationstheorie im Rahmen der Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen *Christoph Engel*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 88.

<sup>176</sup> Vgl. *Grimm*, Grundgesetz (Fn. 167), S. 54; *Herdegen*, Informalisierung (Fn. 145), S. 15; *Papier*, Selbstentmachtung (Fn. 143), S. 8. A.A. *von Blumenthal*, Auswanderung (Fn. 134), S. 14.

<sup>177</sup> *Martin Morlok* betont gegenüber einer idealisierenden Parlamentskritik den „Realismus des Grundgesetzes“ – Informalisierung (Fn. 139), S. 65 f. Vgl. auch *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 285.

<sup>178</sup> *Josef Isensee*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), S. 90 f.

Unaufgebbaren Bindungen des grundgesetzlichen Gewaltenteilungsgrundsatzes resp. Demokratieprinzips kann auch nicht auf verfahrensrechtlichem Wege durch Beteiligungs- und Kontrollmöglichkeiten von Parlament sowie betroffenen gesellschaftlichen Gruppen Rechnung getragen werden.<sup>179</sup> Angesichts des diametralen Gegensatzes der Eigenart informaler Absprachen und verfassungsrechtlicher Vorgaben erscheint ein vollständiger Ausgleich der aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehenden Defizite nicht möglich. Eine durchgehende Formalisierung bzw. Verrechtlichung informaler Absprachen droht vielmehr deren Vorteile aufzuheben, ohne einen entsprechenden Bedarf zu senken. Bestehender Kooperationsbedarf würde sich anderweitig Bahn brechen und neue Formen der Informalität verlagerten sich bloß vor.<sup>180</sup> Im konkreten Fall der Aushandlung eines verzögerten Atomausstiegs kommt eine „Ausgleichslösung“ zudem von vornherein nicht in Betracht. Eine Grundsatzentscheidung über die zeitlichen Grenzen der zivilen Nutzung von Kernenergie steht im Raum. Das Bedürfnis flexiblen staatlichen Handelns, das etwa dem Umweltbereich angesichts der Dynamik des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts zu Eigen ist, geht ihr strukturell ab. An den Geldzahlungen der EVU haftet der Geruch des Ausverkaufs von Hoheitsrechten. Vertrauensverluste kann nur die Öffentlichkeit des Parlaments verhindern. Die Wesentlichkeitslehre fordert detaillierte parlamentarische Regelungen, die jedenfalls über blasse, im Rahmen abgeschwächter Beteiligungsmöglichkeiten formulierte Leitlinien und eine rein reaktive Kontrolle hinausgehen: Die Konfliktbeladenheit des Sachbereichs streitet für höchstmögliche Integration und einen materiell-fundierte Gesetzesbeschluss.<sup>181</sup>

## F. Ergebnis

Im Ergebnis ist ein finanzverfassungsrechtlich zulässiger Weg zur Abschöpfung durch Laufzeitverlängerungen erzielter Zusatzgewinne nicht ersichtlich. Die in Aussicht genommene rechtliche Zweckbindung des Abgabenaufkommens zur Förderung erneuerbarer Energien steigert die verfassungsrechtlichen Bedenken. Die alternative Erhebung einer *allgemeinen* Kernbrennstoffsteuer wäre – im Falle der Inkaufnahme von Inländerdiskriminierung – hingegen mit verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben vereinbar. Ein weiterer „Atomkonsens“ erweist sich schließlich nicht nur als „Störfaktor“ im grundgesetzlichen System der Gewaltenteilung, sondern strapaziert auch Grundfragen der parlamentarischen Demokratie. Seine verfassungspolitischen Auswirkungen jedenfalls wären verheerend.

---

<sup>179</sup> Vgl. zu dieser Überlegung *Grimm*, Verbände (Fn. 153), Rdnr. 19, 21 ff.; *Herdegen*, Informalisierung (Fn. 145), S. 10 u. 18.; *Michael*, kooperierende Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 455 f.; *Pasemann/Baufeld*, Konsensvereinbarung (Fn. 134), S. 123; *Ruffert*, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1153. *Fritz W. Scharpf*, verhandelnder Staat (Fn. 166), S. 42 f.

<sup>180</sup> *Becker*, Normsetzung (Fn. 3), S. 281; *Grimm*, Verbände (Fn. 153), Rdnr. 21; *ders.*, Grundgesetz (Fn. 167), S. 59; *Schulze-Fielitz*, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 146.

<sup>181</sup> Zu den Anforderungen und der flexiblen Handhabung des Wesentlichkeitskriteriums *Michael*, kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 491-495.