

## **Rechtliche Konsequenzen der Nichteinhaltung der Maßgabe der 3. Teilgenehmigung des FRM-II zur Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Uran-235-Anreicherungsgrad**

Gutachten im Auftrag der Bayerischen Landtagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, des Umweltinstituts München e.V., des Bund Naturschutz in Bayern e.V. sowie der Bürger gegen Atomreaktor Garching e.V.

### **Zusammenfassung**

*Der Forschungsreaktor München II (FRM-II) wird von der Technischen Universität München mit hochangereichertem Uran 235 betrieben. In dem Reaktor kommt bis heute hochangereichertes Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung zum Einsatz. Hierbei handelt es sich um atomwaffenfähiges Material.*

*Die 3. Teilgenehmigung der atomrechtlichen Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde, des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt- und Verbraucherschutz, für den FRM-II vom 2. Mai 2003 enthält die Maßgabe zur Umrüstung des FRM-II auf einen Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad (höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung) bis spätestens 31. Dezember 2010.*

*Diese Genehmigungsmaßgabe betrifft unmittelbar den Betrieb des FRM-II und unmittelbar den Bestand und die Wirksamkeit der 3. Teilgenehmigung. Es handelt sich um eine Inhaltsbestimmung der 3. Teilgenehmigung.*

*Diese Inhaltsbestimmung wird nicht eingehalten. Eine Umrüstung ist nicht erfolgt. Sie soll offenbar auch künftig nicht erfolgen.*

*Verstößt der Betreiber einer Anlage gegen eine Inhaltsbestimmung, betreibt er die Anlage ungenehmigt. Das durchgeführte Vorhaben ist nicht von der Genehmigung gedeckt, damit (jedenfalls) formell illegal und von der Behörde auf ordnungsrechtlicher Grundlage genau so zu untersagen, als wenn gar keine Genehmigung vorläge.*

*So liegt es hier. Der über den 31. Dezember 2010 hinaus bis heute unveränderte Betrieb des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung erfolgt ungenehmigt.*

*Der Technischen Universität München hätte es freigestanden, rechtzeitig vor Ablauf des 31. Dezember 2010 ein atomrechtliches Genehmigungsänderungsverfahren zu beantragen mit dem Ziel, eine atomrechtliche Genehmigung zu erhalten, die einen Betrieb des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit einer Uran-235-Anreicherung von über 90 Prozent über den 31. Dezember 2010 hinaus gestattet. Das Bayerische Staatsministerium für Umwelt- und Verbraucherschutz hätte im Rahmen eines solchen Genehmigungsänderungsverfahrens sodann das Forschungsinteresse mit dem Proliferationsrisiko und anderen aus dem Betrieb des Atomreaktors resultierenden Risiken abwägen müssen.*

*Das ist nicht geschehen.*

*Das Bayerische Staatsministerium für Umwelt- und Verbraucherschutz hat deshalb den weiteren Betrieb des FRM-II mit Brennstoff mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung auf Grundlage des Atomgesetzes zu untersagen. Die atomrechtliche Bundesaufsicht, das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, hat darauf gegebenenfalls entsprechend hinzuwirken.*

Sollte eine Umrüstung des FRM-II entsprechend der Genehmigungsmaßgabe tatsächlich objektiv unmöglich sein, wäre darüber hinaus die Nichtigkeit der 3. Teilgenehmigung von Amts wegen durch das Bayerische Staatsministerium für Umwelt- und Verbraucherschutz festzustellen.

### **1. Betrieb des FRM-II mit Brennstoff mit über 90 Prozent Uran-235-Anreicherung**

Der Forschungsreaktor München II (FRM-II) wird mit hochangereichertem Uran 235 betrieben. In dem Reaktor kommt dabei bis heute hochangereichertes Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung zum Einsatz. Hierbei handelt es sich um atomwaffenfähiges Material.<sup>1</sup>

Entsprechend einer Genehmigungsmaßgabe der 3. Teilgenehmigung vom 2. Mai 2003 hätte der Reaktor aus Gründen des Proliferationsrisikos bis spätestens 31. Dezember 2010 auf Brennstoff mit einem abgesenkten Anreicherungsgrad (höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung) umgerüstet werden müssen. Das ist nicht geschehen. Eine Umrüstung ist nicht erfolgt. Sie steht offenbar auch künftig nicht an.

Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist deshalb die Prüfung von Bestand und Wirksamkeit der am 2. Mai 2003 für den Betrieb des

---

<sup>1</sup> Für Atomwaffen wird in der Regel eine Anreicherung von 90 Prozent und mehr verwendet. Eine geringere Anreicherung als 90 Prozent kann zwar grundsätzlich ausreichend sein: In der Hiroshimabombe wurde Uran einer mittleren Anreicherung von etwa 80 Prozent verwendet, ein größerer Anteil des Urans war sogar nur auf 60 Prozent angereichert. Erst bei einer Anreicherung von unter 20 Prozent Uran 235 wird nicht mehr von einer Atomwaffentauglichkeit ausgegangen. Je höher die Anreicherung ist, desto weniger technisch anspruchsvoll ist aber die Verwendbarkeit für Atomwaffen und desto weniger Material ist notwendig, siehe etwa *Liebert et al.* (Institut für Sicherheits- und Risikowissenschaften, Universität für Bodenkultur, Wien), Gutachterliche Stellungnahme zum Forschungsreaktor München II im Auftrag des Nationalen Begleitgremiums, 2017, S. 30, unter Verweis auf *Glaser, IANUS*, Technische Universität Darmstadt, Beratung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Rahmen des Genehmigungsverfahrens Forschungsreaktor München II (FRM-II). Enderbericht für die Arbeitspakete A1.1 und A2.1 - Proliferation.

Reaktors erteilt 3. Teilgenehmigung sowie die Frage des (un)genehmigten Betriebs des FRM-II in Anbetracht der nicht erfolgten Umrüstung.

Gegenstand des Rechtsgutachtens ist nicht die Bewertung des (früheren oder heutigen) Proliferationsrisikos oder die Bewertung der Umrüstungsmöglichkeit in tatsächlicher Hinsicht. Beides ist für die Frage des gegenwärtigen (un)genehmigten Betriebs nicht relevant.

## **2. Akteure**

Der FRM-II wird von der Technischen Universität München betrieben. Das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst<sup>2</sup> ist die zuständige Fach- und Rechtsaufsichtsbehörde der Technischen Universität München.

Das Bayerische Staatsministerium für Umwelt- und Verbraucherschutz<sup>3</sup> ist die zuständige Landesbehörde, die das Atomrecht im Auftrag der Bundes als atomrechtliche Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde in Bayern ausführt (vgl. Art. 85 Grundgesetz (GG), § 24 Abs. 1 S. 1 Atomgesetz (AtG)). Atomrechtliche Bundesaufsicht ist das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit.

Das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat keine atomrechtliche Aufsichts- oder Genehmigungskompetenz.

## **3. Umrüstungsvereinbarung und 3. Teilgenehmigung**

Der Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst,<sup>4</sup> dieses vertreten durch die Technische Universität München, beantragte im Mai 1999 die Erteilung einer 3.

---

<sup>2</sup> Ehemals: Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst.

<sup>3</sup> Ehemals: Bayerisches Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen.

<sup>4</sup> Ehemals: Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst.

Teilgenehmigung zum Betrieb des FRM-II beim Bayerischen Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz.<sup>5</sup>

Nach Antragstellung traf der Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst,<sup>6</sup> mit dem Bund, dieser vertreten durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung, eine Vereinbarung darüber, dass der FRM-II spätestens bis zum 31. Dezember 2010 von Brennstoff mit hoher Anreicherung auf Brennstoff mit höchstens 50 Prozent-Anreicherung-Uran-235 umgerüstet wird.

Mit der *Vereinbarung über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung* wurde eine entsprechende Umrüstungsverpflichtung festgeschrieben. In der Vereinbarung zwischen Bund und Land heißt es:

*„(1) Der Freistaat Bayern erklärt sich bereit, bis spätestens zum 31.12.2010 den Betrieb des FRM-II von Brennstoff mit hoher Anreicherung auf Brennstoff mit 40 bis 50 % Uran-235 Anreicherung umzurüsten.*

*(2) ...*

*(3) Der Freistaat Bayern wird rechtzeitig die notwendigen Schritte zur Genehmigung der Umrüstung des Reaktors einleiten. Nach Vorliegen der Genehmigung wird der Freistaat Bayern unverzüglich mit der Umrüstung des FRM-II beginnen.“*

Diese Vereinbarung wurde am 25. Oktober 2001 paraphiert, also vorläufig verbindlich, und sodann am 30. Mai 2003 von den zuständigen Ministern endgültig verbindlich unterzeichnet.

---

<sup>5</sup> Ehemals: Bayerisches Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen.

<sup>6</sup> Ehemals: Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst.

Am 2. Mai 2003 erteilte das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz<sup>7</sup> der Technischen Universität München nach § 7 AtG die 3. Teilgenehmigung zum Betrieb des FRM-II.<sup>8</sup>

Die 3. Teilgenehmigung legt den Inhalt der *Vereinbarung über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung* zugrunde und nimmt im Rahmen der Ermessensausübung zudem auf mehrere Gutachten und Berichte zu Fragen der tatsächlichen Umrüstungsmöglichkeit sowie des Proliferationsrisikos<sup>9</sup> Bezug.

Unter Ziffer III. 9. enthält die 3. Teilgenehmigung die folgenden „Inhalts- und Nebenbestimmungen“.

*„III. Inhalts- und Nebenbestimmungen*

*9. Proliferationsvorsorge*

*9.1 Das StMLU ist über ein Verfahren zur Vergabe eines Auftrages zur Entwicklung eines Brennstoffs mit höchstens 50 % Uran-235 Anreicherung und von mit diesem Brennstoff bestückten Brennelementen durch den Freistaat Bayern, die Erteilung eines solchen Auftrags sowie regelmäßig über den Projektfortschritt zu unterrichten. Die vorgesehene Leistungsbeschreibung, Vergabeunterlagen und Vertragsbedingungen sind dem StMLU*

---

<sup>7</sup> Ehemals: Bayerisches Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen.

<sup>8</sup> Teilgenehmigung zum Betrieb der Hochflussneutronenquelle München in Garching (FRM-II), Az. 93b - 8812.2-2000/1-8; Genehmigungsinhaberin war zunächst auch die Siemens AG, ihr gegenüber war die Genehmigung aber auf die Dauer der nuklearen Inbetriebnahme einschließlich des Betriebs über den ersten Brennelementezyklus beschränkt.

<sup>9</sup> Vgl. Genehmigungsbescheid S. 53, dort werden Gutachten bzw. Studien unter anderem von Roßnagel sowie von Bunn/Holdren/Wier, Securing Nuclear Weapons and Material: Seven steps for immediate action, Mai 2002 und Civiak, Closing the Gaps, Securing High Enriched Uranium in der Former Soviet Union and Eastern Europe, Mai 2002, sowie der Bericht der Expertenkommission beim Bundesministerium für Bildung und Forschung vom Juni 1999 und die Stellungnahme der Interdisziplinären Arbeitsgruppe Naturwissenschaft, Technik und Sicherheit (IANUS), aufgeführt.

*spätestens einen Monat vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu übermitteln, jedoch nicht später als zum 1. April 2004. Die weiteren Berichte sind dem StMLU jährlich bis zum 31. Dezember vorzulegen. In dem bis zum 31. Dezember 2004 vorzulegenden Bericht sowie den nachfolgenden Berichten ist unter Berücksichtigung des internationalen Forschungs- und Entwicklungsstands bei Brennstoffen mit abgesenktem Anreicherungsgrad insbesondere über den im Projekt erreichten Entwicklungsstand, die Möglichkeiten der Beschleunigung des Entwicklungsprogramms und die zu erwartenden Konsequenzen für die kerntechnische Auslegung des Brennelements zu berichten sowie ein Zeitplan für eine fristgerechte Umrüstung des FRM-II auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad spätestens bis zum 31. Dezember 2010 vorzulegen.*

*9.2 Die erforderliche Genehmigung zur Umrüstung und zum Betrieb des Reaktors mit einem dem internationalen Forschungs- und Entwicklungsstand entsprechenden Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad von höchstens 50 % Uran-235 Anreicherung ist unter Beifügung der nach § 7 Abs. 1, 2 und 4 AtG i.V.m. § 3 AtVfV zur Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen erforderlichen Unterlagen so rechtzeitig zu beantragen, dass die Umrüstung auch unter Berücksichtigung der Dauer des Zulassungsverfahrens spätestens zum 31. Dezember 2010 abgeschlossen ist.*

*9.3. Die Umrüstung ist unverzüglich nach Vorliegen der erforderlichen Genehmigung vorzunehmen.“*

Die 3. Teilgenehmigung wurde seitens der Technischen Universität München nicht vor Gericht beklagt.

Seit 2005 befindet sich der Reaktor auf Grundlage der 3. Teilgenehmigung im nuklearen Routinebetrieb.

Im Oktober 2010 trafen der Bund, wiederum vertreten durch das

Bundesministerium für Bildung und Forschung, und der Freistaat Bayern, wiederum vertreten durch die Fach- und Rechtsaufsicht der Technischen Universität München, eine weitere Vereinbarung „zur Anpassung der Vereinbarung vom 30. Mai 2003 über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 % Uran-235-Anreicherung“.

Sie „vereinbarten“, den Zeitpunkt der Umrüstung auf Grund „objektiver Unerfüllbarkeit“ in 2010 auf den 31. Dezember 2018 zu verschieben. Sollte auch bis dahin keine Umrüstung nach dem dann erreichten Stand von Wissenschaft und Technik möglich erscheinen, würden sich die Parteien über eine neue Terminsetzung verständigen. Die Parteien seien sich nach der Anpassungsvereinbarung einig, dass der FRM-II bis zum Termin der Umrüstung weiterhin mit hochangereichertem Uran 235 betrieben werden müsse.

An dieser „Anpassungsvereinbarung“ waren weder die atomrechtliche Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde des Landes noch die atomrechtliche Bundesaufsicht beteiligt.

Ein Genehmigungs(änderungs)verfahren zum weiteren Einsatz von hochangereichertem Uran mit über 90 Prozent Uran-235-Anreicherung über 2010 hinaus gab es nicht, eine Genehmigung zum weiteren Einsatz dieses Brennstoffs soll offenbar auch künftig nicht beantragt werden.

Eine Umrüstung ist - siehe oben - bis heute nicht erfolgt.

#### **4. Auffassung der Betreiberin bzw. des Bayerischen Wissenschaftsministeriums**

Die Technische Universität München und das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst als deren Fach- und Rechtsaufsicht sehen sich an die Genehmigungsmaßgabe zur Umrüstung auf einen Brennstoff mit abgesenkten Anreicherungsgrad nicht (mehr) gebunden:

Nach Auffassung der Bayerischen Staatsministerin für Wissenschaft und



Kunst gebe es bislang keinen qualifizierten hochdichten Uranbrennstoff mit Anreicherung unter 50 Prozent Uran 235, der unter den Belastungsbedingungen von Hochleistungsreaktoren kontrolliertes und damit akzeptierbares Schwellverhalten aufweise und ferner die Bedingungen der industriellen Herstellbarkeit erfülle. Aus diesem Grund sei bis heute noch kein Brennstoff für die Umrüstung des FRM-II auf eine niedrigere Anreicherung (< 50 Prozent) qualifiziert. Die Vorgabe der 3. Teilgenehmigung sei damit aktuell nach dem weltweiten Stand von Wissenschaft und Technik nicht zu erfüllen.<sup>10</sup>

Die wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse der vergangenen Jahre, die in intensiven internationalen Forschungsarbeiten gewonnen worden seien, hätten gezeigt, dass die Auflage in der Betriebsgenehmigung, mit der die Technische Universität München zu einer Umrüstung des Reaktors zum 31. Dezember 2010 verpflichtet worden sei, von vornherein auf eine weltweit objektiv unmögliche Handlung gerichtet gewesen sei, die zu dem festgelegten Zeitpunkt aus tatsächlichen Gründen niemand hätte ausführen können. Unter Berücksichtigung von Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG gehe die Staatsregierung davon aus, dass die Auflage in der Betriebsgenehmigung – auch für den später zwischen Bund und Land vereinbarten Umrüstungszeitpunkt 31. Dezember 2018 – keine Rechtswirkung mehr entfalte. Für einen Widerruf der Genehmigung bestehe kein Anlass. Anträge auf Änderung der atomrechtlichen Genehmigung wegen einer veränderten Urananreicherung seien nicht gestellt worden.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Antwort der Bay. Staatsministerin für Wissenschaft und Kunst vom 17. April 2018 auf die schriftliche Anfrage von Abgeordneten der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen vom 21. Februar 2018; siehe auch Süddeutsche Zeitung vom 20. Juli 2018, Streit um hochangereichertes Uran in Forschungsreaktor München II sowie zuvor bereits die Antwort des Bay. Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 17. Februar 2011 auf die schriftliche Anfrage eines Abgeordneten der SPD, LT-Drs. 16/7473.

<sup>11</sup> Antwort der Bay. Staatsministerin für Wissenschaft und Kunst vom 17. April 2018 auf die schriftliche Anfrage von Abgeordneten der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen vom 21. Februar 2018; siehe auch Süddeutsche Zeitung vom 20. Juli 2018, Streit um hochangereichertes Uran in Forschungsreaktor München II sowie zuvor bereits die Antwort des Bay. Staatsministeriums für Wissenschaft,

Diese Auffassung der Fach- und Rechtsaufsicht der Technischen Universität München als Betreiberin des FRM-II ist mit der 3. Teilgenehmigung vom 2. Mai 2003 und dem geltenden Verfahrens- und Atomrecht nicht vereinbar:

## 5. Inhalts- und Nebenbestimmungen

Ziffer III. der 3. Teilgenehmigung enthält - siehe oben - „Inhalts- und Nebenbestimmungen“.

Inhaltsbestimmung und Nebenbestimmung sind nicht identisch. Inhalts- und Nebenbestimmungen sind vielmehr voneinander abzugrenzen.<sup>12</sup> Sie haben unterschiedliche Voraussetzungen und sind mit unterschiedlichen Rechtsfolgen verbunden.

Das bedeutet, die Konsequenzen von Verstößen gegen bzw. der Nichterfüllung von Inhalts- und Nebenbestimmungen der 3. Teilgenehmigung hängen davon ab, ob es sich bei den dortigen Maßgaben im Einzelnen um Inhaltsbestimmungen der Genehmigung oder um Nebenbestimmungen handelt.

Die von der Behörde gewählte Begrifflichkeit ist für die Einstufung nicht entscheidend. Für die Identifizierung einer Regelung als Inhalts- oder Nebenbestimmung kommt es nicht auf die Bezeichnung an, sondern auf ihre rechtliche Funktion, die gegebenenfalls unabhängig von der benutzten Ausdrucksweise im Genehmigungsbescheid zu ermitteln ist.<sup>13</sup> Ob eine Genehmigungsvorgabe als Inhaltsbestimmung oder Nebenbestimmung anzusehen ist, hängt vom objektiven Erklärungsgehalt der Genehmigung ab.<sup>14</sup>

---

Forschung und Kunst vom 17. Februar 2011 auf die schriftliche Anfrage eines Abgeordneten der SPD, LT-Drs. 16/7473.

<sup>12</sup> Siehe auch § 10 Abs. 5 S. 2 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) sowie *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 93.

<sup>13</sup> *Tiedemann*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), *Beck-Onlinekommentar VwVfG*, 42. Ed. 1. Januar 2019, § 36 Rn. 2; *Jarass*, *BImSchG*, 12. Aufl. 2017, § 12 Rn. 7.

<sup>14</sup> *Jarass*, a.a.O., § 12 Rn. 7; *Mann*, in: *Landmann/Rohmer* (Hrsg.), *Umweltrecht*, 88. EL September 2018, *BImSchG*, § 12 Rn. 66.

Wird - wie hier in der 3. Teilgenehmigung - in einem Bescheid nicht ausdrücklich zwischen Inhaltsbestimmungen und Nebenbestimmungen differenziert, ist der Charakter der einzelnen Vorgaben ebenfalls durch Auslegung der konkreten Genehmigung zu bestimmen. Dabei ist entscheidend auf die intendierten Rechtsfolgen abzustellen, soweit diese aus dem Genehmigungsbescheid erkennbar sind.<sup>15</sup> Es ist folglich eine Gesamtschau der fraglichen Genehmigung vorzunehmen.

#### **a) Inhaltsbestimmung**

Inhaltsbestimmungen einer Genehmigung sind die Elemente der Hauptregelung, die das genehmigte Tun oder Verhalten - entsprechend dem Antrag oder hiervon gegebenenfalls abweichend oder dahinter zurückbleibend - festlegen und konkretisieren, indem sie die genehmigte Handlung bzw. das genehmigte Vorhaben räumlich und inhaltlich (qualitativ und quantitativ) bestimmen und damit „die Genehmigung erst ausfüllen“.<sup>16</sup>

Eine Inhaltsbestimmung fügt der Genehmigung keine zusätzliche Pflicht hinzu, sondern begrenzt und spezifiziert den Genehmigungsgegenstand, auch bei Abweichung vom Genehmigungsantrag.<sup>17</sup>

Eine Inhaltsbestimmung legt also überhaupt erst den Gegenstand und/oder die Grenzen einer Genehmigung, mithin den Inhalt ihrer „Regelung“ im Sinne von § 35 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz

---

<sup>15</sup> *Stelkens*, a.a.O., § 36 Rn. 100.

<sup>16</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Juni 1999, 3 C 20/98, NVwZ-RR 2000, 213; OVG Weimar, Beschluss vom 10. Februar 2015, 1 EO 356/14, juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 14. März 2013, 12 LC 153/11, NVwZ-RR, 2013, 597; OVG Münster, Urteil vom 10. Dezember 1999, 21 A 3481/96, NVwZ-RR 2000, 671; *Stelkens*, a.a.O., § 36 Rn. 93; *Jarass*, a.a.O., § 12 Rn. 7; *Heitsch*, Neben- und Inhaltsbestimmungen bei begünstigenden Verwaltungsakten, DÖV 2003, 367, 368 f.; *Fluck*, Genehmigungszusätze, nachträgliche Anordnungen und Aufhebung der Genehmigung im Immissionsschutzrecht, DVBl 1992, 862, 864.

<sup>17</sup> OVG Weimar, Beschluss vom 10. Februar 2015, 1 EO 356/14, juris; OVG Münster, Urteil vom 10. Dezember 1999, 21 A 3481/96, NVwZ-RR 2000, 671; *Jarass*, a.a.O., § 12 Rn. 6; *Mann*, a.a.O., § 12 Rn. 56.

(VwVfG), fest.<sup>18</sup> Die Inhaltsbestimmung gestaltet die in der Genehmigung enthaltene Regelung inhaltlich aus, sie ist kein eigenständiger Teil des Verwaltungsakts. Eine Inhaltsbestimmung legt fest, was die Genehmigung unmittelbar als solche ausmacht, sie kennzeichnet den Genehmigungsinhalt.<sup>19</sup>

§ 17 Abs. 1 S. 2 AtG schreibt spezialgesetzlich fest, dass atomrechtliche Genehmigungen „zur Erreichung der in § 1 AtG bezeichneten Zwecke inhaltlich beschränkt werden“ können. Inhaltliche Beschränkungen in diesem Sinne sind auch und zunächst Inhaltsbestimmungen, also Elemente der Hauptregelung, die den Gegenstand einer atomrechtlichen Genehmigung unmittelbar inhaltlich begrenzen.

Inhaltsbestimmungen sind nicht selbstständig anfechtbar; die in ihnen liegende Betriebsbeschränkung lässt sich nur mit einer auf ihre Aufhebung oder Änderung zielenden Verpflichtungsklage überwinden.<sup>20</sup>

### **b) Nebenbestimmung**

Nebenbestimmungen treten demgegenüber zu der im Verwaltungsakt ausgesprochenen Hauptregelung hinzu. Es handelt sich um Vorgaben, die nicht die Errichtung und den Betrieb der Anlage unmittelbar, sondern beispielsweise Hilfs- und Informationspflichten oder externe Pflichten betreffen.<sup>21</sup>

Eine Legaldefinition der „Nebenbestimmung“ gibt es nicht. § 36 VwVfG als allgemeine gesetzliche Regelung nennt als zulässige Nebenbestimmungen jedoch Befristungen, Bedingungen, Widerrufsvorbehalt, Auflagen und Auflagenvorbehalt.

Eine Befristung ist eine Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder nur für einen bestimmten Zeitpunkt gilt (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG).

---

<sup>18</sup> Müller, in: Huck/Müller (Hrsg.), VwVfG, 2. Aufl. 2016, § 36 Rn. 2.

<sup>19</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 7 C 8.82, BVerwGE 69, 37, 39.

<sup>20</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 7 C 8.82, BVerwGE 69, 37, 39.

<sup>21</sup> Jarass, a.a.O., § 12 Rn. 8; Fluck, a.a.O., S. 864.

Eine Bedingung ist eine Bestimmung, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG).

Durch eine Auflage wird dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG). Bei einer Auflage handelt es sich um ein mit der Genehmigung verbundenes belastendes Element, durch das dem Genehmigungsinhaber ein Tun, Dulden oder Unterlassen aufgegeben wird.<sup>22</sup> Eine Auflage liegt - in Abgrenzung zur Inhaltsbestimmung - nur vor, wenn deutlich wird, dass die Einhaltung der Vorgaben Bestand und Wirksamkeit der Genehmigung nicht berühren soll.<sup>23</sup>

§ 17 Abs. 1, Abs. 3 AtG ist vorliegend die einschlägige spezialgesetzliche Regelung. Nach § 17 Abs. 1 S. 2 AtG können atomrechtliche Genehmigungen zur Erreichung der in § 1 AtG bezeichneten Zwecke inhaltlich beschränkt und mit Auflagen verbunden werden.

Eine inhaltliche Beschränkung in diesem Sinne kann eine Inhaltsbestimmung (siehe oben 4. a)) oder eine Nebenstimmung in Gestalt einer Bedingung sein. Typisches Beispiel für atomrechtliche Bedingungen sind Freigabebescheide nach § 29 Strahlenschutzverordnung, von deren Erlass in einer atomrechtlichen Genehmigung die Verwendung radioaktiver Stoffe als nichtradioaktive Stoffe abhängig gemacht werden kann.<sup>24</sup>

Eine Befristung ist für atomrechtliche Genehmigungen nach § 7 AtG ausgeschlossen (§ 17 Abs. 1 S. 4 AtG).

Ein in einer atomrechtlichen Genehmigung nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG als Nebenbestimmung festgeschriebener Widerrufsvorbehalt ist zwar nicht unzulässig. Ihm käme auf Grund der gesetzlichen Widerrufsmöglichkeit in § 17 Abs. 3 AtG allerdings keine eigenständige

---

<sup>22</sup> Siehe nur *Stelkens*, a.a.O., § 36 Rn. 83.

<sup>23</sup> VGH Kassel, Beschluss vom 10. April 2014, 9 B 2156/13, juris; *Jarass*, a.a.O. § 12 Rn. 7; *Mann*, a.a.O., § 12 Rn. 115; *Fluck*, a.a.O., S. 864

<sup>24</sup> *Roller*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, 2019, § 17 AtG Rn. 12; *Haedrich*, Atomgesetz 1986, § 17 Rn. 7c.

Bedeutung, sondern lediglich deklaratorischer Charakter zu.<sup>25</sup> Nach § 17 Abs. 3 Nr. 2 AtG können atomrechtliche Genehmigungen widerrufen werden, wenn „eine ihrer Voraussetzungen später weggefallen ist und nicht in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen wird“ oder „wenn gegen die Bestimmungen des Bescheids über die Genehmigung erheblich oder wiederholt verstoßen“ wird (§ 17 Abs. 3 Nr. 3 AtG).

Für den Begriff der atomrechtlichen „Auflage“ im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 2 AtG kann auf die Definition in § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zurückgegriffen werden.<sup>26</sup>

Im Atomrecht kommen als Auflagen etwa organisatorische Maßnahmen<sup>27</sup> oder Informationspflichten<sup>28</sup> in Betracht. Insbesondere die eigenständige Begründung von Informationspflichten als Auflage im Rahmen von Genehmigungen nach § 7 AtG ist in der Praxis üblich.<sup>29</sup>

Selbstständige Nebenbestimmungen - wie die Auflage – enthalten eine eigene Regelungsaussage zusätzlich zu dem Grundverwaltungsakt, sie können einerseits durch den Genehmigungsinhaber selbstständig angefochten und andererseits durch die Verwaltung im Wege der Verwaltungsvollstreckung selbstständig vollstreckt werden.

### **c) Modifizierende Auflage**

Als Sonderfall der Inhaltsbestimmung werden teils die „modifizierende Gewährung/Genehmigung“ und die „modifizierende Auflage“ verstanden, wobei die Begriffsbildung schwankt. Es geht dabei um Fälle, in denen ein begünstigender Verwaltungsakt, insbesondere eine Genehmigung, hinter

---

<sup>25</sup> *Koehl*, Die Umrüstungsverpflichtung in der Betriebsgenehmigung für den neuen Forschungsreaktor Garching (FRM II), BayVBI 2005, 421, 423.

<sup>26</sup> *Roller*, a.a.O., § 17 AtG Rn. 13; *Haedrich*, a.a.O., § 17 Rn. 7c.

<sup>27</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.1.1989, 7 C 31.87, NVwZ 1989, 864, 866 (Neckarwestheim).

<sup>28</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 2.7.2008, 7 C 38/07, NVwZ 2009, 52 (Philippsburg).

<sup>29</sup> *Roller*, a.a.O., Rn. 14; *ders.*, Verpflichtung zum Nachweis der Störfallbeherrschung, Tagungsband 13. Atomrechtssymposium 2008, 127, 136; *Degenhart*, Voraussetzungen der Normierung von Betreiberpflichten zur Störfallbeherrschung, Tagungsband 13. Atomrechtssymposium 2008, 101, 110 f.

dem Antrag zurückbleibt oder hiervon abweicht. Die modifizierende Gewährung bedeutet die (teilweise) Ablehnung der beantragten Begünstigung verbunden mit der Gewährung einer (so nicht beantragten) anderen Begünstigung. Die Inhaltsbestimmung, die diese Antragsabweichung deutlich macht, wird als „modifizierende Auflage“ bezeichnet.<sup>30</sup>

Eine modifizierende Auflage bewirkt demnach eine qualitative Änderung der Gewährung in Bezug auf den Antragsgegenstand.<sup>31</sup> Sie ist keine zu dem eigentlichen Verwaltungsakt hinzukommende selbstständige Regelung, sondern ein Element der Beschreibung des Hauptinhalts des Verwaltungsaktes. Die Modifikation liegt nicht darin, dass dem eigentlichen Verwaltungsakt eine Auflage zugefügt wird, sondern in der abweichenden Beschreibung des Gegenstandes der Genehmigung im Vergleich zum Gegenstand des Antrages.

Der Ausdruck „modifizierende Auflage“ verunklart folglich den Sachverhalt. Es geht richtigerweise um eine modifizierende, nämlich vom Antrag abweichende, Genehmigung und gerade nicht um eine Auflage.<sup>32</sup>

Modifizierende Auflagen sind entgegen ihrer Bezeichnung als „Auflage“ also keine Nebenbestimmungen.<sup>33</sup> Insbesondere erfüllt die modifizierende Auflage nicht die Tatbestandsmerkmale einer Auflage im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Sie schreibt dem Betroffenen nichts vor, wie es die Definition des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG verlangt: Weder die Durchführung des genehmigten Vorhabens noch die nachträgliche Stellung des entsprechend der modifizierten Genehmigung modifizierten Antrags können auf Grund der modifizierenden Auflage durchgesetzt oder vollstreckt werden. Jedoch kann die Durchführung des (so) nicht

---

<sup>30</sup> *Stelkens*, a.a.O., § 36 Rn. 96; geprägt wurde der Begriff der modifizierenden Auflage von *Weyreuther*, Über „Baubedingungen“, DVBl 1969, 295, 297.

<sup>31</sup> BVerwG, Urteil vom 8. Februar 1974, IV C 73.72, DÖV 1974, 380 f.

<sup>32</sup> *Tiedemann*, a.a.O., § 36 Rn. 63.

<sup>33</sup> BVerwG, Urteil vom 8. Februar 1974, IV C 73.72, DÖV 1974, 380 f.; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 36 Rn. 35. *Jarass*, a.a.O., § 12 Rn. 5.

genehmigten Vorhabens nach allgemeinem Ordnungsrecht verhindert werden.<sup>34</sup>

Mit anderen Worten: Modifizierende Auflagen bestimmen den Umfang der Genehmigung, sie prägen den Inhalt der Genehmigung. Es handelt sich bei modifizierenden Auflagen um Inhaltsbestimmungen der Genehmigung.<sup>35</sup>

Modifizierende Auflagen werden daher ebenso wie die „normalen“ Inhaltsbestimmungen nicht von § 36 VwVfG erfasst. Die modifizierende Auflage zieht ihre Besonderheit nur daraus, dass sie nicht vom materiellen Antrag gedeckt ist, und dies wird nur erkennbar, wenn sie vom Antrag aus betrachtet wird.<sup>36</sup>

Als Konsequenz der inhaltlichen Änderung der Genehmigung durch eine modifizierende Auflage kann nur die Genehmigung insgesamt angegriffen werden. Modifizierende Auflagen sind einer selbstständigen Anfechtung nicht zugänglich,<sup>37</sup> es müsste vielmehr auch hier Verpflichtungsklage auf Erteilung einer uneingeschränkten oder weniger eingeschränkten Genehmigung erhoben werden.<sup>38</sup>

Wird von der eingeschränkten bzw. veränderten Genehmigung Gebrauch gemacht, so liegt darin die konkludente nachträgliche Stellung des etwaig erforderlichen Antrags (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG).

#### **d) (Abgrenzungs)Beispiele**

Die Anwendung der dargestellten Abgrenzungskriterien in der Praxis sei anhand folgender Beispiele aus der Rechtsprechung veranschaulicht:

Soll die Einhaltung von Genehmigungsmaßgaben Bestand und Wirksamkeit der Genehmigung berühren, handelt es sich um eine

---

<sup>34</sup> *Stelkens*, a.a.O., § 36 Rn. 98

<sup>35</sup> *Stelkens*, a.a.O., § 36 Rn. 96; *Ramsauer*, a.a.O., § 36 Rn. 35; *Müller*, a.a.O., § 36 Rn. 3; *Roller*, a.a.O., § 17 Rn. 15.

<sup>36</sup> *Stelkens*, a.a.O., § 36 Rn. 96.

<sup>37</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 7 C 8.82, BVerwGE 69, 37, 39.

<sup>38</sup> *Stelkens*, a.a.O. § 36 Rn. 95.



Inhaltsbestimmung, gegebenenfalls in Gestalt einer modifizierenden Auflage (siehe oben). Emissionsbegrenzungen sind danach regelmäßig als Inhaltsbestimmungen zu verstehen.<sup>39</sup> Die Maßgabe beispielsweise zur Einhaltung bestimmter Lärmgrenzwerte ist als Inhaltsbestimmung eingestuft worden.<sup>40</sup>

Ebenso ist die Festlegung zum Einsatz bestimmter Brennstoffe eine Inhaltsbestimmung. Die der Betriebsgenehmigung einer Feuerungsanlage beigefügte „Maßgabe“, nur schwefelarmes Heizöl zu verwenden, prägt den Genehmigungsinhalt und ist deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ausdrücklich keine Nebenbestimmung.<sup>41</sup>

Weitere Beispiele für Inhaltsbestimmungen sind (teils entgegen ihrer ursprünglichen Bezeichnung durch die Behörde) nach der Rechtsprechung: die Regelung, eine Rauch- und Wärmeabzugsanlage einzubauen;<sup>42</sup> die einer Baugenehmigung beigefügte „Auflage“ der Errichtung einer Notleiter;<sup>43</sup> die einer Tankstellenerlaubnis beigefügte „Maßgabe“, ein Gasrückführungssystem einzurichten;<sup>44</sup> die einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid beigefügte „Nebenbestimmung“ über die Voraussetzungen, unter welchen bestimmte Stoffe in der zugelassenen Anlage verarbeitet werden dürfen;<sup>45</sup> die Genehmigungsmaßgabe, eine Pipeline feuerhemmend zu ummanteln;<sup>46</sup> die einer Genehmigung zur Deponieablagerung beigefügte „Nebenbestimmung“, dass eine bestimmte Menge der anfallenden Abfälle anderweitig zu entsorgen, die Ablagerungszulassung also insoweit

---

<sup>39</sup> Jarass, a.a.O., § 12 Rn. 8.

<sup>40</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 4 C 70/80, NVwZ 1984, 366.

<sup>41</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 7 C 8.82, BVerwGE 69, 37, 39.

<sup>42</sup> OVG Münster, Beschluss vom 27. Januar 2000, 10 B 100/00, NVwZ 2000, 1319, 1320.

<sup>43</sup> OVG Münster, Urteil vom 25. August 2010, 7 A 749/09, NVwZ-RR 2011, 47, 50.

<sup>44</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 08. Juni 1993, 10 S 110/92, NVwZ 1994, 709, 710.

<sup>45</sup> OVG Münster, Urteil vom 10. Dezember 1999, 21 A 3481/96, NVwZ-RR 2000, 671, 672.

<sup>46</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 4 C 70/80, NVwZ 1984, 366.

mengenmäßig beschränkt ist.<sup>47</sup>

Als „modifizierende Auflage“ in Abgrenzung zur Auflage im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG sind beispielsweise angesehen worden: die einer Baugenehmigung für einen Wintergarten beigefügte „Maßgabe“, dass die Grenz wand nicht aus Glas bestehen darf;<sup>48</sup> die einer Genehmigung zur Errichtung eines Schornsteins beigefügte „Auflage“, im Innern eine Aufzugsanlage einzubauen;<sup>49</sup> die einer wasserrechtlichen Bewilligung beigefügte „Nebenbestimmung“, das eingeleitete Wasser so zu reinigen, dass gewisse Grenzwerte nicht überschritten werden;<sup>50</sup> die einer Kiesabbaugenehmigung beigefügte „Auflage“, die die spätere Nutzbarkeit des durch den Kiesabbau entstehenden Baggersees beschränkt.<sup>51</sup>

Die Duldung von Begehungen<sup>52</sup> oder die Festlegung von Abschaltzeiten<sup>53</sup> sollen dagegen „echte“ Auflagen nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG darstellen.

#### **e) Konsequenzen bei Verstößen**

Die Unterscheidung von Inhaltsbestimmungen sowie modifizierenden Auflagen einerseits und Auflagen im eigentlichen Sinn andererseits hat Bedeutung nicht nur für die Rechtsschutzmöglichkeiten des Adressaten des Verwaltungsaktes, sondern auch für die Konsequenzen bei Verstößen bzw. Nichterfüllung:

Verstößt der Betreiber einer Anlage gegen eine Inhaltsbestimmung oder gegen eine modifizierende Auflage der Genehmigung, verstößt er nicht gegen eine Auflage, sondern betreibt die Anlage ungenehmigt.<sup>54</sup>

---

<sup>47</sup> OVG Münster, Beschluss vom 18. August 2003, 20 B 233/03, NVwZ 2004, 1384.

<sup>48</sup> OVG Saarlouis, AS RP-S L 14, 239, 240.

<sup>49</sup> OVG Lüneburg, GewArch 1985, 128.

<sup>50</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 23. Juli 1998, 8 3189–96, NVwZ-RR 1999, 431.

<sup>51</sup> VGH München, NVwZ-RR 1990, 553, 554.

<sup>52</sup> OVG Münster, Beschluss vom 06. November 2012, 8 B 441/12, BeckRS 2012, 59579.

<sup>53</sup> OVG Weimar, Beschluss vom 10. Februar 2015, 1 EO 356/14, juris.

<sup>54</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 7 C 8.82, BVerwGE 69, 37, 39.

Das durchgeführte Vorhaben ist nicht von der Genehmigung gedeckt, damit (jedenfalls) formell illegal und kann von der Behörde auf ordnungsrechtlicher Grundlage genau so untersagt werden, als wenn gar keine Genehmigung vorläge.<sup>55</sup> Die Genehmigung selbst bleibt hiervon jedoch unberührt und kann vom Begünstigten nach wie vor in Anspruch genommen werden.<sup>56</sup>

Im Atomrecht ist § 19 Abs. 3 S. 1 AtG die entsprechende Rechtsgrundlage. Die Aufsichtsbehörde kann danach anordnen, dass ein Zustand beseitigt wird, der den Bestimmungen des Bescheids über die Genehmigung widerspricht.

Die Nichterfüllung einer Auflage kann zu deren Vollstreckung durch die Verwaltung führen. Bei nachhaltigen Verstößen kommt ein Widerruf des mit der Auflage versehenen Verwaltungsakts gemäß § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG in Betracht.<sup>57</sup>

Im Atomrecht bestehen für den Widerruf atomrechtlicher Genehmigungen in § 17 Abs. 3 AtG spezialgesetzliche Regelungen. Die atomrechtlichen Widerrufsbestimmungen haben abschließenden Charakter, sodass ein Rückgriff auf die teilweise abweichenden Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes in § 49 VwVfG nicht zulässig ist.<sup>58</sup>

§ 17 Abs. 3 AtG sieht eine Widerrufsmöglichkeit von Genehmigungen nicht nur bei Nichterfüllung von Auflagen, sondern generell dann vor, wenn „gegen ... die Bestimmungen des Bescheids über die Genehmigung ... erheblich oder wiederholt verstoßen ... wird“ (§ 17 Abs. 3 Nr. 3 AtG, siehe oben 5.b)). Weiter kommt ein Widerruf einer atomrechtlichen Genehmigung in Betracht, wenn „eine ihrer Voraussetzungen später weggefallen ist und nicht in angemessener Zeit Abhilfe geschaffen wird“

---

<sup>55</sup> *Stelkens*, a.a.O. § 36 Rn. 94; OVG Saarlouis, AS RP-S L 14, 239, 240; *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 724; *Heitsch*, a.a.O., S. 369.

<sup>56</sup> Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 18. August 2003, 20 B 233/03, NVwZ 2004, 1384, 1385; *Stelkens*, a.a.O. § 36 Rn. 94.

<sup>57</sup> *Tiedemann*, a.a.O., § 36 Rn. 66.

<sup>58</sup> *Roller*, a.a.O., § 17 Rn. 33; *Haedrich*, a.a.O., § 17 Rn. 10; *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 16 R. 203.

(§ 17 Abs. 3 Nr. 2 AtG, siehe oben 5.b)).

Das bedeutet, dass im Atomrecht bei einem Verstoß gegen eine Inhaltsbestimmung der Genehmigung die zuständige Behörde den ungenehmigten Betrieb nicht nur untersagen, sondern darüber hinaus auch (noch) die Genehmigung widerrufen kann.

## **6. Qualität der Genehmigungsmaßgabe zur Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad**

Die 3. Teilgenehmigung führt unter der Überschrift „Inhalts- und Nebenbestimmungen“ unter Ziffer III. mehrere Maßgaben auf. Sie differenziert nicht, welche der Maßgaben konkret als Inhaltsbestimmung und welche konkret als Nebenbestimmung eingestuft wird.

Der Charakter der Genehmigungsmaßgabe zur Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad ist mithin durch Auslegung im Rahmen einer Gesamtschau der 3. Teilgenehmigung und der von der Betreiberin des FRM-II über ihre Rechts- und Fachaufsicht vor Genehmigungserteilung mit der Umrüstungsvereinbarung eingegangenen Verpflichtung zu ermitteln.

### **a) Genehmigungsbegründung**

Für die Einordnung der Maßgabe zur Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad ist auf die Begründung der Genehmigung zu rekurrieren. Auf S. 51 ff. des Genehmigungsbescheids der 3. Teilgenehmigung heißt es:

*„Berücksichtigung der Proliferationsvorsorge*

*Für die Berücksichtigung der Proliferation im Sinne einer tatbestandlichen Genehmigungsvoraussetzung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren über die Gesichtspunkte der Anlagensicherung und der Beachtung der übrigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften hinaus gibt es keine Rechtsgrundlagen.*

*Die Proliferationsvorsorge war aber im Rahmen des Versagungsermessens zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung der Maßgaben der bundesaufsichtlichen Stellungnahmen ergibt sich folgende Bewertung:*

*Im Rahmen des der Genehmigungsbehörde zustehenden Ermessens ergibt sich insbesondere aus den in § 1 AtG normierten Schutzzwecken, so dass im Rahmen der Ermessensausübung auch Auswirkungen auf die gegenwärtigen und künftigen Formen der internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Kernenergienutzung und des Strahlenschutzes zu berücksichtigen sind (BVerfGE 49, 89 (147)).*

*...*

*Unbeschadet ihrer abweichenden Bewertung der genehmigungsrechtlichen Situation hat sich die Antragstellerin (bzw. der Freistaat Bayern) gegenüber dem Bund in einer am 25.10.2001 paraphierten und erst nach der Erteilung dieser Genehmigung zu unterzeichnenden Vereinbarung verpflichtet, seine Umrüstung des FRM-II auf Brennstoff mit höchstens 50 % Uran-235 Anreicherung vorzunehmen, sobald der neue Brennstoff, qualifiziert und industriell verfügbar ist. Als spätester Termin für die Umrüstung ist in der Vereinbarung der 31.12.2010 verbindlich vorgesehen. Es ist daher davon auszugehen, dass bei rechtzeitiger Einleitung der erforderlichen Maßnahmen zur Brennstoffversorgung und ggf. zur erforderlichen Umrüstung der Reaktor spätestens ab dem 01.01.2011 ohne für die Nutzung des Reaktors signifikante Leistungsveränderungen mit einem Brennstoff betrieben werden kann, der dem internationalen Forschungs- und Entwicklungsstand für Brennstoffe mit abgesenktem Anreicherungsgrad Rechnung trägt. Auch unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist daher ein Betrieb des FRM-II mit dem jetzt genehmigten Brennstoff mit einem Anreicherungsgrad von bis 93,2 % Uran-235 jedenfalls über den 31.12.2010 hinaus im*

*Hinblick auf die Proliferationsfrage nicht hinnehmbar. Im Rahmen der Ermessensausübung konnte von einer Versagung der beantragten Genehmigung jedoch abgesehen werden, weil in Abschnitt III. 9 der Inhalts- und Nebenbestimmungen eine unverzügliche Umrüstung des FRM-II bis spätestens zum 31.12.2010 vorgeschrieben wird und bei einer Nichteinhaltung dieser für die Genehmigungserteilung bedeutsamen Voraussetzung oder der zur Proliferationsvorsorge getroffenen Auflagen ggf. die gesetzlichen Widerrufstatbestände des § 17 Abs. 3 Nr. 2 und 3 AtG eingreifen würden.“*

Weiter heißt es unter Ziffer „4.2 Ermessensausübung“:

#### *„4.2.2 Berücksichtigung der Proliferationsvorsorge*

*Wie unter 2.3.2 dargelegt, ist davon auszugehen, dass bei rechtzeitiger Einleitung der erforderlichen Maßnahmen zur Beschaffung der erforderlichen Brennstoffe und Anpassung der Auslegung der Brennelemente sowie bei rechtzeitiger Vorbereitung und Einleitung der erforderlichen Genehmigungsverfahren und ggf. erforderlichen Umrüstungsmaßnahmen der Reaktor spätestens ab dem 01.01.2011 mit einem Brennstoff betrieben werden kann, der dem internationalen Forschungs- und Entwicklungsstand für Brennstoffe mit abgesenktem Anreicherungsgrad Rechnung trägt. Daher ist ein Betrieb des FRM-II mit dem jetzt genehmigten Brennstoff mit einem Anreicherungsgrad von bis zu 93,2 % Uran-235 jedenfalls über den 31.12.2010 hinaus im Hinblick auf die Proliferationsvorsorge nicht hinnehmbar. Im Rahmen der Ermessensausübung konnte von einer Versagung der beantragten Genehmigung jedoch abgesehen werden, weil in Abschnitt III. 9 der Inhalts- und Nebenbestimmungen eine unverzügliche Umrüstung des FRM-II bis spätestens zum 31.12.2010 vorgeschrieben wird und bei einer Nichteinhaltung dieser für die Genehmigungserteilung bedeutsamen*

*Voraussetzung oder der zur Proliferationsvorsorge getroffenen Auflagen ggf. die gesetzlichen Widerrufstatbestände des § 17 Abs. 3 Nr. 2 und 3 AtG eingreifen würden.“*

## **b) Atomrechtliches Versagungsermessen**

§ 7 Abs. 2 AtG gewährt keinen Rechtsanspruch auf Genehmigungserteilung, sondern koppelt die Genehmigungsvoraussetzungen mit einem Versagungsermessen der Behörde und gibt somit lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung. Dies ergibt sich zum einen bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung („Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn ...“), zum anderen aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.<sup>59</sup>

Die Koppelung eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt mit einer Ermessensregelung rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht in seinem Kalkar-Beschluss<sup>60</sup> aus der Sonderstellung des Atomrechts:

*„Der Gesetzgeber durfte den wissenschaftlichen, technologischen und industriellen Erkenntnis- und Erfahrungsstand bezüglich der möglichen Gefahren [der Atomenergie] und ihrer Beherrschbarkeit als (vorerst) unzureichend einschätzen und diese Stoffe einer besonderen Regelung unterwerfen... Zwar ist der Gesetzgeber, wenn er sich des Instruments des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt bedient, auch auf dem Gebiet des Atomrechts aus dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts gehalten, die generellen Genehmigungsvoraussetzungen selbst festzulegen. Hat er dies aber, wie in § 7 Abs. 2 AtG, getan, ist es angesichts der hohen potenziellen Gefahren der nach § 7 Abs. 1 AtG genehmigungspflichtigen Anlagen von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass er besondere Vorsicht walten lässt, indem*

<sup>59</sup> Kloepfer, a.a.O., § 16 Rn. 105; siehe auch Leidinger, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, 2019, § 7 AtG Rn. 224 f.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschluss vom 8. August 1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 146 f. (Kalkar).

*er der Exekutive zusätzlich ein Versagungsermessen einräumt, um ihr so die Möglichkeit zu geben, eine an sich zu erteilende Genehmigung abzulehnen, falls besondere und unvorhergesehene Umstände es einmal notwendig machen. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber den Rahmen des der Genehmigungsbehörde zustehenden Ermessens durch § 1 AtG, insbesondere durch die normierten Schutzzwecke, hinreichend genau abgesteckt hat. Damit ist zugleich sichergestellt, dass die für den Antragsteller in atomrechtlichen Genehmigungsverfahren aus der Einräumung des Ermessens resultierende Rechtsunsicherheit sich in rechtsstaatlich hinnehmbaren Grenzen hält.“*

Ein Regierungsentwurf von 1994 zur Änderung des Atomgesetzes sah zwar – entsprechend einigen Vorschlägen im Schrifttum<sup>61</sup> – die Ersetzung des Versagungsermessens durch eine gebundene (Kontroll-)Erlaubnis vor. Dazu kam es indes nicht. Auch im Rahmen der Atomrechtsnovelle von 2002 sowie in den nachfolgenden Novellen blieb es unverändert beim Versagungsermessen.

Steht der Erlass eines Verwaltungsaktes im Ermessen, wird der zuständigen Behörde damit nicht nur die Befugnis eingeräumt, im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung den Erlass des Verwaltungsaktes gegebenenfalls gänzlich abzulehnen, sondern auch - als minus - nur mit einem engeren Inhalt zu erlassen.

Das ist im Falle der 3. Teilgenehmigung für den FRM-II geschehen. Die atomrechtliche Genehmigungsbehörde hat ausweislich der Begründung im Rahmen der Ermessensausübung von einer Versagung der Genehmigung gemäß § 7 Abs. 2 AtG allein deshalb abgesehen, weil sich das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst in seiner Eigenschaft als Fach- und Rechtsaufsicht der Technischen Universität

---

<sup>61</sup> *Papier*, in: Lukes (Hrsg.), Reformüberlegungen zum Atomrecht, 1991, S. 111 ff., 127 ff.



München gegenüber dem Bund nach Antragstellung zur unverzüglichen Umrüstung des FRM-II, spätestens aber bis zum 31. Dezember 2010 verpflichtet hatte.

Anders ausgedrückt: Die 3. Teilgenehmigung wurde allein deshalb erteilt, weil auf Grund der Verpflichtung aus der *Vereinbarung über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung* seitens der atomrechtlichen Genehmigungsbehörde davon ausgegangen wurde, dass der Reaktor bei rechtzeitiger Einleitung der erforderlichen Maßnahmen zur Brennstoffversorgung und gegebenenfalls zur erforderlichen Umrüstung spätestens ab dem 1. Januar 2011 mit einem Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad betrieben werden würde.

Die mit der *Vereinbarung über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung* eingegangene Verpflichtung wurde von der atomrechtlichen Genehmigungsbehörde ihrer Entscheidung zugrunde gelegt.

Sie hat, statt die beantragte 3. Teilgenehmigung gänzlich zu versagen, die 3. Teilgenehmigung im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung unter Bezugnahme auf diese Verpflichtung mit einem engeren Inhalt, als ursprünglich 1999 von der Technischen Universität München beantragt, erlassen.

### **c) Genehmigungsmaßgabe zur Umrüstung als Inhaltsbestimmung**

#### **aa) Keine Bedingung oder Befristung**

Bei der Maßgabe zur Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad bis spätestens 31. Dezember 2010 handelt es sich nach dem Vorstehenden nicht um eine Nebenbestimmung in Gestalt einer Befristung oder Bedingung im Sinne von § 36 VwVfG.

Entscheidendes Kriterium einer Befristung ist das Erlöschen einer Genehmigung von selbst, ohne dass weitere behördliche Akte notwendig

wären. Bei einer Bedingung hängt der Wegfall einer Vergünstigung von einem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses ab.

Im Falle der 3. Teilgenehmigung ging die Genehmigungsbehörde ausweislich der Begründung der Genehmigung davon aus, dass die Technische Universität München der Verpflichtung zur Umrüstung fristgerecht nachkommen würde. Die Genehmigung sollte zudem nicht zum 31. Dezember 2010 erlöschen. Vielmehr verdeutlicht der Hinweis auf das mögliche Eingreifen der gesetzlichen Widerrufstatbestände, dass die Genehmigungsbehörde keine befristete und auch keine bedingte Genehmigung erteilen wollte, ihr war die Notwendigkeit bzw. Möglichkeit eines etwaigen Widerrufs der 3. Teilgenehmigung bei Genehmigungserteilung am 2. Mai 2003 bewusst.<sup>62</sup>

Auch das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst nimmt zutreffend keine Befristung oder Bedingung an (siehe oben 4.).

### **bb) Keine Auflage, sondern Inhaltsbestimmung**

Die Maßgabe der Umrüstung auf einen Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad ist auch keine Auflage zur 3. Teilgenehmigung im Sinne von § 36 VwVfG. Sie kennzeichnet bzw. begrenzt vielmehr unmittelbar den Genehmigungsinhalt der 3. Teilgenehmigung. Es handelt sich um eine Inhaltsbestimmung dieser Genehmigung:

(1) Das Atomrecht hat nicht „nur“ den Schutz der benachbarten Bevölkerung und der Umwelt durch den Betrieb von Atomreaktoren in den Blick zu nehmen, sondern in gleicher Weise übergeordnete Aspekte, die dem Betrieb von Atomreaktoren immanent sind. Dazu gehören das Proliferationsrisiko und die insoweit bestehenden Verpflichtungen aus internationalen Nichtverbreitungsregimen für Atomwaffen (vgl. § 1 Abs. 4 AtG).

Die unverzügliche Umrüstung des FRM-II bis spätestens zum 31. Dezember 2010 wird von der atomrechtlichen Genehmigungsbehörde in

---

<sup>62</sup> Siehe auch *Koehl*, a.a.O., S. 422.

der Genehmigungsbegründung wörtlich und in Abgrenzung von „Auflagen“ als „eine für die Genehmigungserteilung bedeutsame Voraussetzung“ eingestuft.

Der Gesamtzusammenhang bestätigt diese Einstufung. Die Beendigung des Betriebs des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung bis spätestens 31. Dezember 2010 war das entscheidende Kriterium im Rahmen des Ermessensausübung, ein Betrieb des FRM-II mit diesem Brennstoff über den 31. Dezember 2010 hinaus kam für die Genehmigungsbehörde nicht in Betracht.<sup>63</sup>

Die Genehmigungsbehörde ging bei Genehmigungserteilung explizit davon aus, dass bei rechtzeitiger Einleitung der erforderlichen Maßnahmen zur Brennstoffversorgung und gegebenenfalls zur erforderlichen Umrüstung der Reaktor spätestens ab dem 1. Januar 2011 mit Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad betrieben werden würde.

Die Genehmigungsbehörde hat ausweislich ihrer Begründung im Rahmen der Ermessensausübung von einer Versagung der Genehmigung gemäß § 7 Abs. 2 AtG lediglich deshalb abgesehen, weil sich die Technische Universität München über ihre Fach- und Rechtsaufsicht nach Antragstellung unverzüglich, spätestens aber bis 31. Dezember 2010 zur Umrüstung des Reaktors auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad verpflichtet hatte.

Die Genehmigungsbehörde hat die Umrüstungsverpflichtung als solche dementsprechend nicht originär aufgestellt, sondern die Verpflichtung aus der *Vereinbarung über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung* zugrunde gelegt.

Mit anderen Worten: Die 3. Teilgenehmigung trifft in Ziffer III. 9. keine eigenständige Umrüstungsverpflichtung im Sinne eines zusätzlichen künftigen Tuns zur Hauptregelung. Sie nimmt vielmehr die

---

<sup>63</sup> So ausdrücklich auch *Koehl*, a.a.O., S. 422.

Umrüstungsverpflichtung aus der Vereinbarung und die daraus folgende Beendigung des Einsatzes von hochangereichertem Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung spätestens ab 1. Januar 2011 als *Teil der Hauptregelung* auf.

Die atomrechtliche Genehmigungsbehörde erteilte zwar eine 3. Teilgenehmigung, allerdings nur eine mit einem gegenüber dem Genehmigungsantrag von 1999 entsprechend der Umrüstungsverpflichtung eingeschränkten Genehmigungsinhalt.

(2) Dass die *Vereinbarung über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 Prozent Uran-235-Anreicherung* zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung erst paraphiert und (unmittelbar) nach Genehmigungserteilung unterzeichnet wurde, ändert daran nichts, da die paraphierte Vereinbarung in der Genehmigungsbegründung ausdrücklich als „Verpflichtung“ angesehen und der 31. Dezember 2010 als der „verbindlich“ vorgesehene späteste Termin der Umrüstung angenommen wurde.

(3) Darüber hinaus sollte die Genehmigung im Falle der „Nichteinhaltung dieser für die Genehmigungserteilung bedeutsamen Voraussetzung“ widerrufen werden, wobei für die Frage der Nichteinhaltung ausdrücklich nicht zwischen Nichtunterzeichnung oder „Kündigung“ der Vereinbarung oder tatsächlicher Nichterfüllung differenziert wird.

§ 17 Abs. 3 AtG stellt zwar den Widerruf einer Genehmigung in das Ermessen der atomrechtlichen Aufsichtsbehörde. Da aber die 3. Teilgenehmigung ohne die Umrüstungsverpflichtung im Rahmen des Versagungsermessens gänzlich abgelehnt worden wäre, beanspruchen die diese Entscheidung tragenden Ermessenserwägungen in gleicher bzw. umgekehrter Weise für die Entscheidung über einen etwaigen Widerruf Geltung.

Das heißt, die Genehmigungsbehörde ging im Falle der Nichteinhaltung der für die Genehmigungserteilung bedeutsamen Voraussetzung nicht nur von einer Widerrufsmöglichkeit, sondern von einer

Ermessensreduktion für den Widerruf und mithin von einer unmittelbaren Auswirkung auf den Bestand der Genehmigung überhaupt aus.

(4) Sofern *Koehl* gleichwohl eine Auflage im Sinne von § 36 VwVfG annehmen möchte, weil die Umrüstungsmaßgabe als „selbständige Leistungsverpflichtung neben die Gewährung“ trete und „mit dieser in keinem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang“ stehe,<sup>64</sup> geht er fehl.

Er verkennt, dass die 3. Teilgenehmigung die Umrüstungsverpflichtung gerade nicht originär aufstellt, sondern ihrerseits explizit auf die Umrüstungsvereinbarung rekurriert, die entsprechende Verpflichtung aus der Umrüstungsvereinbarung zugrunde legt und als Genehmigungsinhalt festschreibt. Die Umrüstungsverpflichtung ist ein der „Gewährung“ überhaupt immanenter Regelungsbestandteil.

In der von *Koehl* für den angeblich fehlenden untrennbaren rechtlichen Zusammenhang in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts geht es zudem gar nicht um die Abgrenzung einer Auflage von einer Inhaltsbestimmung, sondern um die Frage, ob eine in dem dortigen fraglichen Fall unstrittig als Auflage<sup>65</sup> anzusehende Maßgabe trotz einheitlicher Ermessensentscheidung isoliert angefochten werden könne.<sup>66</sup>

Vorliegend steht indes zunächst gerade die Abgrenzung von Inhalts- und Nebenbestimmung und nicht die (nachfolgende) Frage des Rechtsschutzes in Rede.

Die hier fragliche Genehmigungsmaßgabe betrifft unmittelbar den Betrieb des FRM-II und den dafür eingesetzten Brennstoff. Bei Nichteinhaltung sollte ein Widerruf der Genehmigung erfolgen (siehe oben). Bestand und Wirksamkeit der 3. Teilgenehmigung sollten von der Umrüstungsverpflichtung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad und deren Einhaltung abhängen. Das aber macht

---

<sup>64</sup> *Koehl*, a.a.O., S. 424, in Widerspruch auch zu seinen Ausführungen auf S. 422.

<sup>65</sup> Konkret stand eine einer Genehmigung der Zweckentfremdung von Wohnraum hinzugefügte Zahlungsaufgabe in Rede.

<sup>66</sup> BVerwG, Urteil vom 12. März 1982, 8 C 23.80, NJW 1982, 2269 f.

gerade eine Inhaltsbestimmung, nicht hingegen eine Auflage im Sinne von § 36 VwVfG aus.

(5) Die Qualifizierung als Inhaltsbestimmung wird im Übrigen bestätigt durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach Vorgaben zum Einsatz bestimmter Brennstoffe den Umfang einer Genehmigung kennzeichnen. Wörtlich führt das Gericht zur immissionsschutzrechtlichen Betriebsgenehmigung für eine Feuerungsanlage aus:

*„Diese Maßgabe, die bei Ölfeuerungsbetrieb mit schwerem Heizöl nur die Verwendung von Heizöl S mit einem Schwefelgehalt von höchstens 1 % gestattet, ist zwar keine Auflage und damit - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auch keine, einer selbständigen Anfechtung nicht zugängliche, "modifizierende Auflage"; sie kennzeichnet vielmehr den Umfang der der Klägerin erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Der Klägerin ist nicht schlechthin, sondern nur für den Fall der Verwendung von schwefelarmem Heizöl gestattet worden, eine Ölfeuerungsanlage zu betreiben; verwendet sie anderes Öl, so verstößt sie nicht gegen eine Auflage, sondern betreibt die Anlage ungenehmigt.“<sup>67</sup>*

Für den Betrieb eines Atomreaktors und die zugrundeliegende atomrechtliche Genehmigung gilt nichts anderes.

Der Technischen Universität München ist nicht schlechthin der Betrieb des FRM-II gestattet, sondern nur für den Fall der Verwendung von Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad spätestens ab 1. Januar 2011. Denn die Verwendung eines solchen Brennstoffs ab 1. Januar 2011 ist zwangsläufige Konsequenz der von der Genehmigungsbehörde zugrunde gelegten Erfüllung der von der Fach- und Rechtsaufsicht der Betreiberin des FRM-II im Rahmen des Genehmigungsverfahrens eingegangenen Umrüstungsverpflichtung. Dass für die Umrüstung im Einzelnen eine gesonderte Umrüstungsgenehmigung erforderlich

---

<sup>67</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1984, 7 C 8.82, BVerwGE 69, 37, 39.

gewesen wäre, vermag an dem dargestellten Inhalt der über den 31. Dezember 2010 hinaus geltenden 3. Teilgenehmigung nichts zu ändern.

### **7. Rechtsfolgen bei tatsächlicher objektiver Unmöglichkeit der Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad**

Unterstellt man die Auffassung des Bayerischen Wissenschaftsministeriums als zutreffend, wonach die Verpflichtung zu einer Umrüstung des Reaktors zum 31. Dezember 2010 auf einen Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad „von vornherein auf eine weltweit objektiv unmögliche Handlung gerichtet gewesen (sei), die zu dem festgelegten Zeitpunkt aus tatsächlichen Gründen niemand hätte ausführen können“,<sup>68</sup> ergibt sich Folgendes:

Nach § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG ist ein Verwaltungsakt, den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, ganz oder teilweise nichtig.

Für § 44 Abs. 2 VwVfG kommt es nicht auf die Offensichtlichkeit des Fehlers an. Deshalb wird von § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG auch die technische Unausführbarkeit erfasst, die sich erst nach Erlass des Verwaltungsaktes herausstellt.<sup>69</sup> § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG greift auch dann, wenn die tatsächliche objektive Unmöglichkeit erst später nach Erlass des Verwaltungsaktes im Zuge der Erfüllung offenbar wird.<sup>70</sup>

Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Verwaltungsaktes, so ist er im Ganzen nichtig, wenn der nichtige Teil so wesentlich ist, dass die Behörde den Verwaltungsakt ohne den nichtigen Teil nicht erlassen hätte (§ 44 Abs. 4 VwVfG). Entscheidend ist dabei der objektivierte Wille der Behörde,<sup>71</sup> mit der Folge, dass bei Ermessensverwaltungsakten der gesamte Verwaltungsakt nichtig ist, wenn die Behörde den Erlass des

---

<sup>68</sup> Siehe oben unter Ziffer 4.

<sup>69</sup> *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 145.

<sup>70</sup> *Ramsauer*, a.a.O., § 44 Rn. 39.

<sup>71</sup> *Sachs*, a.a.O., § 44 Rn. 191 f.; *Ramsauer*, a.a.O., § 44 Rn. 61.

Verwaltungsaktes ohne den nichtigen Teil im Rahmen ihrer Ermessensausübung abgelehnt hätte. Nur dann, wenn es an Anhaltspunkten für einen Willen der Behörde fehlt, den Verwaltungsakt ohne den nichtigen Teil nicht zu erlassen, kommt eine Teilnichtigkeit in Betracht.<sup>72</sup>

Bezogen auf den FRM-II heißt das: Der maßgebliche Verwaltungsakt ist die 3. Teilgenehmigung, deren Inhaltsbestimmung wiederum die Umrüstungsverpflichtung ist. Ohne diese Inhaltsbestimmung hätte die Genehmigungsbehörde die Erteilung der 3. Teilgenehmigung im Rahmen des Versagungsermessens nach § 7 Abs. 2 AtG überhaupt abgelehnt. Die vom Bayerischen Wissenschaftsministerium vertretene tatsächliche objektive Unmöglichkeit der Umrüstung schlägt mithin unmittelbar auf die 3. Teilgenehmigung als Ganzes durch, sie bewirkt deren Nichtigkeit.

Die zentrale Folge der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes regelt § 43 Abs. 3 VwVfG: Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam, hat also von vornherein keine Rechtswirkung. Das bedeutet, dass ein begünstigter Adressat eine im Verwaltungsakt enthaltene Begünstigung nicht in Anspruch nehmen kann. § 45 Abs. 1 VwVfG schließt zudem eine Heilung aus, wenn der Verwaltungsakt gemäß § 44 Abs. 2 VwVfG nichtig ist.<sup>73</sup>

Die 3. Teilgenehmigung ist folglich, wenn man mit dem Bayerischen Wissenschaftsministerium die tatsächliche objektive Unmöglichkeit der Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad unterstellt, auf Grund ihrer Nichtigkeit unwirksam.

Die „Anpassungsvereinbarung“ vom Oktober 2010 ändert daran nichts. Maßgeblich und Grundlage für den Betrieb des FRM-II ist nicht eine „bloße“ bilaterale Vereinbarung, sondern eine atomrechtliche Genehmigung nach § 7 Abs. 2 AtG mit Außenwirkung, hier also die 3. Teilgenehmigung vom 2. Mai 2003. Eine Vereinbarung kann erteilte

---

<sup>72</sup> *Sachs*, a.a.O., § 44 Rn. 194.

<sup>73</sup> *Sachs*, a.a.O., § 45 Rn. 19.



Genehmigung nicht nachträglich modifizieren. Eine Vereinbarung kann eine Genehmigung auch nicht ersetzen oder sich über sie hinwegsetzen.

Darüber hinaus waren weder die atomrechtliche Genehmigungsbehörde noch die atomrechtliche Bundesaufsicht an der „Anpassungsvereinbarung“ beteiligt.

Auf Grundlage der von ihrer Fach- und Rechtsaufsicht geschlossenen „Anpassungsvereinbarung“ hätte die Technische Universität München rechtzeitig vor Ablauf des 31. Dezember 2010 ein atomrechtliches Genehmigungsänderungsverfahren beantragen können mit dem Ziel, eine Genehmigung nach § 7 Abs. 2 AtG zu erhalten, die einen Betrieb des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit einer Uran-235-Anreicherung von über 90 Prozent über den 31. Dezember 2010 hinaus gestattet.

Im Rahmen eines solches Genehmigungsverfahrens hätte die Technische Universität München zur Frage der etwaigen weiteren Notwendigkeit des Betriebs des FRM-II mit diesem Brennstoff aus Forschungszwecken vortragen, die atomrechtliche Genehmigungsbehörde ihrerseits hätte diesen Vortrag prüfen und mit dem Proliferationsrisiko (und anderen, dem Betrieb des Atomreaktors immanenten Risiken) abwägen und sodann nach Durchführung eines atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens eine Entscheidung treffen müssen.

All das ist nicht geschehen.

Beurteilungsgrundlage für die Frage des genehmigten oder ungenehmigten Betriebs des FRM-II ist mithin allein die 3. Teilgenehmigung. Unterstellt man die Auffassung des Bayerischen Wissenschaftsministeriums im Hinblick auf die tatsächliche objektive Unmöglichkeit der Umrüstung als zutreffend, ist diese 3. Teilgenehmigung unwirksam, weil nichtig. Fehlt es an einer wirksamen Genehmigung, erfolgt der Betrieb des FRM-II ungenehmigt.

## **8. Rechtsfolgen bei tatsächlicher objektiver Möglichkeit der Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad**

In Deutschland konnte 1991 die Brennstoffkonversion auf niedrigangereichertes Uran am Forschungsreaktor FRG-1 in Geesthacht und 1999 am Berliner BER-II erfolgen. Der alte Münchner Forschungsreaktor FRM-I wurde vor seiner Stilllegung im Jahr 2000 zumindest auf eine Anreicherung von 45 Prozent umgestellt.<sup>74</sup> Entgegen der vom Bayerischen Wissenschaftsministerium vertretenen Auffassung im Hinblick auf eine tatsächliche objektive Unmöglichkeit gibt es darüber hinaus in der Wissenschaft mindestens Hinweise auch auf eine tatsächliche objektive Möglichkeit einer Umrüstung des FRM-II auf einen Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad.<sup>75</sup>

Unterstellt man vor diesem Hintergrund eine tatsächliche objektive Möglichkeit einer Umrüstung des FRM-II, ist die 3. Teilgenehmigung zwar wirksam, aber nur und gerade mit dem oben dargestellten Genehmigungsinhalt. Die Nichteinhaltung der fraglichen Inhaltsbestimmung der 3. Teilgenehmigung, der Betrieb des Reaktors mit Brennstoff mit einer Uran-235-Anreicherung von über 90 Prozent über den 31. Dezember 2010 hinaus, führt deshalb ebenfalls zum ungenehmigten Betrieb des Reaktors.

Das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz muss als zuständige atomrechtliche Aufsichtsbehörde den jedenfalls formell illegalen Betrieb untersagen. Ein Weiterbetrieb des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung über den 31. Dezember 2010 war und ist auf Grundlage der 3. Teilgenehmigung unzulässig.

---

<sup>74</sup> Siehe auch *Liebert et al.*, a.a.O., S. 37.

<sup>75</sup> Siehe etwa *Röhrmoser*, Kleinst mögliche LEU Elemente für den FRM II mit den fortschrittlichsten und auch den konservativsten Brennstoffoptionen, Vortrag am 4. November 2018 auf der Jahreskonferenz 2018 des RERTR-Programms („Reduced Enrichment of Research and Test Reactor“).

Eine anderweitige Genehmigung gibt es nicht, eine solche ist auch nicht beantragt.

Die Vereinbarung „zur Anpassung der Vereinbarung vom 30. Mai 2003 über die Umrüstung des Forschungsreaktors München II (FRM II) auf Brennstoff mit höchstens 50 % Uran-235-Anreicherung“ führt auch hier zu keiner anderen Bewertung. Maßgeblich ist, wie bei Annahme der tatsächlichen objektiven Unmöglichkeit der Umrüstung (vgl. oben Ziffer 7.), die atomrechtliche Genehmigung nach § 7 Abs. 2 AtG mit Außenwirkung, hier also die 3. Teilgenehmigung vom 2. Mai 2003. Sie kann von einer Vereinbarung nicht, auch nicht teilweise, modifiziert oder außer Kraft gesetzt werden.

Darüber hinaus ist in Anbetracht des erheblichen und kontinuierlichen Verstoßes gegen eine Inhaltsbestimmung der 3. Teilgenehmigung der Widerruf eben dieser 3. Teilgenehmigung gemäß § 17 Abs. 3 AtG von der atomrechtlichen Aufsichtsbehörde zu prüfen.

## **9. Fazit**

Die Genehmigungsmaßgabe zur Umrüstung des FRM-II auf einen Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad ist eine Inhaltsbestimmung der 3. Teilgenehmigung, sie betrifft unmittelbar den Betrieb des FRM-II, ihre Einhaltung betrifft unmittelbar Bestand und Wirksamkeit der Genehmigung.

Die atomrechtliche Genehmigungsbehörde hätte 2003 die Erteilung der 3. Teilgenehmigung gänzlich abgelehnt, wenn sie seinerzeit davon ausgegangen wäre, dass eine Umrüstung auf Brennstoff mit abgesenktem Anreicherungsgrad bis spätestens 31. Dezember 2010 unmöglich wäre oder die Technische Universität München als Betreiberin des FRM-II die Genehmigungsmaßgabe aus anderen Gründen nicht einhalten würde. Bei Nichteinhaltung nach Genehmigungserteilung sollte ein Genehmigungswiderruf erfolgen.

Dieser Genehmigungsinhalt der 3. Teilgenehmigung kann nicht durch eine spätere bilaterale „Anpassungsvereinbarung“, noch dazu durch eine ohne Beteiligung der Genehmigungsbehörde, geändert werden. Er kann ebenso wenig durch einen faktischen weiteren Betrieb des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung außer Kraft gesetzt werden.

Die Technische Universität München hätte rechtzeitig vor Ablauf des 31. Dezember 2010 ein atomrechtliches Genehmigungsänderungsverfahren beantragen können mit dem Ziel, eine Genehmigung nach § 7 Abs. 2 AtG zu erhalten, die einen Betrieb des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit einer Uran-235-Anreicherung von über 90 Prozent über den 31. Dezember 2010 hinaus gestattet. Im Rahmen eines solchen Genehmigungsverfahrens hätte sie zur Frage der etwaigen weiteren Notwendigkeit des Betriebs des FRM-II mit diesem Brennstoff aus Forschungszwecken vortragen, die atomrechtliche Genehmigungsbehörde ihrerseits hätte diesen Vortrag prüfen und mit dem Proliferationsrisiko (und anderen, dem Betrieb des Atomreaktors immanenten Risiken) abwägen müssen.

Das ist nicht geschehen.

Es ist erstaunlich, dass die atomrechtliche Aufsichtsbehörde seit 2011 die 3. Teilgenehmigung nicht widerrufen und die atomrechtliche Bundesaufsicht anscheinend ihrerseits bis heute nicht darauf gedrungen hat. Das ändert an der rechtlichen Situation aber nichts:

Der über den 31. Dezember 2010 hinaus bis heute unveränderte Betrieb des FRM-II mit hochangereichertem Uran mit bis zu 92,3 Prozent Uran-235-Anreicherung erfolgt ungenehmigt - entweder, weil die 3. Teilgenehmigung auf Grund tatsächlicher objektiver Unmöglichkeit der Umrüstung nichtig ist oder, bei tatsächlicher objektiver Möglichkeit der Umrüstung, wegen Verstoßes gegen eine Inhaltsbestimmung.

Sollte die Umrüstung tatsächlich objektiv unmöglich sein, wäre die Nichtigkeit der 3. Teilgenehmigung von Amts wegen seitens des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt- und Verbraucherschutz als

atomrechtlicher Aufsichtsbehörde festzustellen (vgl. § 44 Abs. 5 Hs. 1 VwVfG). Die Feststellung wäre allerdings rein deklaratorisch. Die Nichtigkeit tritt in den Fällen des § 44 Abs. 2 VwVfG, also auch im Falle der Nichtigkeit wegen tatsächlicher objektiver Unmöglichkeit, kraft Gesetzes ein.<sup>76</sup>

Erfolgt keine Nichtigkeitsfeststellung von Amts wegen, kann die Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes nach § 44 Abs. 5 Hs. 2 VwVfG auf Antrag erfolgen, der nicht fristgebunden ist. § 44 Abs. 5 Hs. 2 VwVfG gewährleistet ein Verfahrensrecht auf Feststellung, wenn der Antragsteller hieran ein berechtigtes Interesse hat. Der Wortlaut der Bestimmung lässt es zu, jedem einen Feststellungsanspruch zu geben, der an der Nichtigkeitsfeststellung ein berechtigtes Interesse hat.<sup>77</sup> Er muss daher nicht Adressat der Maßnahme sein.<sup>78</sup> Berechtigter zur Antragstellung ist mithin derjenige, der ein rechtliches, wirtschaftliches oder ideelles oder auch sonstiges Interesse geltend macht.<sup>79</sup>

Über die Nichtigkeitsfeststellung hinaus ist der weitere ungenehmigte Betrieb des FRM-II zu untersagen. Auf Grund der (mindestens) formellen Illegalität sieht § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AtG die Möglichkeit nicht nur der vorläufigen, sondern auch der endgültigen Betriebseinstellung vor.<sup>80</sup>

Auch im Falle der tatsächlichen objektiven Möglichkeit der Umrüstung würde der FRM-II ungenehmigt und mithin (mindestens) formell illegal betrieben. Hier wäre zudem ein Widerruf der 3. Teilgenehmigung zu prüfen wegen kontinuierlichen Verstoßes gegen eine Inhaltsbestimmung der Genehmigung.

---

<sup>76</sup> Müller, a.a.O., § 44 Rn. 27.

<sup>77</sup> Schemmer, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck-Onlinekommentar VwVfG, 42. Ed. 1. Januar 2019, § 44 Rn. 78 f.; Müller, a.a.O., § 44 Rn. 28; Sachs, a.a.O., § 44 Rn. 202.

<sup>78</sup> Schemmer, a.a.O., § 44 Rn. 79; Ramsauer, a.a.O., § 44 Rn. 67.

<sup>79</sup> Schemmer, a.a.O., § 44 Rn. 79; Ziekow, VwVfG, 3. Aufl. 2013, § 44 Rn. 23.

<sup>80</sup> BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2000, 11 C 1/00, 2001, 567, 568; siehe auch Leidinger, a.a.O., § 19 Rn. 63.

Kommt es zu keiner Betriebsuntersagung von Amts wegen, wäre deren Durchsetzung im Wege der umweltrechtlichen Verbandsklage zu verfolgen.

Berlin, 11. Juni 2019



Dr. Cornelia Ziehm  
Rechtsanwältin