Benjamin Märkli*

Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk Mühleberg

BGE 139 II 185

I. Einleitung

Vor einem guten Jahr fällte das Bundesgericht (BGer) in öffentlicher Beratung ein Urteil,[1] das die erstmalige Erteilung einer unbefristeten Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk (KKW) Mühleberg an die BKW FMB Energie AG (BKW) bestätigte. Gleichzeitig hob es die Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) auf, ein Instandhaltungskonzept für das KKW einzureichen. Das Urteil wurde in der Öffentlichkeit stark beachtet und kontrovers diskutiert. Obwohl zu ihren Gunsten entschieden wurde, beschloss die BKW in der Zwischenzeit aber, das KKW Mühleberg vom Netz zu nehmen.

II. Zusammenfassung des Urteils

1. Sachverhalt

Die BKW verfügte seit 1972 über mehrere Betriebsbewilligungen für das KKW Mühleberg, die jeweils befristet waren. 2005 ersuchte sie den Bundesrat darum, festzustellen, dass mit dem neu in Kraft getretenen Kernenergiegesetz (KEG[2]) die Bewilligung unbefristet sei. Eventualiter sei die Befristung ohne Durchführung des im KEG vorgesehenen Bewilligungsverfahrens (mithin wiedererwägungsweise) aufzuheben. Zuständigkeitshalber überwies der Bundesrat das Gesuch ans Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), welches das Hauptbegehren abwies und auf das Eventualbegehren nicht eintrat.[3] Das daraufhin angerufene BVGer wies das Hauptbegehren ebenfalls ab, wies das UVEK jedoch an, das Gesuch um Aufhebung der Bewilligung nach den Regeln der Wiedererwägung bzw. des Wiederrufs zu behandeln.[4] Dagegen führte das UVEK Beschwerde beim BGer und beantragte, es sei ein förmliches Bewilligungsverfahren durchzuführen. Das BGer wies die Beschwerde ab.[5]

Im daraufhin durchgeführten Wiedererwägungs- resp. Widerrufsverfahren gingen ca. 1'900 Einsprachen ein, die hauptsächlich sicherheitstechnische Argumente für die Beibehaltung der Befristung vorbrachten. Gestützt auf zwei Gutachten des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI) wies das UVEK die Einsprachen ab und hiess das Gesuch der BKW gut.[6]

Ungefähr 100 der Einsprecher erhoben gegen den Entscheid des UVEK Beschwerde beim BVGer. Dieses hiess die Beschwerde gut und entschied im Wesentlichen, die Betriebsbewilligung bis zum 28. Juni 2013 zu befristen und von der BKW ein umfassendes Instandhaltungskonzept zu verlangen, falls sie die Bewilligung erneuern möchte.[7]

Gegen diesen Entscheid erhob die BKW Beschwerde ans BGer und beantragte, den Entscheid des BVGer aufzuheben und eventualiter eine neue Befristung bis 2022 anzusetzen. Auch das UVEK führte gegen den Entscheid des BVGer Beschwerde und beantragte im Wesentlichen ebenfalls, den Entscheid aufzuheben.

2. Erwägungen

Das Bundesgericht vereinigt zunächst die Verfahren, die durch die Beschwerden der BKW und des UVEK angestossen wurden. Anschliessend bejaht es die Zulässigkeit der Beschwerden und die Legitimation der BKW und des UVEK, weist Akteneditionsbegehren der Beschwerdegegner ab, erklärt ein von der BKW beigebrachtes Rechtsgutachten für unbeachtlich und begründet, weshalb es keine mündliche Parteiverhandlung durchführen muss (Unpublizierte E. 1–3).

Eingangs der materiellen Erwägungen führt das BGer aus, dass es sich bei der Betriebsbewilligung einer Kernanlage nach Art. 20 Abs. 1 KEG um eine Polizeibewilligung handle, die zu erteilen sei, wenn alle geforderten Voraussetzungen erfüllt sind (E. 4.2). Die Befristung nach Art. 21 Abs. 2 KEG sei vom Gesetzgeber nicht als Regelfall vorgesehen, sondern nur in Fällen zulässig, in denen Bedenken aufgrund polizeilicher Gründe bestünden, «die für den Betrieb nicht von elementarer Bedeutung [seien], aber abgeklärt werden müss[t]en».[8] Sodann sei nach Art. 22 Abs. 1 KEG die Betreiberin während des Betriebs für die Sicherheit verantwortlich. Das ENSI wache als Aufsichtsbehörde über die korrekte Erfüllung dieser Pflicht und ordne nötigenfalls alle geforderten Massnahmen an. Das UVEK sei für den Entzug der Bewilligung zuständig, falls die Voraussetzungen der Bewilligung entfallen oder eine Anordnung nicht umgesetzt wird (E. 4.4).

Danach gibt das BGer die vorinstanzlichen Ausführungen sowie die Rügen der Beschwerdeführer wieder (E. 5–8). Der ebenfalls gerügten Verletzung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit komme im vorliegenden Fall keine Bedeutung zu, da es um «das Verwaltungsrechtsverhältnis [gehe], welches durch das

* Benjamin Märkli, M.A. in Rechtswissenschaft, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Benjamin Schindler, Universität St. Gallen.

1 BGE 139 II 185 (2C_347/2012 / 2C_357/2012 vom 28. März 2013)
2 Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (KEG), SR 732.1.
3 Verfügung des UVEK vom 13. Juni 2006.
4 BVGE 2008/8.
5 Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 2008 (2C_170/2007).
6 Verfügung des UVEK vom 17. Dezember 2009.
7 Urteil A-667/2010. Ausführlich zum Entscheid des BVGer Michael Bütler/Benjamin Schindler, Aufhebung der Befristung für das KKW Mühleberg?, Sicherheit & Recht 2/2012, 139 ff.
8 BGE 139 II 185, E. 4.3 (191).

KEG bestimmt [werde, also] um die richtige, u.a. auch verhältnismässige Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen. *Als unmittelbarer Prüfmassstab des Verwaltungshandelns wirk[t]en die genannten Freiheitsrechte nur dann, wenn die Verfügungsgrundlage in Frage gestellt würde,* deren Überprüfung aber bei Gesetzesbestimmungen aufgrund von Art. 190 BV ohnehin unzulässig [sei].»[9]

Anschliessend befasst sich das BGer ausführlicher mit dem Verhältnis der Bewilligungs- und Aufsichtsbehörden und gelangt zum Ergebnis, dass das UVEK zur Beurteilung der nuklearen Sicherheit offensichtlich nicht fachkompetent sei. Zwar müsse es bei Erteilung und Entzug einer Bewilligung eigene Einschätzungen vornehmen und alle Umstände kritisch beurteilen. Die ehemalige Hauptabteilung für die Sicherheit der Kernanlagen des Bundesamtes für Energie sei aber zum ENSI umgewandelt worden. Dem UVEK stehe daher keine Fachbehörde mehr zur Verfügung. Deshalb habe es auf die Einschätzungen des ENSI abzustellen und nur aus triftigen Gründen davon abzuweichen (E. 9.2 [198]). Auch das grundsätzlich mit unbeschränkter Kognition ausgestattete BVGer (Art. 49 VwVG[10]) habe, wo ihm eine besondere Fachkompetenz abgehe, das Ermessen des ENSI zu respektieren. Es sei insbesondere «nicht Sache der Gerichte, Energiepolitik zu betreiben oder die Rolle von Aufsichtsbehörden zu übernehmen [oder] den Massstab für sicherheitsrelevante Bedenken selber zu definieren». Im Gegenteil sollen Gerichte von der Vorinstanz nur dann abweichen, wenn es «vom Bundesrecht klar verlangt [werde], keine fachtechnischen Abklärungen mehr nötig [seien] und kein Spielraum des (Verwaltungs-)Ermessens besteh[e], *sondern nur eine Lösung als möglich und rechtmässig erscheint*».[11]

Danach äussert sich das BGer ausführlich zum Verhältnis von Bewilligungs- und Aufsichtsverfahren. Die Bewilligung sei zu erteilen, sobald die Voraussetzungen erfüllt seien. Anschliessend sei es Aufgabe der laufenden Aufsicht, die Sicherheit zu gewährleisten und diesbezügliche Anordnungen zu treffen. Die Aufsicht habe zu verhindern, dass die Sicherheit sich durch Zeitablauf verschlechtere, aber auch dass sie hinter den sich stets fortentwickelnden, geltungszeitlichen Sicherheitsanforderungen zurückbleibe (E. 10.1-10.3 [199 ff.]). Da somit die laufende Verbesserung der Sicherheit der gesetzliche Normalfall sei, sei im Bewilligungszeitpunkt nur auf die gerade geltenden Anforderungen abzustellen; die Möglichkeit einer zukünftigen Verschlechterung oder des Zurückfallens hinter den fortschreitenden Standard sei mithin gerade kein Grund, die Bewilligung zu verweigern, sondern durch die laufende Aufsicht abzudecken. Dazu könne diese Anordnungen erlassen, die im Missachtungsfall zum Entzug der Bewilligung führten (E. 10.2.2 u. E. 10.2.3 [201 f.]). Nur bei wesentlichen Änderungen sei ein neues Bewilligungsverfahren nötig (E. 10.2.4).

Mit anderen Worten könne die Befristung dann angeordnet werden, wenn die Bewilligung aufgrund untergeordneter Mängel grundsätzlich auch zu verweigern resp. zu entziehen wäre, die Behebung der Mängel aber derart absehbar ist, dass es verhältnismässig erscheine, die Bewilligung zu befristen oder umgekehrt wo der Entzug absehbar, durch geeignete Massnahmen aber noch abzuwenden sei. Die Befristung ist mithin ein *bedingter Entzug* der Bewilligung. Als solcher sei sie nach den Regeln des Bewilligungsentzugs zu beurteilen; im vorliegenden Fall umso mehr, als die Kürze der vom BVGer angesetzten Frist faktisch eher einem Entzug als einer Befristung gleichkäme (E. 10.3 [204] u. E. 10.6 [206 f.]).

Danach erläutert das BGer eingehend das Konzept, das der nuklearen Sicherheit in der Schweiz gemäss Art. 4 KEG zugrunde liegt und insbesondere auch auf die Vorgaben des Übereinkommens über Nukleare Sicherheit (CNS)[12] zurückgeht. Die zur Sicherheit notwendigen Vorkehrungen sind im Sinne von condiciones sine quibus non zwingend einzuhalten (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KEG), während alle darüber hinausgehenden risikoreduzierenden Massnahmen insoweit vorzunehmen sind, als sie angemessen sind (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KEG). Diese zusätzlichen Massnahmen werden auch als ALARA-Massnahmen (von engl: «as low as reasonably achievable») bezeichnet. Da auch im Kernenergiebereich kein Nullrisiko möglich ist, kommt bei der Störfallbehandlung ein zweistufiges Konzept zur Anwendung. Dabei wird zwischen Auslegungsstörfällen[13] und auslegungsüberschreitenden Störfällen unterschieden. Auslegungsstörfälle werden durch die sicherheitstechnische Auslegung der Anlage abgefangen und müssen daher deterministisch beherrscht werden, d.h., es muss auch beim Auftreten des Störfalls verhindert werden, dass die festgelegten Grenzwerte überschritten werden. Auslegungsüberschreitende Störfälle sind «Ereignisse und Ereignisabläufe bei denen die Sicherheitssysteme ihre in der Auslegung vorgesehene Funktion wegen zusätzlicher Fehlerpostulate nicht erfüllen»[14] und somit radioaktive Stoffe in die Umwelt des KKW freigesetzt werden. Diese Störfälle sind probabilistisch zu bewerten, d.h., es müssen diejenigen Vorkehrungen getroffen werden, die notwendig sind, um die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts unter 10^{-4} pro Jahr (für bestehende Anlagen) zu reduzieren. Das BGer prüft anschliessend, ob sich das UVEK, wie vom BVGer bemängelt, nicht genügend mit den Voraussetzungen auseinandergesetzt hat und gelangt zum Schluss, dass diese Feststellung des BVGer offensichtlich unrichtig sei, da das UVEK zu Recht auf die Einschätzung des ENSI abgestellt habe (E. 12.3 [217]). Auch die Rechtsweggaran-

[9] BGE 139 II 185, Unpublizierte E. 8.1, Nachweise weggelassen; Hervorhebung hinzugefügt.
[10] Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG), SR 172.0.21.
[11] BGE 139 II 185 E. 9.3, Hervorhebung hinzugefügt.
[12] Übereinkommen über nukleare Sicherheit (Convention on Nuclear Safety, CNS), SR 0.732.020.
[13] In diesem Zusammenhang meint der Begriff «Auslegung» die Sicherheitsauslegung der Anlage.
[14] Rolf Gemmeke, Nachträgliche Anordnungen im Atomrecht, Diss. Bielefeld, Berlin 1994, 1995 (= Schriften zum Umweltrecht 54), 25.

tie des Art. 29*a* BV[15] sei nicht einschlägig, da sie nur beim Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit eine Rechtsschutzmöglichkeit verlange, nicht gegen jedes staatliche Handeln (E. 10.4). Die spezifischen Sicherheitsrügen des BVGer fussten wesentlich auf einer willkürlichen Feststellung des Sachverhalts resp. auf einer falschen Lesart der jeweiligen Gutachten. Zur Begründung der mangelhaften Sicherheit des Kernmantels stütze sich das BVGer auf ein hypothetisches Szenario aus dem Gutachten, das klarerweise nicht der Realität entspreche (E. 14.2.5). Die Erdbebensicherheit des KKW sei ausreichend, da einerseits die Gefahr vom Wohlensee-Staudamm und nicht vom KKW ausgehe, andererseits die Wahrscheinlichkeit des Katastropheneintritts im Gutachten deutlich niedriger ausgewiesen wird, als vom BVGer vorgebracht (E. 14.3.7). Auch die ungenügende Redundanz der Kühlsysteme falle lediglich in den ALARA-Bereich und könne im Rahmen der laufenden Aufsicht behoben werden (E. 14.4.3).

Zudem vermisst das BGer eine gesetzliche Grundlage für die Forderung des BVGer nach einem umfassenden Instandhaltungskonzept. Insbesondere der Nachweis der Wirtschaftlichkeit könne nicht Gegenstand der gerichtlichen Anordnung sein, da diese Bewertung einzig der Betreiberin obliege (E. 13 [219 ff.]).

III. Besprechung

Das vorliegende Urteil ist im Ergebnis ohne jeden Zweifel richtig. Eine derart apodiktische Aussage mag in einer Urteilsbesprechung erstaunen. Ihr Grund liegt aber nicht etwa in einer besonders kernenergiefreundlichen Haltung des Autors, sondern vielmehr darin, dass das Urteil kernenergierechtlich im Wesentlichen ein obiter dictum bleibt: Wie das BGer selbst mehrfach ausführt, ist die Befristung, die Gegenstand der Beurteilung war, weder geeignet noch erforderlich, die Sicherheit eines KKW zu gewährleisten.[16] Das BGer hätte die Fragen nach der Zuständigkeit des UVEK und der Sicherheit des KKW Mühleberg offenlassen können. Unabhängig von ihrer Beantwortung hätten sie gar nicht zur Abweisung der Beschwerde führen können.

Dass das Urteil dennoch ein grosses mediales und politisches Echo auslöste, ist angesichts der Kontroversen um das KKW Mühleberg verständlich. Der eigentliche Zündstoff in diesem Entscheid ist aber weniger energie-, sondern verwaltungsrechtlicher Natur.

1. Grundrechtsrügen

Die BKW rügte zunächst die Verletzung ihrer Grundrechte.[17] Das BGer bezeichnet diese Rügen als unerheblich, da vorliegend einzig das Verwaltungsrechtsverhältnis relevant sei. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Einerseits wird in formeller Hinsicht vorausgesetzt, dass die BKW Grundrechtsträgerin sei, was zumindest zu prüfen gewesen wäre.[18] Andererseits hat das BGer in materieller Hinsicht in der Vergangenheit Verwaltungshandeln nach zwei alternativen «Schienen» geprüft und bald einen verwaltungsrechtlichen, bald einen grundrechtlichen Massstab angelegt.[19] Es mag sein, dass das BGer gerade den vorliegenden Fall mit verwaltungsrechtlicher Optik untersuchte, da die Anwendung eines Bundesgesetzes zu prüfen war und mithin Art. 190 BV einer Überprüfung im Wege gestanden hätte.[20] Dennoch bleiben die Grundrechte einschlägig.[21] Wenn eine Grundrechtsrüge explizit und substantiiert[22] vorgebracht wird, hat das BGer sie zu prüfen.[23] Das Anwendungsgebot ist kein Prüfungsverbot.[24] Wenn ein Grundrechtsverstoss vorläge, wäre eine verfassungskonforme Auslegung des Bundesgesetzes zu finden oder zumindest die Verfassungswidrigkeit festzustellen. Vorliegend bleibt der Verzicht freilich ohne Bedeutung, da den Anträgen der Beschwerdeführerin im Ergebnis entsprochen wurde. Sie hat also keinen *Grund*, sich dagegen zu wehren, dass die grundrechtlichen Rügen kurzerhand ausgeblendet wurden. Rechtssuchenden, die in öffentlich-rechtlichen Belangen ans Bundesgericht gelangen, steht aber regelmässig kein Rechtsmittel offen, mithin gar keine *Möglichkeit*, sich gegen ein Urteil zu wehren. Daher bleibt zu hoffen, dass die fragwürdige bundesgerichtliche Willigkeit zur Selbstbeschränkung nicht zur ständigen Praxis wird, sondern nur erfolgte, um die Urteilsbegründung kurz zu halten.

2. Instandhaltungskonzept

Bei der Beurteilung der Auflage, die BKW hätten ein umfassendes Instandhaltungskonzept[25] einzureichen, ist dem BGer hingegen beizupflichten. Ein solches Instandhaltungskonzept entbehrt einer gesetzlichen Grundlage. Da alles staatliche Handeln einer Rechtsgrundlage bedarf,[26] kann kein Instandhaltungskonzept verlangt werden, wo das Bewilligungsprozedere keines

[15] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

[16] So etwa BGE 139 II 185 E. 11.7 (214): «Erfolgt die Nachrüstung innert der angesetzten Frist und kann damit den Sicherheitsanforderungen genügt werden, so besteht kein Grund für eine Befristung. Werden die von der Behörde angeordneten Massnahmen trotz Mahnung nicht befolgt, so wird die Bewilligung entzogen, auch wenn sie nicht befristet war. Die Befristung ist in diesen Fällen weder notwendig noch geeignet, um die Sicherheit zu gewährleisten.» (Nachweise weggelassen). A.M. Rainer Wolf, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: Beck (Hrsg.), Politik in der Risikogesellschaft, Frankfurt a.M. 1991, 411, die freilich in der spezifischen Ausgestaltung des deutschen Atomrechts begründet ist.

[17] BGE 139 II 185, Unpublizierte E. 8.1. Dazu auch oben II.2. vor FN 9.

[18] Vgl. dazu die Argumente aus der Urteilsberatung bei Benjamin Märkli, Zur Urteilsberatung des Bundesgerichts in Sachen KKW Mühleberg, Jusletter 22. April 2013, Rz. 8.

[19] Vgl. etwa BGE 135 I 302 resp. BGE 138 I 274 und dazu ausführlich Patrik Louis/Benjamin Schindler, Verwaltungsrecht und Grundrechte als «Türen» zum öffentlichen Raum, AJP 5/2013, 796 ff.

[20] Zu anderen Gründen Louis/Schindler (FN 19), 802 f.

[21] Allgemein Hangartner, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 34 ff.

[22] Art. 106 Abs. 2 BGG (Bundesgesetz über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110).

[23] Art. 29 Abs. 2 BV.

[24] So die ganz h.M.: Statt vieler Hangartner (FN 21), Rz. 8 m.H.

[25] BGE 139 II 185 E. 13.

[26] Art. 5 Abs. 1 BV.

vorsieht, zumal die laufende Aufsicht durch Anordnungen den sicheren Betrieb des KKW zu gewährleisten vermag. Das KEG sieht für das Bewilligungsverfahren – im Gegensatz zur laufenden Aufsicht[27] – einen abschliessenden Katalog von Kriterien vor.[28] Zutreffend ist auch, dass die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Weiterbetriebs der BKW obliegt[29] und nicht der Aufsichts- resp. Bewilligungsbehörde.[30] Selbst wenn die BKW aus wirtschaftlichen Gründen auf die Umsetzung einer Anordnung verzichtetet und lieber den sofortigen Bewilligungsentzug in Kauf nähme, wären die Stilllegungskosten durch den Stilllegungsfonds gedeckt.[31] Damit besteht überdies auch kein öffentliches Interesse daran, die Wirtschaftlichkeit des Weiterbetriebs zu erzwingen.

3. Energierechtliche Fragen

In den «Kernerwägungen» des Urteils äussert sich das BGer sodann eingehend und nachvollziehbar zur Aufteilung der Zuständigkeit zwischen UVEK, ENSI und BVGer sowie zur nuklearen Sicherheit.

Es legt überzeugend dar, dass das ENSI zur Beurteilung der Sicherheit fachkompetent und zuständig ist.[32] Die Folgerung, das UVEK müsse zwar eine eigene, kritische Prüfung vornehmen, könne aber nur in offensichtlichen Fällen von der Einschätzung des ENSI abweichen, ist folgerichtig und im vorliegenden Zusammenhang auch sachgemäss.[33] Zu bedauern ist hingegen, dass sich diese Folgerung beinahe ausschliesslich auf Überlegungen der Fachkompetenz abstützt. Zu wenig Fokus legt das BGer darauf, dass die Zuständigkeit in Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtung aus Art. 8 Abs. 2 CNS ausgestaltet wurde. Das Übereinkommen verlangt ausdrücklich eine organisatorische und funktionelle Trennung der Behörden, die für die Stromversorgung resp. die nukleare Sicherheit verantwortlich sind.[34] Auch dass mit der Eidgenössischen Kommission für nukleare Sicherheit[35] ein unabhängiges, fachkundiges Organ für eine «Zweitmeinung» zur nuklearen Sicherheit vorhanden ist (Art. 71 Abs. 3 KEG), hätte mehr Gewicht als die blosse Erwähnung in einem Nebensatz des Urteils verdient, war es doch auch die angeblich fehlende «Zweitmeinungsfunktion», die vom BVGer und den bundesgerichtlichen Beschwerdegegnern als Argument für eine weitergehende Zuständigkeit des UVEK ins Feld geführt wurde.[36]

Auch die Ausführungen zur nuklearen Sicherheit[37] überzeugen grösstenteils. Auf die allgemeine Darstellung des Systems der nuklearen Sicherheit hätte man verzichten und diese Aufarbeitung der Literatur überlassen können: Das Urteil wäre nicht weniger verständlich oder nachvollziehbar geworden. Nach dieser allgemeinen Darstellung befasst sich das BGer mit den Feststellungen, die dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde liegen. Offensichtlich falsch ist der Vorwurf des BVGer, das UVEK habe sich mit den einschlägigen Sicherheitsaspekten nicht auseinandergesetzt.[38] Auch die vorinstanzliche Einschätzung zu zwei der drei gerügten Sicherheitsmängel fusst auf einem falschen Verständnis der relevanten Gutachten. Zu Recht stellt das BGer hier auf die eigentliche Aussage der Gutachten ab; hier nimmt es gerade *keine* eigene Einschätzung der Sachlage vor, sondern tut das, was es auch vom BVGer verlangt und hält sich an die Einschätzung der Experten. Anders bei der Feststellung zum dritten Sicherheitsmangel, zur fehlenden Redundanz des Kühlsystems. Hier führt das BGer aus, das BVGer weiche ohne triftigen Grund von der Einschätzung der Vorinstanz ab, was falsch sei. Die fehlende Redundanz des Kühlsystems könne ohne Weiteres durch die laufende Aufsicht behandelt werden. Hierbei handelt es sich aber um eine reine Ermessensfrage. Damit begeht das BGer den gleichen Fehler, den es dem BVGer vorwirft: Es weicht von der Einschätzung der Vorinstanz ab, ohne einen triftigen Grund für ihre Fehlerhaftigkeit anzuführen. Diese Kritik am Urteil des BVGer ist widersprüchlich. Entweder darf ein (in beiden Fällen: nicht fachkundiges) Gericht das Ermessen der (in beiden Fällen: nicht fachkundigen) Vorinstanz korrigieren: Dann ist die Einschätzung des BVGer grundsätzlich zulässig, und das BGer hätte die Abweichung eingehender begründen müssen.[39] Oder aber die Korrektur des Ermessens ist ausgeschlossen: Dann besteht auch für das BGer kein Raum, die Einschätzung des BVGer umzustossen.

---

[27] Art. 72 Abs. 2 und 3 KEG; dazu Yvonne Scheiwiller, Nukleare Aufsicht in der Schweiz, Sicherheit & Recht 2/2009, 130.

[28] Art. 20 Abs. 1 KEG; einzige «Gestaltungsmöglichkeit» im Bewilligungsverfahren ist die Befristung in Abs. 2.

[29] Die Konzeption, nach der wirtschaftliche Überlegungen in den privaten, Sicherheitsüberlegungen in den öffentlichen Bereich fallen, findet sich implizit auch z.B. in den Ausführungen zur Nachschusspflicht in der Botschaft zum KEG, BBl 2001 2665 ff., 2810 f.

[30] Vgl. die von der Aufsichts- resp. Bewilligungsbehörden überprüften Kriterien in den Art. 72 resp. 20 KEG und die Ausführungen zum (wirtschaftlichen) Bedarfsnachweis in Kap. 7.3.4.2.1. Botschaft zum KEG (FN 29), 2736.

[31] Art. 77 ff. KEG. Vgl. insbesondere auch die Nachschusspflicht des Art. 80 KEG.

[32] BGE 139 II 185 E. 9.2.

[33] Vgl. etwa Johannes Reich, ZBl 114 (2013), 521 f.; Grundsätzlich zum «Abschied vom Polizeirecht» in der Risikoabwehr vgl. auch Wolf (FN 16), passim und insb. 386 ff.

[34] Ebenso Reto Patrick Müller, Energiewende: Neue Politik in altem Kleid?, ZBl 114 (2013), 663; Scheiwiller (FN 27), 129 f.; schon zum vorinstanzlichen Urteil, Bütler/Schindler (FN 7), 144 f.; Johannes Reich, ZBl 113 (2012), 366 f. Grundsätzlich zur Unabhängigkeit von Fachbehörden und spezifisch des ENSI vgl. Benjamin Schindler, Verwaltungsermessen, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 456.

[35] Vgl. dazu Scheiwiller (FN 27), 130.

[36] Vgl. auch die Bedenken bei Reich (FN 33), 522 f.

[37] BGE 139 II 185 E. 11.

[38] Dazu BGE 139 II 185 E. 12.3 (217 f).

[39] Da das BVGer zur Ermessenskontrolle befugt ist, während das BGer nur bei Ermessensfehlern eingreifen kann; vgl. etwa BSK BGG-Schott, Art. 95 N 34; ausführlicher auch sogleich III.4.

4. Kognition des BVGer

Der oben erwähnte Zündstoff des Urteils ist aber, dass das BGer die *Kognition*[40] des BVGer einschränkt.[41] Wenn es bloss einen Eingriff zulässt, wo «nur eine richtige Lösung» denkbar ist, die namentlich vom Bundesrecht klar vorgesehen, ohne weitere Fachabklärungen erkennbar und ohne Verwaltungsermessen bestimmbar sein muss, ändert es seine bisherige Praxis, die eine Beschränkung der Prüfdichte gegenüber dem Ermessen einer Fachbehörde als *zulässig* erkannt hat,[42] dahingehend, dass die Beschränkung neu *zwingend* ist. So sehr die Reduktion der Prüfdichte im vorliegenden Fall aufgrund des speziellen Expertenwissens des ENSI überzeugt,[43] ist die neue Praxis dennoch abzulehnen, und zwar aus zwei Gründen.

Erstens schafft das Urteil Rechtsunsicherheit, weil ungewiss bleibt, ob das BGer neuerdings die Kognition aller Gerichte gegenüber allen Fachbehörden beschränkt oder ob es beim Einzelfall Kernenergierecht bleiben soll. Der Wortlaut des Urteils und die Voten aus der öffentlichen Urteilsberatung[44] legen jedenfalls nahe, dass es um Fachbehörden generell geht. Unklar bleibt aber, welche Behördenentscheide noch dem Bereich des «Allgemeinwissens» entstammen und der unbeschränkten Überprüfung unterliegen, und welche bereits dem Bereich des «speziellen Expertenwissens» zuzurechnen sind.

Zweitens, und dies ist das Hauptproblem, setzt sich das BGer über die Entscheidungen des Gesetzgebers hinweg, der – entgegen berechtigter Kritik aus der Lehre[45] – dem BVGer uneingeschränkte Kognition eingeräumt hat.[46] Diese Regelung hat er nicht etwa unüberlegt oder in Unkenntnis der Kritik erlassen, sondern eine bewusste Wertentscheidung zugunsten einer weiteren Kognition des BVGer getroffen, um namentlich einen umfassenden Rechtsschutz zu verwirklichen.[47] Mithin steht es dem BVGer frei, seine Kognition auszuschöpfen und auch das Ermessen der Vorinstanz zu überprüfen.[48] Dies im Gegensatz zum BGer, das sich als Höchstgericht nach der gesetzgeberischen Konzeption gerade ausschliesslich auf die Rechtskontrolle zu konzentrieren hat.[49] Diese Aufgabenverteilung kommt im Gesetz klar zum Ausdruck. Sie bezüglich der Gerichtskontrolle im technischen Fachbereich zu korrigieren, wäre Aufgabe des Gesetzgebers.[50] Auch wenn die Anpassung noch so wünschenswert ist, ist es nicht die Rolle des BGer, am demokratischen Prozess vorbei Abhilfe durch eine Auslegung contra legem zu schaffen.[51]

---

[40] Hier verstanden im Sinne der Prüfungszuständigkeit resp. der Prüfungsbefugnis (Schindler, Komm. VwVG zu Art. 49 Rz. 5; Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, N 1426; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1027).

[41] BGE 139 II 185 E. 9.3.

[42] Vgl. etwa BGE 131 II 680, E. 2.3.2. S. 683 f.; 136 I 184, E. 2.2. S. 188 ff.

[43] Ausführlich Schindler (FN 34), Rz. 463 ff.

[44] Vgl. dazu Märkli (FN 18), Rz. 15.

[45] Reich (FN 33), 522; Kölz/Häner/Bertschi (FN 40), Rz. 798; Schindler (FN 40), Rz. 2 ff. je m.w.H.; Georg Müller, Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte, in: Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter (Hrsg.), Der Weg zum Recht: Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, 344 f.

[46] Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG (Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 173.32).

[47] Botsch. Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., 4256.

[48] Kölz/Häner/Bertschi (FN 40), Rz. 1055 m.H. auf die Rechtsprechung des BGer.

[49] Art. 189 BV; Art. 95 ff. BGG; Botsch. Totalrevision der Bundesrechtspflege (FN 47), 4335 f.; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 207.

[50] So auch vorgeschlagen im Bericht des Bundesrates über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013 9077, 9104.

[51] So dem Grundsatz nach auch Reich (FN 33), 522.