

MARTIN PESTALOZZI  
LIC. IUR. RECHTSANWALT / MEDIATOR SAV

ROLF VOGLER  
LIC. IUR. RECHTSANWALT

SEEFELDSTRASSE 9A  
8630 RÜTI ZH

TELEFON +41 55 251 59 59

M. Pestalozzi direkt +41 55 251 59 53

R. Vogler direkt +41 55 251 59 51

TELEFAX +41 55 251 59 58

martin.pestalozzi@pestalozzivogler.ch

rolf.vogler@pestalozzivogler.ch

www.pestalozzivogler.ch

POSTCHECK 84 – 32 660-2

MWST-Nr. CHE-108.080.397 MWST

EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER  
DES KANTONS ZÜRICH

M2916

Rüti, 5. November 2012 / MPE

LSI

Bundesverwaltungsgericht

Postfach

9023 St. Gallen

## BESCHWERDE

in Sachen

1. **Markus Kühni**, geb. 17. April 1969, dipl. Informatik-Ingenieur ETH,  
Fichtenweg 21, 3012 Bern,

2. **Rainer Burki**, geb. 19. Juni 1969, dipl. Informatik-Ingenieur ETH,  
Fluh 86, 3204 Rosshäusern,

Beschwerdeführer,

vertreten durch RA Martin Pestalozzi, Anwaltsbüro Pestalozzi & Vogler,  
Seefeldstrasse 9a, 8630 Rüti ZH,

gegen

**Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI**,

Industriestrasse 19, 5200 Brugg,

Beschwerdegegner,

und

**BKW FMB Energie AG**, Viktoriaplatz 2, 3000 Bern 25

Mitbeteiligte,

vertreten durch RA Walter Streit, Gesellschaftsstrasse 27/Postfach 6858,  
3001 Bern,

**betreffend Nichteintreten auf ein Gesuch um Erlass einer Verfügung über Realakte im Sinne von Art. 25a VwVG über die widerrechtliche Handhabung der deterministischen Störfallanalyse im Rahmen der laufenden Aufsicht beim Kernkraftwerk Mühleberg durch das ENSI.**

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Rechtsbegehren</b>	<b>3</b>
<b>Begründung</b>	<b>3</b>
<b>1. Formelles</b>	<b>3</b>
<b>2. Sachverhalt</b>	<b>5</b>
<b>3. Vorgeschichte des Gesuchs</b>	<b>8</b>
<b>4. Zusammengefasste materiellrechtliche Lage</b>	<b>11</b>
<b>5. Zur Eintretensfrage</b>	<b>17</b>
5.1. Vorbemerkung	17
5.2. Die einzelnen Eintretensvoraussetzungen	17
5.3. Rechtsauffassung der Beschwerdeführer	19
5.3.1. Legitimation	19
5.3.2. Zulässigkeit der gestellten Begehren	24
5.4. Ergänzende Auseinandersetzung mit der angefochtenen Verfügung des ENSI	25
5.4.1. Grundsätzliches	25
5.4.2. Zu Erwägung 1:	26
5.4.2.1. Zu Erwägung 1.1:	26
5.4.2.2. Zu Erwägung 1.2:	26
5.4.2.3. Zu Erwägung 1.3:	28
5.4.2.4. Zu Erwägung 1.4:	29
5.4.2.5. Zu Erwägung 1.5:	30
5.4.2.6. Konsequenzen	31
5.4.3. Zu Erwägung 2:	31
5.4.3.1. Zu Erwägung 2.1:	31
5.4.3.2. Zu Erwägung 2.2:	31
5.4.3.3. Zu Erwägung 2.3, Ingress:	32
5.4.3.4. Zu Erwägung 2.3.1:	32
5.4.3.5. Zu Erwägung 2.3.2:	33
5.4.3.6. Zu Erwägung 2.3.3:	34
5.4.3.7. Zu Erwägung 2.3.4:	35
5.4.4. Zu Erwägung 3:	35
5.4.4.1. Zu Erwägung 3.1:	35
5.4.4.2. Zu Erwägung 3.2:	35
5.4.4.3. Zu Erwägung 3.3:	36
5.4.4.4. Zu Erwägung 3.4:	41
<b>6. Schlussfolgerungen</b>	<b>43</b>
<b>Beilagenverzeichnis</b>	<b>45</b>

---

## RECHTSBEGEHREN

*Es sei in Gutheissung der Beschwerde die Nichteintretensverfügung des ENSI vom 5. Oktober 2012 aufzuheben und die Sache zur materiellen Behandlung des Gesuchs der Beschwerdeführer vom 20. März 2012 an das ENSI zurückzuweisen; alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten des ENSI, eventualiter zulasten der BKW FMB Energie AG.*

## BEGRÜNDUNG

### 1. Formelles

- 1 Der angefochtene Entscheid liegt bei.

**Beweisofferte:**

Beilage 1 Verfügung ENSI vom 5. Oktober 2012

- 2 Es sind vom ENSI die vollständigen Akten beizuziehen.

**Beweisofferte:**

Aktenbeizug von Amtes wegen

- 3 Der Unterzeichner ist von den Beschwerdeführern gehörig bevollmächtigt. Die Originalvollmachten befinden sich bei den Akten des ENSI.

**Beweisofferte:**

Beilage 2 Anwaltsvollmacht Beschwerdeführer 1

Beilage 3 Anwaltsvollmacht Beschwerdeführer 2

- 4 Die angefochtene Verfügung datiert vom Freitag, 5. Oktober 2012 und ist am Montag, 8. Oktober 2012 beim Unterzeichner eingegangen. Die Beschwerdefrist von 30 Tagen ist somit gewahrt.

**Beweisofferte:**

- Beilage 4 Briefumschlag  
Beilage 5 Sendungsverfolgung der Post

- 5 Die Beschwerde richtet sich gegen eine gemäss Art. 33 Bst. d VGG zulässige Vorinstanz. Ausschlussgründe, insbesondere solche gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. e VGG, liegen nicht vor.
- 6 Die Legitimationsvoraussetzungen gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG sind gegeben: Mit der Stellung ihres Gesuchs haben die Beschwerdeführer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen. Durch das Nichteintreten auf ihr Gesuch sind sie von der angefochtenen Verfügung besonders berührt. Sie haben dementsprechend ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung und der beantragten Rückweisung zur materiellen Behandlung des Gesuchs an den Beschwerdegegner. Ergänzend wird auf das nachfolgend zum Sachverhalt und zum Rechtlichen Ausgeführte verwiesen.
- 7 Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist die Frage, ob das ENSI als Vorinstanz Art. 25a VwVG richtig angewendet hat.<sup>1</sup> Bezüglich der Beschwerdemöglichkeiten des Bundesverwaltungsverfahrensrechts müssen für das vorliegende Beschwerdeverfahren keine verfahrensrechtlichen Besonderheiten berücksichtigt werden.<sup>2</sup>
- 8 Bei einem Nichteintretensentscheid ist nur das Nichteintreten Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren.<sup>3</sup> Wird die Beschwerde gutgeheissen, erfolgt zwingend immer eine Rückweisung an die Vorinstanz.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/ANDRÉ W. MOSER, ausgewählte prozessrechtliche Fragen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ZBl 2008 S. 1 ff., insbesondere S. 7 f.

<sup>2</sup> MARIANNE TSCHOPP-CHRISTEN, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Zürich 2009, S. 170.

<sup>3</sup> So ganz grundsätzlich BVGer A-6030/2011 vom 30. Juli 2012 E. 1.3 und spezifisch für Art.25a VwVG MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltung Realakte, in: PIERRE TSCHANNEN (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bernardtage für die juristische Praxis BTJP 2006, S. 313 ff., insbesondere S. 359 sowie TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 170 f.

<sup>4</sup> PHILIPPE WEISSENBERGER, in: WALDMANN/WEISSENBERGER, Praxiskommentar VwVG, N 19 zu Art. 61 mit Verweisen auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts.

- 9 Weil somit eine direkte materielle Behandlung des Gesuchs der Beschwerdeführer durch das Bundesverwaltungsgericht nicht möglich ist,<sup>5</sup> müssen sich die Beschwerdeführer nachfolgend darauf beschränken, dem Bundesverwaltungsgericht dessen Tragweite im Hinblick auf die umstrittene Eintretensfrage darzulegen. Sie weisen aber bereits an dieser Stelle mit Nachdruck darauf hin, dass die materielle Behandlung der mit dem Gesuch gestellten Anträge angesichts der grossen Sicherheitsrelevanz der im Gesuch dargestellten Probleme dringlich ist, weshalb sie das Bundesverwaltungsgericht um eine möglichst beschleunigte Verfahrensabwicklung ersuchen.

**Beweisofferte:**

Beilage 6 Gesuch der Beschwerdeführer vom 20. März 2012

- 10 Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist somit einzutreten.

## **2. Sachverhalt**

- 11 Nach dem Kernkraftwerk-Unglück in Fukushima ordnete das ENSI die Überprüfung der Auslegung des Kernkraftwerks Mühleberg<sup>6</sup> bezüglich Erdbeben und Überflutung gegenüber der BKW FMB Energie AG<sup>7</sup> an. Es bezog sich dabei auf Art. 44 KEV und Art. 2 Abs. 1 Bst. d Ausserbetriebnahmeverordnung.<sup>8</sup> Das ENSI ging davon aus, dass Erdbeben und Hochwasser sowie die Kombination von beiden in Bezug auf die Kriterien für die vorläufige Ausserbetriebnahme und Nachrüstung neu analysiert werden müssen. Unter anderem muss besonders die Gefährdung durch Hochwasser neu beurteilt werden. Aufgrund der ersten Erkenntnisse aus Fukushima sind insbesondere die Folgeschäden des Hochwassers wie Verstopfung oder Zerstörung von Einlaufbauwerken durch mitgeführtes Geschiebe und Schwemmgut detailliert zu betrachten. Das ENSI forderte deshalb die BKW auf, den deterministischen Nachweis für die Beherrschung des 10'000-jährlichen

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 171.

<sup>6</sup> Nachfolgend abgekürzt »KKM«.

<sup>7</sup> Nachfolgend abgekürzt »BKW«.

<sup>8</sup> Verordnung des UVEK über die Methodik und die Randbedingungen zur Überprüfung der Kriterien für die vorläufige Ausserbetriebnahme von Kernkraftwerken vom 16. April 2008, SR 732.114.5.

Hochwassers (basierend auf den für die Rahmenbewilligungsgesuche neu bestimmten Hochwassergefährdungen unter Berücksichtigung der ENSI-Forderungen aus den entsprechenden Gutachten) bis zum 30. Juni 2011 unter den vom ENSI definierten Rahmenbedingungen zu führen.

**Beweisofferte:**

Beilage 7 Verfügung des ENSI vom 1. April 2011

- 12 Zu diesem Nachweis der BKW verfasste das ENSI am 31. August 2011 eine Aktennotiz »*Stellungnahme des ENSI zum deterministischen Nachweis des KKM zur Beherrschung des 10'000-jährlichen Hochwassers*«.

**Beweisofferte:**

Beilage 8 Aktennotiz ENSI 11/1481 vom 31. August 2011

- 13 In dieser Aktennotiz hielt das ENSI unter anderem wörtlich Folgendes fest:<sup>9</sup>

*Einströmpfad 4: Nachgerüstete Einspeisestelle für mobile Pumpen*

Die auslegungsgemässe Funktion des SUSAN-Rechens ist nach Beurteilung des ENSI aufgrund der Sedimentablagerungsprozesse in den Rohren und der Konstruktion gewährleistet. Aufgrund der vom KKM eingereichten Unterlagen kann aber die Gefahr einer Verstopfung des SUSAN-Rechens durch biologisches Material nicht vollständig ausgeschlossen werden.

Die Nachrüstung einer zusätzlichen Einspeisemöglichkeit durch vier Anschlussstutzen, welche in eine Einlaufkammer hinter dem SUSAN-Rechen münden, ermöglicht die Kühlwasserversorgung des SUSAN-Notstandsystems mit mobilen Pumpen auch bei einer allfälligen Verstopfung des SUSAN-Rechens. Eine Beeinträchtigung des SUSAN-Kühlwassersystems durch Verunreinigungen wird vom ENSI ausgeschlossen, weil die Saugkörbe der mobilen Pumpen kleinere Öffnungen (Ø5 mm) /29/ haben als der SUSAN-Rechen (10 mm).

Insgesamt können vier Pumpen angeschlossen werden. Da zwei Pumpen zur Bespeisung ausreichen, ist das Betriebspersonal bei Verstopfung einzelner Pumpenansaugkörbe (zwei pro Pumpe) in der Lage, diese alternierend zu reinigen, ohne dass die Kühlwasserversorgung unterbrochen werden muss. Der Standort der Einspeisestelle befindet sich entfernt von der Aare auf dem Anlagengelände und ist nach Beurteilung des ENSI auch bei einem 10'000-jährlichen

Hochwassers noch gut zugänglich. Bei vier grossen mobilen Pumpen /29/ auf dem Anlagengelände wird auch der Ausfall einer Pumpe beherrscht. Das ENSI beurteilt diese Nachrüstung zur Versorgung des SUSAN-Einlaufs mit Kühlwasser als eine zusätzliche Einrichtung, mit der die Kühlwasserversorgung des SUSAN mit hoher Zuverlässigkeit **im Rahmen von AM-Massnahmen** gewährleistet werden kann. Der Standort der Pumpen kann je nach Pegelstand variiert werden, so dass dieser Einspeisepfad auch bei Pegeln über 466,9 m ü. M. zur Verfügung steht.

<sup>9</sup> Beilage 8, S. 14.

- 14 »AM-Massnahmen« heisst hier Massnahmen des »Accident Management«. Das ENSI kreditiert also im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit die mobile Einspeisestelle, mobile Pumpen und »AM-Massnahmen« als Nachrüstung für die Kühlwasserversorgung des SUSAN-Notstandsystems des KKM ausdrücklich für den deterministischen Sicherheitsnachweis *bei Auslegungstörfällen*.
- 15 Das ist ausgesprochen sicherheitsrelevant: Die Speisung mit den mobilen Pumpen erfolgt aus der Aare in eine Einspeisestelle, die beim besagten Hochwasser bereits einen halben Meter unter Wasser steht. Das Pumpenwasser wird hinter den Feinrechen gespeist, von wo aus es über eine einzige Leitung (0.4 m Durchmesser) zu den SUSAN-Pumpen geleitet wird. In dieser Nachspeisekette ist keinerlei Reservoir vorgesehen, sodass bereits bei kurzen Unterbrüchen der Zufuhr die Kühlwasserversorgung zusammenbricht.<sup>10</sup> Während dies für die nukleare Wärmeabfuhr wegen des Wasserpuffers im Torus zwar nicht sofort zu Problemen führt, ist dies für die wassergekühlten Notstromdieselgeneratoren ausgesprochen sicherheitsrelevant. Diese würden in kürzester Zeit überhitzen und ebenfalls ausfallen<sup>11</sup>. Damit entfielen die letzte Wechselstromversorgung (wie dies in Fukushima geschah). Durch die gegenseitige Abhängigkeit (Pumpe versorgt Notstromdieselgeneratoren mit Kühlung, Notstromdieselgeneratoren versorgen Pumpe mit Strom) wird die Situation zusätzlich verschärft. Mit dem Ausfall der Wechselstromversorgung fällt deshalb auch die Kernnotkühlung aus.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Das SUSAN-System braucht  $7.8\text{m}^3$  Wasser pro Minute (Gutachten zum Gesuch um unbefristete Betriebsbewilligung und Leistungserhöhung für das Kernkraftwerk Mühleberg, HSK 11/250; KSA 11/150, Würenlingen, Oktober 1991, insbesondere HSK 11/250 S. 2-5.

<sup>11</sup> Gemäss ENSI 11/1502 (Seite 4) sind 1.27 MW für Raum- und Dieselkühler abzuführen (entspricht ca. 200 Einfamilienhausheizungen auf Vollast); <http://static.ensi.ch/1321370401/stellungnahmekkm.pdf>.

<sup>12</sup> Zwar gibt es wie in Fukushima Daiichi noch batterie- und dampfbetriebene Systeme (RCIC). Diese stehen nur eine bestimmte Zeit nach der Abschaltung des Reaktors zur Verfügung – nur solange er noch unter Hochdruck steht. »Ziel im Notstandsfall muss sein, die Anlage in einen drucklosen, gefluteten und damit nachkühlfähigen Zustand zu bringen« schreibt das ENSI. Je nach Zeitpunkt der Kühlwasserunterbrechung fehlt also Dampf mit genügendem Druck als Energiequelle. In Fukushima Daiichi ist die Wiederherstellung der Kernnotkühlung dreifach gescheitert, obwohl es dort (im Unterschied zum KKM) sogar *festinstallierte* dieselbetriebene Pumpen und »Power Supply Vehicles« gab. Es gibt keinerlei Anlass anzunehmen, dass es in Mühleberg besser wäre. Siehe z.B. ENSI, Ereignisablauf Fukushima Daiichi, Seite 11, Anmerkungen 6, 7 und 8; [http://static.ensi.ch/1314627152/ensi\\_ablauf\\_260811\\_web.pdf](http://static.ensi.ch/1314627152/ensi_ablauf_260811_web.pdf).

- 16 Wie nachfolgend zusammengefasst<sup>13</sup> und im Gesuch ausführlich dargelegt wird, ist dieses kritisierte Vorgehen des ENSI kernenergierechtlich unzulässig und hat ein entsprechend gravierendes Sicherheitsrisiko zur Folge, welchem gegebenenfalls mit einer vom ENSI im Rahmen seiner Aufsicht verfügten vorläufigen Ausserbetriebnahme begegnet werden müsste.

### **3. Vorgeschichte des Gesuchs**

- 17 Als betroffener Anwohner in der Notfallplanungszone 2 des KKM, besorgter Familienvater, Unternehmer, Arbeitgeber und Bürger beschäftigte sich der Beschwerdeführer 1 schon seit längerem aus grosser Wertschätzung für unsere Lebensgrundlagen mithilfe seines Ingenieurwissens mit Fragen der nuklearen Sicherheit im Allgemeinen und mit dem KKM im Speziellen. Insbesondere hatte er sich schon vor Fukushima mit dem Hochwasserschutz des KKM auseinandergesetzt. Unmittelbar nach Fukushima liess er einen entsprechenden Bericht dem ENSI und der BKW zukommen.<sup>14</sup> Weder das ENSI noch die BKW hatten ihm je darauf geantwortet. Dementsprechend sensibilisiert verfolgte der Beschwerdeführer 1 die Aufsichtstätigkeit des ENSI gegenüber dem KKM.
- 18 Der Beschwerdeführer 2 bewohnt mit seiner Frau und seinem Kind das eigene Einfamilienhaus in der Zone 1, ist mit dem Beschwerdeführer 1 befreundet und teilt seine Sorge um unsere Lebensgrundlagen. Beide Beschwerdeführer pflegen über die Sicherheitsprobleme des KKM einen regen Austausch. Der Beschwerdeführer 2 beschäftigt sich beruflich intensiv mit der Konzeption und Ausfallsicherheit von grossen Telekommunikations-Netzwerken: Detektion von ursächlichen Fehlern sowie den automatischen und manuellen Interventionen zur Wiederherstellung des Netzwerkbetriebs. Die Antworten des ENSI im Briefwechsel mit Beschwerdeführer 1 überzeugten ihn auch aufgrund dieser beruflichen Kenntnisse keineswegs.

---

<sup>13</sup> Hinten Abschnitt 4.

<sup>14</sup> Vgl. dazu <http://energisch.ch/erdbeben-und-ueberflutung-ausfall-der-notstromversorgung/549> insbesondere [http://energisch.ch/wp-content/uploads/2012/05/Ueberflutung\\_-v8.pdf](http://energisch.ch/wp-content/uploads/2012/05/Ueberflutung_-v8.pdf).

- 19 Als der Beschwerdeführer 1 die Stellungnahme des ENSI zum Nachweis der BKW im Internet las, veranlasste ihn diese zu einer Eingabe an den ENSI-Rat und die eidgenössische Kommission für nukleare Sicherheit (KNS). In dieser Eingabe zeigte der Beschwerdeführer auf, dass das ENSI fundamentalste Prinzipien der nuklearen Sicherheit missachtet, darunter insbesondere den hier aufgezeigten Sachverhalt<sup>15</sup>.

**Beweisofferte:**

Beilage 9 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI-Rat und KNS vom 26. September 2011

- 20 In einer ersten Stellungnahme versicherte der ENSI-Rat, man nehme die Vorwürfe des Beschwerdeführers 1 an das ENSI sehr ernst und werde seine Argumente sorgfältig prüfen. Zugleich erhielt der Beschwerdeführer 1 eine erste, nicht abschliessende Reaktion des ENSI auf seine Kritik. Herr Georg Schwarz, stellvertretender Direktor und Leiter Aufsichtsbereich Kernkraftwerke des ENSI behauptete darin – wie nachfolgend zusammengefasst und im Gesuch ausführlich gezeigt wird, fälschlicherweise –, der Beschwerdeführer 1 unterliege einem grundlegenden Irrtum.

**Beweisofferte:**

Beilage 10 Brief ENSI-Rat an Beschwerdeführer 1 vom 30. September 2011

Beilage 11 Memo Georg Schwarz, ENSI, vom 30. September 2011

- 21 Am 14. November 2011 nahm der ENSI-Rat unter Beilage der Stellungnahme des ENSI vom 3. November 2011 zur Kritik des Beschwerdeführers 1 Stellung. In dieser Stellungnahme bestätigte das ENSI ausdrücklich, der vom Beschwerdeführer 1 geltend gemachte Grundsatz, wonach Auslegungsstörfälle allein mit fest eingebauten Sicherheitssystemen zu beherrschen sind, könne aus dem Regelwerk der IAEA abgeleitet werden. Der ENSI-Rat behauptete gestützt auf die Stellungnahme des ENSI jedoch – wie nachfolgend zusammengefasst und im Gesuch ausführlich gezeigt wird, zu Unrecht –, die Kritik des Beschwerdeführers 1 gelte nur für neue Anlagen und müsse selbst dort nicht auf das gesamte Spektrum der

---

<sup>15</sup> Vgl. vorn Abschnitt 2.

Auslegungsstörfälle angewendet werden. Für die Beherrschung von Störfällen, bei denen sich das Schadensbild über längere Zeiträume entwickle, seien Ausnahmen zulässig. Das ENSI habe sich bei der Kreditierung vorbereiteter interner Notfallschutzmassnahmen gemäss internationalen Stand von Wissenschaft und Technik auf europäische und vor allem auf deutsche Regelungen abgestützt, die fachlich gut fundiert seien und im internationalen Vergleich als verhältnismässig streng gälten. Darüber hinausgehend akzeptiere das ENSI die vom KKM erbrachten Nachrüstungen mit präventiven Notfallschutzmassnahmen nur als kurzfristige Lösung; für den Langzeitbetrieb habe es weitere Nachrüstungen gefordert und für deren Realisierung dem Betreiber eine Übergangsfrist eingeräumt. Gesamthaft kam deshalb der ENSI-Rat zum Schluss, dass das ENSI korrekt entschieden habe und kein Grund bestehe, die unverzügliche Ausserbetriebnahme des KKM zu verfügen.

**Beweisofferte:**

Beilage 12 Brief ENSI-Rat an Beschwerdeführer 1 vom 14. November 2011

Beilage 13 Stellungnahme ENSI vom 3. November 2011

- 22 Am Rande der öffentlichen Verhandlung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das KKM vom 13. Dezember 2011<sup>16</sup> kam es zu einem Gespräch zwischen dem Beschwerdeführer 1 und Herrn Georg Schwarz vom ENSI, an welchem sich der Beschwerdeführer 1 ergänzend auf die Richtlinie HSK-R-48<sup>17</sup> bezog, welche ebenfalls zwingend regelt, dass nur sicherheitstechnisch klassierte Einrichtungen für den deterministischen Sicherheitsnachweis zulässig sind, worauf Herr Schwarz behauptete, so etwas stehe nicht in dieser Richtlinie. Mit Brief vom 14. Dezember 2011 wandte sich der Beschwerdeführer 1 deshalb direkt an das ENSI und wies mit entsprechenden Zitaten die Unrichtigkeit dieser Behauptung von Herrn Schwarz nach.

**Beweisofferte:**

Beilage 14 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI vom 14. Dezember 2011

---

<sup>16</sup> Verfahren A-667/2010, abgeschlossen mit Urteil vom 1. März 2012.

<sup>17</sup> [http://static.ensi.ch/1314012285/r048\\_d.pdf](http://static.ensi.ch/1314012285/r048_d.pdf)

- 23 Auf diesen Brief erhielt der Beschwerdeführer 1 keine Antwort vom ENSI. Erst auf entsprechende Nachfrage vom 27. Januar 2012 antwortete ihm Herr Schwarz namens des ENSI mit Brief vom 1. Februar 2012 mit einem blossen Verweis auf den Brief des ENSI-Rats vom 14. November 2011 und die dort beigelegten Stellungnahme des ENSI. Weil Herr Schwarz dabei mit keinem Wort auf die zusätzliche Argumentation des Beschwerdeführers 1 bezüglich der Richtlinie HSK-R-48 einging, fragte der Beschwerdeführer 1 mit Brief vom 27. Februar 2012 diesbezüglich nochmals beim ENSI nach, erhielt aber darauf keine Antwort.

**Beweisofferte:**

- Beilage 15 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI vom 27. Januar 2012  
Beilage 16 Brief ENSI an Beschwerdeführer 1 vom 1. Februar 2012  
Beilage 17 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI vom 27. Februar 2012

- 24 Nachdem der ENSI-Rat als Aufsichtsbehörde über das ENSI sich einfach den Standpunkt des ENSI zu eigen gemacht hatte und das ENSI zu einer selbstkritischen Überprüfung seiner sachlich und rechtlich unhaltbaren Position aufgrund der detaillierten und belegten Kritik des Beschwerdeführers 1 offensichtlich nicht bereit war, mussten die Beschwerdeführer den formellen Weg der Stellung des vorliegenden Gesuchs nach Art. 25a VwVG.<sup>18</sup> wählen. Bezüglich der gestellten Anträge verweisen die Beschwerdeführer auf das Gesuch<sup>19</sup> wie auch auf die angefochtene Verfügung<sup>20</sup>, wo diese Anträge einleitend ebenfalls wiedergegeben werden.

#### **4. Zusammengefasste materiellrechtliche Lage**

- 25 In ihrem Gesuch haben die Beschwerdeführer die materiellrechtliche Lage im Detail dargelegt, worauf sie an dieser Stelle vorab vollumfänglich verweisen.<sup>21</sup>
- 26 Sie haben insbesondere die detaillierte Regelung der Sicherheitsfragen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe mit der zentralen Unterscheidung zwischen Aus-

---

<sup>18</sup> Beilage 6.

<sup>19</sup> Beilage 6, S. 3.

<sup>20</sup> Beilage 1, S. 2.

<sup>21</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2, S. 10 ff.

legungsstörfällen und auslegungsüberschreitenden Störfällen dargestellt<sup>22</sup>, dies mit folgendem Fazit:

- ◆ Der zwingende Charakter der Bestimmungen über die Vorsorge im Rahmen der Auslegungsstörfälle hat zur Folge, dass *innerhalb* der Auslegung und bei der Anwendung der deterministischen Störfallanalyse klare und strenge rechtliche Anforderungen mit ebenso klaren Konsequenzen gelten.
- ◆ Die Unterscheidung und Abgrenzung von Auslegungsstörfällen gegenüber auslegungsüberschreitenden Störfällen muss deshalb strikte gelten und vorgenommen werden. Die sicherheitstechnisch und rechtlich verbindliche Begrifflichkeit der »Auslegung« ist dabei zu respektieren und konsequent anzuwenden.
- ◆ Der Bewilligungsinhaber hat zur Vorsorge bei Auslegungsstörfällen die dargestellten klaren Vorschriften von Gesetz und Verordnungen zu beachten und zu erfüllen, während bei auslegungsüberschreitenden Störfällen weniger strikte Regeln gelten. Dementsprechend steht dem ENSI bei seiner Aufsichtstätigkeit im Bereich der Auslegungsstörfälle *kein* Ermessen zu und es hat demzufolge die gesetzlichen Vorgaben in diesem Bereich strikte umzusetzen, während es seine Aufsicht bei auslegungsüberschreitenden Störfällen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben nach pflichtgemäsem Ermessen handhaben darf. Jede Vermischung der bei den Auslegungsstörfällen geltenden Normen und Begrifflichkeiten der Auslegungsstörfälle mit Normen und Begrifflichkeiten, welche nur bei auslegungsüberschreitenden Störfällen gelten, ist unzulässig. Jeder solchermaßen unzulässige Rückgriff auf Praktiken, welche nur bei auslegungsüberschreitenden Störfällen zulässig wären, bedeutet eine schwerwiegende Verletzung der nuklearen Sicherheit.
- ◆ An dieser Stelle ist somit vorab festzuhalten und zu betonen, dass die gesamte hier relevante Diskussion *ausschliesslich* die Vorsorge bei *Auslegungsstörfällen* betrifft, weshalb allein die dafür geltenden Vorschriften anwendbar sind und nicht jene für die auslegungsüberschreitenden Störfälle.

27 Weiter haben die Beschwerdeführer folgende Punkte aufgezeigt und im Gesuch im Detail begründet:<sup>23</sup>

- ◆ Bereits die Gefährdungsannahmenverordnung stellt klar, dass nur Bauwerke und festinstallierte Anlageteile für den Nachweis der Einhaltung der

---

<sup>22</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2.1, S. 10 ff.

<sup>23</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2.2, S. 16 ff.

grundlegenden Schutzziele mit der deterministischen Störfallanalyse zulässig sind.

- ◆ Dieses »Konzept der gestaffelten Sicherheitsvorsorge« entspricht einschlägigen international anerkannten Grundsätzen, bekannt unter dem Fachbegriff »Defence in Depth«. Dieses Konzept wird als das fundamentalste und zentralste Prinzip der technischen Sicherheitsvorsorge bezeichnet.
- ◆ Dieses Prinzip der »in die Tiefe gestaffelten Abwehr« ist in Art. 18 des internationalen Übereinkommens über nukleare Sicherheit als Auslegungsgrundsatz ausdrücklich vorgeschrieben. Es gilt für alle Vertragsstaaten, also auch für die Schweiz, und für alle Kernanlagen, insbesondere *auch für die bereits vorhandenen*.
- ◆ Dem Begriff des »Accident Management« ist in der nuklearen Sicherheit gemäss IAEA auch für bestehende Anlagen eine klar definierte Bedeutung zugewiesen. Es umfasst *ausschliesslich* die Handlungen und die Ausrüstungen, welche bei einem *auslegungsüberschreitenden* Störfall eingesetzt werden sollen.
- ◆ Die Abgrenzung der Auslegungsstörfälle von den auslegungsüberschreitenden Störfällen stellt demzufolge eine *zentrale* Barriere des international verbrieften, fundamentalsten technischen Sicherheitsprinzips der »Defence-in-Depth«, also der gestaffelten Sicherheitsvorsorge im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Gefährdungsannahmenverordnung dar. Jede Verwässerung oder Aufhebung dieser Barriere stellt einen Bruch dieses Prinzips dar.
- ◆ Die Kreditierung von »AM-Massnahmen«, also Massnahmen des Accident Management, durch das ENSI bei der Vorsorge gegen *Auslegungsstörfälle* verstösst somit klar gegen diesen internationalen Grundsatz, welcher auch im nationalen Recht massgeblich ist.

- 28 Die Beschwerdeführer haben gezeigt, dass gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. e KEG der Bewilligungsinhaber für ein Kernkraftwerk periodisch eine umfassende Sicherheitsüberprüfung (PSÜ) vornehmen muss und dabei die bereits erwähnte Richtlinie HSK-R-48<sup>24</sup> für alle in Betrieb befindlichen Kernkraftwerke gilt. Diese Richtlinie definiert unter anderem, wie die so genannte »deterministische Sicherheitsstatusanalyse« bei *bestehenden* AKW angewendet werden soll. Die Beschwerdeführer haben, gestützt darauf, im Detail dargestellt, dass auch bei bestehenden AKW nur sicherheitstechnisch klassierte Bauwerke der nuklearen Bauklasse BK1 sowie

---

<sup>24</sup> Vorn Ziffer 22.

Ausrüstungen der Sicherheitsklassen SK 1-3 sowie 1E in einer deterministischen Störfallanalyse von Auslegungsstörfällen kreditiert, also angerechnet werden dürfen. E contrario ergibt sich ebenso klar, dass Ausrüstung, die nicht diesen Sicherheitsklassen angehört, ausschliesslich bei auslegungsüberschreitenden Störfällen bzw. im Rahmen der Probabilistischen Sicherheits-Analyse (PSA) angerechnet werden darf. Insbesondere ergibt sich auch aus der ENSI-Richtlinie G-01 über die »Sicherheits-technische Klassierung für bestehende Kernkraftwerke«, dass im Speziellen die Ausrüstung des »Accident Management« nicht sicherheitstechnisch zu klassieren ist, was logischerweise nur deshalb möglich ist, weil sie in der deterministischen Störfallanalyse irrelevant ist. So wird denn auch in den einschlägigen Regelwerken die Verfügbarkeit von Ausrüstung, welche nicht sicherheitstechnisch klassiert ist, in der deterministischen Störfallanalyse nicht einmal in Erwägung gezogen; vielmehr wird generell unterstellt, dass diese versagt. Deshalb verstösst das Vorgehen des ENSI, auch die mobilen Feuerwehrrpumpen und die unklassierte Einspeisestelle beim deterministischen Hochwassernachweis anzurechnen, krass gegen die im Gesuch dargestellten Normen.<sup>25</sup>

- 29 Zudem haben die Beschwerdeführenden gezeigt, dass die Funktionen, welche beim deterministischen Hochwassernachweis des KKM mittels der mobilen Pumpen erbracht werden müssen, nämlich die *unterbrechungsfreie Kühlwasserversorgung zur Nachzerfallswärmeabfuhr und für die wassergekühlten Notstromdieselegeneratoren* ganz klar *Sicherheitsfunktionen* der Sicherheitsklasse SK3 gemäss den einschlägigen Regelwerks ENSI-G01 sind und es dabei nicht, wie vom ENSI behauptet, um den Hochwasserschutz *für einzelne Bereiche der Anlage* geht, worauf allein sich die vom ENSI zitierte deutsche Richtlinie KTA 2207 bezieht. Der temporäre Hochwasserschutz beim KKM ist also gar nicht Gegenstand der von den Beschwerdeführern geübten Kritik. Die Beschwerdeführer haben dargestellt, dass nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 KEG ausdrücklich »*international anerkannte Grundsätze*« zur Anwendung kommen, weshalb es nicht angeht, dass das ENSI diese einschlägigen dargestellten internationalen Regelwerke der IAEA und der

---

<sup>25</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2.3, S. 20 ff.

WENRA<sup>26</sup> unter Berufung auf angebliche Regelungen in einem einzelnen anderen Land unterläuft.<sup>27</sup>

- 30 Die Beschwerdeführer haben im Gesuch auch gezeigt, dass der Bundesrat im Entscheid zur Betriebsbewilligung für das KKM von 1992 zur Rüge, es seien zwar festinstallierte, aber unqualifizierte Systeme bei der Störfallanalyse berücksichtigt worden, ausdrücklich zusicherte, es seien nur die (festinstallierten und qualifizierten) *Sicherheitssysteme* berücksichtigt worden, während das Speisewassersystem und das Hochreservoir ausschliesslich im Zusammenhang mit probabilistischen Studien erwähnt worden seien. 20 Jahre später geht nun das ENSI sogar noch eine Qualitätsstufe unter diese letzteren beiden zwar festinstallierten, aber *unqualifizierten* Systeme und berücksichtigt sogar *mobile* Ausrüstung bei der deterministischen Störfallanalyse.<sup>28</sup>
- 31 Soweit sich das ENSI in seiner Stellungnahme vom 3. November 2011 für die Zulässigkeit der Kreditierung »*derartiger Notfallschutzmassnahmen*« auf Art. 82 KEV berief, haben die Beschwerdeführer – unter anderem auch unter Berufung auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts zur Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das KKM<sup>29</sup> – im Detail dargelegt, dass und wieso Art. 82 KEV auf den Nachweis der Einhaltung der grundlegenden Schutzziele durch eine deterministische Störfallanalyse gemäss Art. 2 Abs. 1 Gefährdungsanahmenverordnung überhaupt nicht anwendbar und auch nicht auf die periodische Sicherheitsüberprüfung PSÜ übertragbar ist.<sup>30</sup>
- 32 Schliesslich haben die Beschwerdeführer auch noch gezeigt, dass die BKW selber die Accident-Management-Massnahmen, insbesondere den Einsatz der Feuerwehropumpen, gar nicht bei ihrem deterministischen Sicherheitsnachweis anrechnen wollten und es vielmehr das ENSI selbst war, welches in eigener Regie die Notfallmassnahme mit mobilen Feuerwehropumpen im Auslegungstörfall kreditier-

---

<sup>26</sup> Vgl. dazu im Detail Ziffer 73 ff. des Gesuchs.

<sup>27</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2.4, S. 27 ff.

<sup>28</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2.5, S. 32 ff.

<sup>29</sup> BVGer A-667/2010 vom 1. März 2012 (fortan abgekürzt »*BVGE MÜHLEBERG I*«) E. 3.4

<sup>30</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2.6, S. 34 ff.

te, obwohl es sie selber explizit als »*Accident Management*« einstuft. Das ENSI hat also eine ungenügende Eingabe der BKW für diesen zentralen deterministischen Sicherheitsnachweis einfach selber willkürlich uminterpretiert, statt sie zur Verbesserung zurückzuweisen.<sup>31</sup>

- 33 Diese umfassende Darlegung der Sach- und Rechtslage sowie Widerlegung der Behauptungen des ENSI führte die Beschwerdeführer zur *Schlussfolgerung*, dass sich das dargestellte und gerügte Vorgehen des ENSI als offensichtlich widerrechtlich erweist und der gestellte Feststellungsantrag 1 des Gesuchs deshalb begründet ist. Sie wiesen darauf hin, dass sie mangels konkreter Kenntnisse darüber, wo überall sich diese widerrechtliche Auffassung des ENSI in einzelnen – entsprechend widerrechtlichen – Handlungen der Aufsicht konkret auswirken bzw. ausgewirkt haben, ihre Anträge 2 und 3 des Gesuchs nur in allgemeiner Form stellen können und dass es Sache des ENSI sei, diese Widerrechtlichkeiten in allen Belangen zu unterlassen und zu beseitigen. Klar ist jedoch, dass gemäss Antrag 4 des Gesuchs insbesondere der Nachweis der Einhaltung der grundlegenden Schutzziele durch eine deterministische Störfallanalyse im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Gefährdungsannahmenverordnung und die Bewertung des Schutzes gegen Störfälle in Kernanlagen beim KKM unverzüglich ohne Kreditierung der widerrechtlichen Elemente wiederholt werden muss. Sollte der Nachweis scheitern, wird gestützt auf die Ausserbetriebnahmeverordnung das ENSI die vorläufige Ausserbetriebnahme zu verfügen haben, falls der Betreiber diese nicht von sich aus gesetzmässig vornehmen sollte. Dies, weil der Nachweis der Beherrschung eines Auslegungsstörfalls und damit eines der »grundlegenden Schutzziele zur Gewährleistung der nuklearen Sicherheit«<sup>32</sup> nicht mehr erreicht wird. Die Beschwerdeführer legten unter Berufung auf eine entsprechende eigene Aussage von ENSI-Direktor Hans Wanner dar, dass dabei kein Ermessenspielraum seitens des ENSI besteht.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Beilage 6, Abschnitt 2.2.7, S. 38 f.

<sup>32</sup> Art. 1 Bst. d Gefährdungsannahmenverordnung.

<sup>33</sup> Beilage 6, Abschnitt 3, S. 39 ff.

- 34 Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass die diesbezügliche Verteidigungsstrategie der BKW, bei den mobilen Feuerwehropumpen handle es sich um weitere Massnahmen mit Blick auf den auslegungsüberschreitenden Störfall,<sup>34</sup> im klaren Widerspruch zur Aktennotiz des ENSI vom 31. August 2011 steht, welche sich eindeutig auf den deterministischen Sicherheitsnachweis für den Auslegungsstörfall beziehen.<sup>35</sup>
- 35 Weil also dem ENSI zur Widerlegung des materiellen Inhalts des Gesuchs offensichtlich die Argumente fehlen, suchte es den Ausweg in einem, wie nachfolgend gezeigt, unhaltbaren Nichteintretensentscheid.

## **5. Zur Eintretensfrage**

### **5.1. Vorbemerkung**

- 36 Die Rechtsprechung zu Art. 25a VwVG ist bisher spärlich, die Lehre jedoch recht umfangreich und in einzelnen Punkten kontrovers. Soweit für den vorliegenden Fall relevant, wird deshalb das Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich eine richtungsweisende Entscheidung für die Anwendbarkeit von Art. 25a VwVG im Bereich des Kernenergierechts zu fällen haben. Wie nachfolgend dargelegt, sind die Beschwerdeführer allerdings der Auffassung, dass diese Eintretensfrage eigentlich klar und einfach ist, und dass das ENSI mit seinen umfangreichen abstrakten rechtlichen Ausführungen an der hier zu beurteilenden konkreten Sach- und Rechtslage vorbeizugingelt. Die Beschwerdeführer legten deshalb zuerst ihre eigene Sichtweise dar und gehen anschliessend ergänzend im Einzelnen auf die Erwägungen des ENSI ein.

### **5.2. Die einzelnen Eintretensvoraussetzungen**

- 37 Aus Art. 25a VwVG ergeben sich folgende Eintretensvoraussetzungen:<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Stellungnahme BKW vom 11. Juni 2012, S. 5 und S. 6 ff., bei den beizuziehenden Akten des ENSI.

<sup>35</sup> Vgl. vorn Ziffer 13 und ergänzend Beilage 8.

<sup>36</sup> Vgl. dazu TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 94 ff., welche ihrerseits die vorhandene Literatur zusammenfasst und diskutiert.

- ◆ Partei- und Prozessfähigkeit der Gesuchsteller.
- ◆ Zuständigkeit der angegangenen Behörde.
- ◆ Öffentliches Recht des Bundes als Handlungsgrundlage.
- ◆ Berührtsein der Gesuchsteller in Rechten oder Pflichten.
- ◆ Schutzwürdiges Interesse der Gesuchsteller.
- ◆ Zulässigkeit der vorgebrachten Begehren.

- 38 Die Partei- und Prozessfähigkeit der beiden Beschwerdeführer ist unzweifelhaft gegeben und bedarf keiner näheren Ausführungen.
- 39 Das schweizerische Kernenergierecht unterscheidet zwischen den eigentlichen formellen Verfahren der Bewilligungserteilung, der Befristung von Bewilligungen und des Widerrufs von Bewilligungen einerseits sowie der laufenden Aufsicht über die Kernkraftwerke andererseits. Für Letztere ist das ENSI zuständig. Dabei handelt es sich um einen laufenden Prozess, in dem Einzelfragen im Zentrum stehen. Die Aufsicht erfolgt nicht nur durch den Erlass von anfechtbaren Verfügungen, sondern auch mittels Inspektionen, Gesprächen, Anordnungen, Empfehlungen etc.<sup>37</sup> Das ENSI ist also insbesondere für die Gegenstand der im Gesuch gestellten Anträge<sup>38</sup> bildenden Handlungen und Unterlassungen<sup>39</sup> als Aufsichtsbehörde über das KKM zuständig. Die Zuständigkeit der angegangenen Behörde ist deshalb ebenfalls gegeben.
- 40 Das ENSI stützt sich bei den Gegenstand der im Gesuch gestellten Anträge bildenden Handlungen auf das Kernenergiegesetz und die dazu erlassenen Ausführungsverordnungen, mithin auf öffentliches Recht des Bundes. Auch diese Eintretensvoraussetzung ist somit unbestrittenermassen erfüllt.
- 41 Auf die drei weiteren Eintretensvoraussetzungen, das Berührtsein der Beschwerdeführer in Rechten und Pflichten, ihr schutzwürdiges Interesse und die Zulässig-

---

<sup>37</sup> Vgl. dazu BVGE MÜHLEBERG I E. 5.2.2.

<sup>38</sup> Beilage 6, S. 3.

<sup>39</sup> Vgl. dazu speziell Beilage 6, Ziffer 3.

keit der gestellten Begehren, welche vom ENSI verneint werden, wird nun nachfolgend im Einzelnen eingegangen.

### **5.3. Rechtsauffassung der Beschwerdeführer**

#### **5.3.1. Legitimation**

- 42 Geht es bei einem AKW um eine formelle Bewilligung, wie beispielsweise die Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das KKM<sup>40</sup> oder um den Entzug der Betriebsbewilligung des KKM<sup>41</sup>, richtet sich die Einsprache- und Beschwerdelegitimation der betroffenen Anwohner nach Art. 48 Abs. 1 VwVG.
- 43 Dazu hat sich eine langjährige Praxis gebildet, wonach jene Anwohner, welche in den Notfallplanungszonen 1 und 2 um ein AKW wohnen, als durch die Verfügung besonders berührt gelten und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung haben, weshalb sie ohne weitere Begründung als legitimiert gelten.<sup>42</sup>
- 44 Diese Praxis geht auf die frühere Praxis des Bundesrats über die Teilnahme am Bewilligungsverfahren für Kernkraftwerke zurück, welche das Bundesgericht in Bezug auf die hier wesentlichen Aspekte wie folgt zusammenfasste: Insbesondere die Betroffenheit Dritter lässt sich auch dann nicht zum vornherein ausschliessen, wenn von einer Anlage zwar bei Normalbetrieb keine Emissionen ausgehen, mit ihr aber ein besonderer Gefahrenherd geschaffen wird und sich die Anwohner deshalb einem erhöhten Risiko ausgesetzt sehen. Legitimiert sind in diesem Zusammenhang all jene, die den spezifischen Risiken von atomaren Anlagen – Freisetzung von radioaktiven Stoffen bei kleineren oder grösseren Betriebsunfällen oder gar den unmittelbaren Gefahren einer eigentlichen Katastrophe im Werk – in höherem Masse preisgegeben sind als die Allgemeinheit. Für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit ist vom Gefährdungspotenzial auszugehen als dem Risiko, das theoretisch mit einer solchen Anlage verbunden ist. Jedermann, der innerhalb eines Bereichs lebt, indem dieses Gefährdungspotenzial besonders hoch einzu-

---

<sup>40</sup> Vgl. BVGE MÜHLEBERG I.

<sup>41</sup> BVGer A-6030/2011 vom 30. Juli 2012 (fortan abgekürzt »BVGE MÜHLEBERG II«).

<sup>42</sup> So insbesondere BVGE Mühleberg I und BVGE Mühleberg II, je E. 1.2.

---

schätzen ist, hat ein schützenswertes Interesse daran, dass der Eigenart und der Grösse der Gefahr angemessene und geeignete Schutzmassnahmen ergriffen werden, weshalb er zur Teilnahme am Verfahren befugt ist. Dieses Recht findet seine Schranke an der Unzulässigkeit der Popularbeschwerde. Erstreckt sich die Gefährdung auf einen so weiten Raum, dass ein grosser Teil der Bevölkerung einer ganzen Landesgegend davon betroffen ist, so kann der Einzelne nur noch dann ein besonderes Interesse geltend machen, wenn er stärker exponiert ist als die übrigen Einwohner. Das trifft für all jene zu, die so nahe am Kraftwerk wohnen, dass sie von seinen Auswirkungen ganz unmittelbar und erkennbar stärker bedroht sind als die Allgemeinheit. Deshalb, so das Bundesgericht unter Bezugnahme auf die bundesrätliche Rechtsprechung, seien rund um die Kraftwerke Zonen abzugrenzen, in denen von einer erkennbar stärkeren Gefährdung der Bewohner und daher von deren Beschwerderecht auszugehen sei, während ausserhalb dieser Zonen Wohnende ihre besondere Gefährdung nachzuweisen hätten.<sup>43</sup>

- 45 Damit verschafft allein schon die Eigenschaft als Einwohner der Notfallplanungszonen 1 und 2 die Legitimation nach Art. 48 VwVG, ohne dass solche Einsprecher oder Beschwerdeführer näher ausführen müssen, wieso sie von der konkreten Bewilligung betreffend das AKW konkret berührt sind und worin konkret ihr schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Bewilligung liegt.
- 46 Der Wortlaut der Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG erfordert, dass jemand »*durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist*« und »*ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat*«. Ganz ähnlich lautet diesbezüglich Art. 25a VwVG, wonach »*wer ein schutzwürdiges Interesse hat*« ein Gesuch nach dieser Norm stellen kann, sofern die von dieser Norm erfassten Realakte »*Rechte oder Pflichten berühren*«.
- 47 Gemäss der Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, welche die Begründung, Änderung oder Aufhebung »*von Rechten oder Pflichten*« bzw. die Feststellung des Bestehens,

---

<sup>43</sup> BGE 121 II 176 E. 2c.

---

Nichtbestehens oder Umfanges »von Rechten oder Pflichten« oder die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung »von Rechte oder Pflichten« oder das Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand haben. Wenn somit Art. 48 Abs. 1 VwVG fordert, dass jemand durch eine Verfügung berührt sei, heisst dies angesichts dieser Legaldefinition des Begriffs nichts anderes, als dass es auch nach Art. 48 Abs. 1 VwVG um behördliche Akte geht, welche in der Form der Verfügung *Rechte oder Pflichten berühren*. Nur weil Art. 25a VwVG Realakte betrifft, also Akte, welche gerade nicht in Form der Verfügung ergehen, konnte der Gesetzgeber hier nicht einfach auf das Berührtsein durch den Realakt als solchen verweisen, sondern er musste explizit sagen, dass es um das Berührtsein *in Rechten oder Pflichten* geht.

- 48 Im Ergebnis sind jedoch die beiden Bestimmungen hinsichtlich der Legitimationsanforderungen insoweit identisch, als nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ein Berührtsein durch die Verfügung gefordert wird, welche Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat, während nach Art. 25a VwVG die Realakte Rechte oder Pflichten berühren müssen. Zu beachten ist dabei, dass es tatsächliches Handeln in einer Welt, die umfassend verrechtlicht ist, kaum mehr gibt und Bereiche menschlichen Daseins, die durch staatliches Handeln nur tatsächlich, nicht aber rechtlich berührt werden, schwer auszumachen sind.<sup>44</sup>
- 49 Bei dieser Gelegenheit ist festzuhalten, dass das Kriterium von Art. 48 Abs. 1 VwVG, wonach dieses Berührtsein »*besonders*« sein muss, in Art. 25a VwVG fehlt. Daraus ist abzuleiten, dass an dieses Berührtsein bei Art. 25a VwVG weniger strenge Anforderungen zu stellen sind als bei Art. 48 Abs. 1 VwVG, keinesfalls aber strengere.
- 50 In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass sich die beiden Erfordernisse des Berührtseins und des schutzwürdigen Interesses nicht klar voneinander unterscheiden lassen.<sup>45</sup> Wenn also in der Literatur praktisch einhellig die Gleichsetzung des Begriffs des »*schutzwürdigen Interesses*« von Art. 25a VwVG und von Art. 48

---

<sup>44</sup> MÜLLER, a.a.O., S. 364.

<sup>45</sup> BEUSCH/KNEUBÜHLER/MOSER, a.a.O., S. 12.

Abs. 1 VwVG postuliert wird<sup>46</sup> und auch die Eidgenössische Rekurskommission für Heilmittel als eine der Vorgängerinnen des Bundesverwaltungsgerichts von dieser Gleichsetzung für die Realakte schon vor Erlass von Art. 25a VwVG ausging<sup>47</sup>, bestätigt dies die Richtigkeit der von den Beschwerdeführern vertretenen Auffassung, dass im vorliegenden Fall die Legitimation bezüglich des schutzwürdigen Interesses *und* bezüglich des Berührtseins in Rechten oder Pflichten dieselbe ist. Das ergibt sich auch aus dem Gebot, dass die Rechtsordnung »als ein System möglichst kohärenter Wertentscheidungen zu denken« sei<sup>48</sup> und dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Bundesverwaltungsrechtsschutzes<sup>49</sup> sowie dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens.<sup>50</sup>

- 51 Statt ihren abstrakten rechtsdogmatischen Erörterungen der juristischen Fachliteratur, welche sich in der Regel auf ganz andere Konstellationen bezieht und nur ganz selten auf die Konstellation von betroffenen Dritten bzw. Nachbarn eingeht sowie gar nicht auf den Spezialfall der Legitimation von Anwohnern von AKW, hätte sich deshalb das ENSI konkret mit der Rechtsprechung zur Legitimation von Anwohnern von AKW<sup>51</sup> auseinandersetzen müssen und darlegen müssen, wieso ganz konkret die hier umstrittenen Realakte unter diesen von der Rechtsprechung entwickelten Gesichtspunkten anders zu behandeln wären als formelle Verfügungen. Das hat das ENSI jedoch bezeichnenderweise unterlassen.
- 52 Eine solche Differenzierung lässt sich denn auch in Fällen wie dem vorliegenden keinesfalls rechtfertigen. Die Beschwerdeführer haben dargestellt, dass es hier um die Einhaltung von zentralen Prinzipien der Reaktorsicherheit geht. Art. 1 Bst. d der Gefährdungsannahmenverordnung formuliert die *grundlegenden* Schutzziele zur Gewährleistung der nuklearen Sicherheit, deren Einhaltung der Inhaber einer Betriebsbewilligung für eine Kernanlage durch eine deterministische Störfallanaly-

---

<sup>46</sup> Vgl. ISABELLE HÄNER in: WALDMANN/WEISSENER, Praxiskommentar VwVG, N 34 ff. zu Art. 25a und TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 125 f. mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>47</sup> Entscheidung vom 2. Juni 2005 in VBB 2006 Nr. 21 S. 347 ff., E. 3.1, S. 357.

<sup>48</sup> Vgl. TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 119, mit Angabe der Fundstelle bei ERNST A KRAMER, Juristische Methodenlehre.

<sup>49</sup> Vgl. TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 97.

<sup>50</sup> Vgl. TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 127.

<sup>51</sup> Vgl. vorn Ziffer 43 ff. sowie Beilage 6, Ziffer 6 und dortige FN 6.

se gemäss Art. 2 Abs. 1 der Gefährdungsannahmenverordnung nachzuweisen hat. Diese grundlegenden Schutzziele sind gemäss Art. 2 Abs. 3 der Gefährdungsannahmenverordnung unter anderem gemäss Art. 7 Bst. a der Gefährdungsannahmenverordnung dann eingehalten, wenn der Bewilligungsinhaber für jeden angenommenen (Auslegungs-)Störfall nachweist, dass die Dosiswerte nach Art. 94 Abs. 3-5 StSV eingehalten werden.

53 Ist bei Auslegungsstörfällen die Notkühlung nicht gewährleistet, liegt ein Auslegungsfehler vor und es kann dabei nicht ausgeschlossen werden, dass radioaktive Stoffe in gefährdendem Umfang freigesetzt werden – so explizit der Wortlaut von Art. 1 Bst b der Gefährdungsannahmenverordnung. Genau dieses Risiko muss die Bevölkerung jedoch nur bei *auslegungsüberschreitenden* Störfällen (so genannter »Super-GAU«) hinnehmen, also etwa bei einem Hochwasser das *wesentlich seltener und extremer* ist, als das untersuchte Auslegungshochwasser<sup>52</sup>. Dies ergibt sich wiederum direkt aus dem Wortlaut von Art. 1 Bst. a versus Bst. b der Gefährdungsannahmenverordnung i.V.m. Art. 94 StSV. Die enormen Konsequenzen eines Versagens der Notkühlung zeigte der Unfall in Fukushima drastisch. Es ist also nicht erkennbar, inwiefern die Beschwerdeführer durch die hier umstrittenen Realakte in ihren Rechten und schutzwürdigen Interessen weniger berührt sein sollen als bei einer formellen Verfügung betreffend die für ein AKW zu erteilenden oder zu entziehenden Bewilligungen. Im Gegenteil: Das Interesse von Anwohnern eines Grundstücks, auf welchem künftig ein AKW realisiert werden soll, an den diesbezüglichen formellen Bewilligungsverfahren teilnehmen zu können, ist sicher nicht grösser als jenes von Anwohnern eines laufenden AKW, dessen Sicherheit bei Auslegungsstörfällen durch mögliche Auslegungsfehler konkret infrage steht, womit die *grundlegenden Schutzziele* zur Gewährleistung der nuklearen Sicherheit nicht mehr eingehalten sind.

54 Die Beschwerdeführer sind somit durch die umstrittenen Realakte des ENSI in ihren Rechten oder Pflichten berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an

---

<sup>52</sup> Vgl. vorn Ziffer 11.

der materiellen Behandlung ihrer mit dem Gesuch gestellten Rechtsbegehren. Sie sind deshalb zum gestellten Gesuch klarerweise legitimiert.

### 5.3.2. Zulässigkeit der gestellten Begehren

- 55 Der Begriff des Berührtseins in Rechten oder Pflichten grenzt die rechtliche Relevanz der Handlung gemäss Art. 25a VwVG auf zwei Seiten ab: Einerseits gegenüber der Verfügung und andererseits wird damit eine gewisse Intensität der Betroffenheit der Rechte oder Pflichten verlangt.<sup>53</sup>
- 56 Im vorliegenden Fall geht es um die Aufsichtstätigkeit des ENSI, also nicht um eine der im Kernenergierecht des Bundes explizit geregelten formellen Verfügungen.<sup>54</sup> Die Aktennotiz des ENSI vom 31. August 2011<sup>55</sup>, in welcher die hier umstrittene Aufsichtstätigkeit bzw. seine Handlungen und Unterlassungen ihren schriftlichen Ausdruck finden, ist denn auch weder formell noch materiell eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Es handelt sich somit klarerweise bei dieser hier umstrittenen Aufsichtstätigkeit um Realakte.<sup>56</sup>
- 57 Andererseits soll mit dem Begriff des Berührtseins die Grenzziehung zwischen rechtsschutzwürdigem und nicht rechtsschutzwürdigem tatsächlichem Verwaltungshandeln erfolgen.<sup>57</sup> Der Massstab des Berührtseins ist jedoch generell nicht hoch<sup>58</sup> bzw. niedrig<sup>59</sup> anzusetzen. Die »gewisse Intensität der Betroffenheit der Rechte und Pflichten« ist bereits bei einer *minimalen* Eingriffswirkung gegeben und es muss eine potenzielle Rechtsverletzung von den Betroffenen nur glaubhaft gemacht werden.<sup>60</sup> Es geht somit einfach um eine Abgrenzung gegenüber blossen Bagatellfällen.

---

<sup>53</sup> HÄNER, a.a.O., N 26 zu Art. 25a.

<sup>54</sup> Vgl. vorn Ziffer 12 und Ziffer 39.

<sup>55</sup> Beilage 8

<sup>56</sup> Zur Abgrenzung gegenüber der so genannten kernenergierechtlichen Freigabe vgl. hinten Ziffer 100 ff.

<sup>57</sup> TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 123.

<sup>58</sup> MÜLLER, a.a.O., S. 348.

<sup>59</sup> TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 124.

<sup>60</sup> HÄNER, a.a.O., N 28 zu Art. 25a.

- 58 Von einem Bagatellfall kann hier angesichts der evidenten Sicherheitsrelevanz einer funktionierenden Notkühlung des KKM und der enormen Konsequenzen, die ein Versagen der Notkühlung haben kann, wie der Unfall in Fukushima drastisch zeigte, ganz offensichtlich keine Rede sein. Das Gesuch der Beschwerdeführer als Anwohner in der Notfallplanungszonen 1 und 2 und damit als von den hier zur Diskussion stehenden Risiken mehr als die Allgemeinheit Betroffene ist angesichts der Tragweite der Problematik auch ohne jeden Zweifel rechtsschutzwürdig.
- 59 Zudem ist festzuhalten, dass die Wirkungen der umstrittenen Realakte des ENSI andauern und das Interesse der Beschwerdeführer an einem materiellen Entscheid über die mit dem Gesuch gestellten Anträge somit nach wie vor *aktuell* ist.<sup>61</sup>
- 60 Auch das – neben den beiden Legitimationskriterien – dritte umstrittene Erfordernis der Zulässigkeit der gestellten Rechtsbegehren ist deshalb klar erfüllt.

## **5.4. Ergänzende Auseinandersetzung mit der angefochtenen Verfügung des ENSI**

### **5.4.1. Grundsätzliches**

- 61 Soweit die Argumentation des ENSI im Widerspruch zum von den Beschwerdeführern im vorangehenden Abschnitt 5.3 Dargelegten steht, wird sie generell unter Verweis auf diese eigene Rechtsauffassung bestritten. Das gilt auch dort, wo nachfolgend im Interesse der Konzentration auf das Wesentliche nicht auf jedes einzelne Nebenargument des ENSI auch noch eingegangen wird.

---

<sup>61</sup> Angesichts der grundlegenden Tragweite der Kritik der Beschwerdeführer an der Praxis des ENSI und der Gefahr, dass das ENSI jederzeit auch in anderen Fällen wieder gleich vorgehen würde, müsste ohnehin auf jeden Fall über das Gesuch auch bei aus irgendwelchen Gründen nachträglich wegfallen dem aktuellen Interesse materiell entschieden werden (BVGE 2009/31 E. 5.2).

## 5.4.2. Zu Erwägung 1:

### 5.4.2.1. Zu Erwägung 1.1:

- 62 Vorab ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 25a VwVG den Rechtsschutz *ausbauen* wollte, was von vornherein gegen eine einschränkende Auslegung dieser neuen Gesetzesbestimmung spricht. Die Lehre spricht von einer neuen Ära im Rechtsschutz gegen Realakte<sup>62</sup> bzw. von einer Ausrichtung der Bestimmung auf die Gewährung von Rechtsschutz, was für eine extensive Auslegung des Eintretenserfordernisses spreche<sup>63</sup>.
- 63 Ein Normzweck von Art. 25a VwVG ist auch die Durchsetzung des Legalitätsprinzips und damit eine Erweiterung namentlich der Rechtskontrolle des staatlichen Handelns und der Kontrolle über die Einhaltung der geltenden Rechtsnormen.<sup>64</sup>
- 64 Darauf geht das ENSI bei seiner unzulässig einschränkenden Interpretation von Art. 25a VwVG nirgends ein.
- 65 Im Übrigen ist auch bei der einschränkenden Interpretation von Art. 25a VwVG durch das ENSI die Legitimation der Beschwerdeführer zur Stellung des Gesuchs gegeben.<sup>65</sup>

### 5.4.2.2. Zu Erwägung 1.2:

- 66 Das ENSI versucht vergeblich, seine einschränkende Auffassung, es müssten »*rechtlich geschützte Interessen*« geltend gemacht werden, aus Art. 29a BV abzuleiten. *Ohne* Literaturbeleg behauptet das ENSI einfach, die Rechtsweggarantie gewähre Rechtsschutz nur, wenn der Beschwerdeführer seinen Anspruch *im Sinn von Art. 25a VwVG* auf Normen abstütze, welche »*rechtlich, nicht bloss tatsächlich geschützte Interessen seien*«. In einem zweiten Schritt behauptet das ENSI dann, Rechtsstreitigkeiten »*in diesem Sinne*« seien »*nur jene Kontroversen, die eigene Rechte und Pflichten des Privaten zum Gegenstand hätten*«. Die anschliessenden

---

<sup>62</sup> MÜLLER, a.a.O. S. 340.

<sup>63</sup> TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 120;

<sup>64</sup> Häner, a.a.O., N 5 zu Art. 25a.

<sup>65</sup> Vgl. vorn Ziffer 44 sowie hinten Ziffer 74 ff. und 77 f.

Literaturzitate zur Definition von *Rechtsstreitigkeiten* im Sinne von Art. 29a BV stützen aber die entscheidende Behauptung *bezüglich Art. 25a VwVG* hinsichtlich des angeblichen Erfordernisses rechtlich geschützter Interessen nicht.

- 67 Bezeichnenderweise geht das ENSI mit keinem Wort auf die sonst von ihm selber mehrfach zitierten Autorinnen Beatrice WEBER-DÜRLER und MARIANNE TSCHOPP-CHRISTEN ein, welche die vom ENSI vertretene Auffassung klar ablehnen.
- ◆ WEBER-DÜRLER hält fest, die Rückkehr zur engen Legitimation würde im System des VwVG einen Fremdkörper bilden.<sup>66</sup> Der Gesetzgeber habe ausdrücklich bloss ein schutzwürdiges Interesse vorgesehen; hätte er – über die Kombination mit der zusätzlichen Voraussetzung des Berührtseins in Rechten oder Pflichten – ein rechtlich geschütztes Interesse verlangen wollen, hätte er sich viel einfacher ausdrücken können.<sup>67</sup> Anschliessend begründet die Autorin ausführlich, und unter Bezugnahme auch auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass der Rechtsschutz bei Realakten nicht auf subjektive Rechte beschränkt werden darf.<sup>68</sup>
  - ◆ TSCHOPP-CHRISTEN setzt sich sehr detailliert mit der Frage auseinander, ob das Berührtsein in Rechten oder Pflichten im Sinne von Art. 25a VwVG eine rechtlich geschützte Rechtsposition bei der gesuchstellenden Person verlange und sich demzufolge der Bedeutungsgehalt des Berührtseins in Rechten oder Pflichten aus der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts ergäbe.<sup>69</sup> Sie kommt zum klaren und auch nachvollziehbar begründeten Ergebnis, »*dass die Formel "in Rechten oder Pflichten berührt" von Art. 25a VwVG kein Berührtsein in rechtlich geschützten Interessen verlangt und sich entsprechend die von dem Realakt betroffene Person für ein Verfahren nach Art. 25a VwVG nicht auf subjektive Rechte berufen muss*«. <sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Vgl. dazu auch hinten Ziffer 71.

<sup>67</sup> BEATRICE WEBER-DÜRLER in CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VE VG), Zürich/St. Gallen 2008, N 19 zu Art. 25a. Dass diese Autorin an dieser Stelle auch festhält, für ein rechtlich geschütztes Interesse liessen sich natürlich prozessökonomische Überlegungen und Befürchtungen ins Feld führen, die nicht ganz unbegründet seien, ändert nichts an ihrem klaren Befund und hat vor allem auch mit dem vorliegenden Fall nichts zu tun, indem es um den Kernbereich des Rechtsschutzes gegen Realakte geht und nicht um irgendwelche Bagatellen, wie hinten in Ziffer 73 gezeigt wird.

<sup>68</sup> WEBER-DÜRLER, a.a.O., N 20 ff.

<sup>69</sup> TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 109 ff.

<sup>70</sup> TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 120.

68 Diese direkte Auslegung von Art. 25a VwVG führt hier zu einem klaren, widerspruchsfreien Ergebnis, weshalb für eine zusätzliche Bezugnahme auf Art. 29a BV und dessen (verfassungskonforme) Auslegung gar kein Raum bleibt.<sup>71</sup> Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 25a VwVG ergibt sich denn auch, dass der Gesetzgeber der ursprünglichen Auffassung des Bundesrats, die Rechtsweggarantien von Art. 29a BV und Art. 6 EMRK würden genügen, nicht gefolgt ist und aufgrund eines Antrags der Ständeratskommission diesen Rechtsschutz mit Art. 25a VwVG konkretisiert hat.<sup>72</sup> Massgebend ist hier deshalb diese Konkretisierung im Gesetz und nicht der allgemeine Verfassungsartikel.

#### **5.4.2.3. Zu Erwägung 1.3:**

69 Die vom ENSI für die Anforderung, das »*"Berührtsein"* müsse von einer gewissen Schwere sein«, zitierten Entscheide sind aus folgenden Gründen nicht einschlägig:

70 Die beiden zitierten Bundesgerichtsentscheide betreffen das Asylwesen, also den Spezialfall eines besonderen Rechtsverhältnisses der betroffenen Personen, in welchem strengere Massstäbe an die Beeinträchtigungen durch die Realakte angelegt werden als in den übrigen Fällen.<sup>73</sup> Ein besonderes Rechtsverhältnis liegt im hier zu beurteilenden Fall jedoch nicht vor.

71 Soweit sich das ENSI auf einen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts zur Umadressierung einer Liegenschaft bezieht, vergisst es zu erwähnen, dass das Zürcher Verwaltungsgericht sich dabei ausdrücklich auf die frühere Legitimationsvorschrift für die staatsrechtliche Beschwerde bezog.<sup>74</sup> Ob das im dort zur Diskussion stehenden Anwendungsbereich des kantonalen Rechts haltbar ist, kann hier offen bleiben, weil hier ausschliesslich Bundesrecht zur Anwendung kommt. Im Bundesrecht wurde jedoch die eingeschränkte Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde durch die allgemeinen, weniger engen Legitimationsvorschriften des

---

<sup>71</sup> Tschopp-Christen, a.a.O., S. 120 f.

<sup>72</sup> Tschopp-Christen, a.a.O., S. 83 ff.

<sup>73</sup> TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 138 f.

<sup>74</sup> VGE-ZH vom 12. Juli 2007, VB.2007.00118, E. 2.2

BGG abgelöst. Allein diese aktuellen Legitimationsvorschriften des BGG und des VwVG sind massgebend, welche aufgrund der auf Synchronisierung zielenden Intention im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege gleich zu verstehen sind.<sup>75</sup> WEBER-DÜRLER hält in der vom ENSI am Anfang dieser Erwägung zitierten N 19 wörtlich fest, »die Rückkehr zur engen Legitimation der ehemaligen staatsrechtlichen Beschwerde, die heute einzig noch in der subsidiären Verfassungsbeschwerde weiterlebt, würde im System des VwVG aber gewiss einen Fremdkörper bilden«.<sup>76</sup> Die Zitierweise des ENSI erweist sich als in geradezu tendenziöser Weise selektiv.

- 72 Soweit das ENSI voraussetzt, dass der Betroffene einen gewichtigen Nachteil erleiden bzw. das Berührtsein von einer gewissen Intensität sein muss und bei Grundrechten auf den Geltungsbereich des angerufenen Grundrechts abzustellen sei, wobei ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts nicht bereits zweifelsfrei feststehen müsse, sind diese abstrakten Ausführungen in konkreten Bezug zur Praxis zur Legitimation bei Rechtsmitteln gegen AKW zu setzen, was das ENSI zu Unrecht unterlässt.<sup>77</sup> Wie bereits dargestellt, erachtet diese gefestigte Rechtsprechung die Grundrechte auch dann als hinreichend intensiv betroffen, wenn es nicht um konkret vorhandene Immissionen geht, sondern um erhöhte Risiken eines AKW durch kleinere oder grössere Betriebsunfälle oder gar den Gefahren einer eigentlichen Katastrophe.<sup>78</sup>

#### **5.4.2.4. Zu Erwägung 1.4:**

- 73 Es mutet deshalb reichlich zynisch an, wenn das ENSI die im vorliegenden Zusammenhang sicher nicht gegebene Abwägung zwischen Argumenten der Verfahrensökonomie und legitimen Rechtsschutzbedürfnissen auch noch anführt, statt sich verfahrensrechtlich mit der konkreten Legitimationspraxis bei AKW und materiell mit dem wohlbegründeten Gesuch der Beschwerdeführer auseinander zu

---

<sup>75</sup> BEUSCH/KNEUBÜHLER/MOSER, a.a.O., S. 9; vgl. dazu auch vorn Ziffer 50.

<sup>76</sup> WEBER-DÜRLER, a.a.O., N 19 zu Art. 25a VwVG.

<sup>77</sup> Vgl. Ziffer 51.

<sup>78</sup> Vgl. vorn Ziffer 44.

setzen.<sup>79</sup> Das vorliegende Gesuch bewegt sich im Kernbereich des Rechtsschutzes gegenüber Realakten<sup>80</sup> und ist von den in der Literatur kritisierten Grenzfällen wie beispielsweise der Umbenennung eines Bundesamtes<sup>81</sup> – welche gemäss Protokoll der Rechtskommission des Ständerats auch noch als mögliche rechtsschutzwürdige Verletzung in der Persönlichkeit erachtet wurde<sup>82</sup> – oder die verzögerte Weiterleitung eines Telefonanrufs eines Anwalts um ca. 75 Minuten an seinen Klienten als Insassen eines Psychiatriezentrums, welche als Realakt materiell überprüft wurde<sup>83</sup>, weit entfernt.

#### **5.4.2.5. Zu Erwägung 1.5:**

- 74 Es ist doppelt falsch, wenn das ENSI ohne Bezugnahme auf die Legitimationspraxis bei AKW-Bewilligungsverfahren die Geltendmachung rechtlich geschützter Interessen verlangt und die Gleichsetzung der Legitimationsvoraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 25a VwVG ablehnt.
- 75 Einerseits wurde aufgezeigt, dass auch im Anwendungsbereich von Art. 25a VwVG keine rechtlich geschützten Interessen verlangt sind<sup>84</sup>, und andererseits ergibt sich aus der dargestellten Legitimationspraxis bei AKW-Bewilligungsverfahren, dass das Erfordernis rechtlich geschützter Interessen bei Anwohnern in der Notfallplanungszonen 1 und 2 regelmässig erfüllt ist<sup>85</sup>.
- 76 Das ENSI anerkennt zudem selber im Ingress zu Erwägung 2.3, dass die Normen der Verfassung, speziell auch der von den Beschwerdeführern angerufene Art. 10 Abs. 1 BV, als Rechte im Sinne von Art. 25a VwVG auch im konkreten Fall genügen können. Diese Rechte wären insbesondere im Katastrophenfall, der als Risiko praxisgemäss für die Legitimation von Nachbarn bei AKW massgebend ist, verletzt.

---

<sup>79</sup> Vgl. dazu vorn Ziffer 57 f.

<sup>80</sup> Vgl. vorn Ziffer 44.

<sup>81</sup> MÜLLER, a.a.O., S. 354.

<sup>82</sup> MÜLLER, a.a.O., S. 352 und FN 146.

<sup>83</sup> WEBER-DÜRLER, a.a.O., N 10 zu Art. 25a VwVG.

<sup>84</sup> Vorn Ziffer 66.

<sup>85</sup> Vorn Ziffer 44.

#### **5.4.2.6. Konsequenzen**

- 77 Zwar ist die Tragweite der wichtigen Einschränkung des Rechtsschutzes mit dem Begriff »Berührtsein in Rechten oder Pflichten« noch nicht abschliessend geklärt, wie das ENSI unter Verweis auf die Literatur in Erwägung 1.3 schreibt.
- 78 Aus dem hier Dargelegten ergibt sich immerhin, dass vieles überhaupt nicht so unklar ist, wie das ENSI weismachen will, und dass gerade im vorliegenden Fall die bisherige Legitimationspraxis in AKW-Bewilligungsverfahren ohne Weiteres auch auf Verfahren nach Art. 25a VwVG übertragen werden kann und muss. Die umfangreiche Erwägung 1 des ENSI, welche sich mit den hier zentralen Fragen gerade nicht auseinandersetzt, erweist sich damit als Ablenkungsmanöver.

#### **5.4.3. Zu Erwägung 2:**

##### **5.4.3.1. Zu Erwägung 2.1:**

- 79 Das ENSI unterlässt es einmal mehr, seine theoretischen Ausführungen zu den betroffenen Grundrechten in konkreten Bezug zur geschilderten Legitimationspraxis bei AKW-Bewilligungsverfahren zu setzen.<sup>86</sup>

##### **5.4.3.2. Zu Erwägung 2.2:**

- 80 Das ENSI geht, wie dargelegt, von der falschen rechtlichen Voraussetzung aus, das Berührtsein im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG reiche für eine Verfügung für Realakte im Sinne von Art. 25a VwVG nicht aus. Ist aber dieses Berührtsein in Rechten oder Pflichten im Wesentlichen gleich zu interpretieren, ist auch die Legitimationspraxis aus den AKW-Bewilligungsverfahren auf Gesuche nach Art. 25a VwVG übertragbar.
- 81 Nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen mussten die Beschwerdeführer dem ENSI die konkreten Inhalte dieser Legitimationspraxis nicht auch noch im Detail darstellen. Auch nach der pauschalen Bestreitung der Legitimation durch die BKW durften sie sich auf eine korrekte Rechtsanwendung

---

<sup>86</sup> Vorn Ziffer 44.

durch das ENSI verlassen. Mit der Mitwirkungspflicht der Parteien hat dies nichts zu tun.

#### **5.4.3.3. Zu Erwägung 2.3, Ingress:**

- 82 Ein sonderbares Rechtsverständnis des ENSI kommt in der Behauptung zum Ausdruck, im konkreten Fall drohe der Grundrechtseingriff, wenn denn, von der Betreiberin des KKM als einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft des Privatrechts und nicht vom ENSI. Fehlt nur noch, dass das ENSI die Beschwerdeführer auf den Weg der Zivilklage gegen die BKW verweist...
- 83 Immerhin anerkennt das ENSI hier doch auch selbst seine Bindung an die Grundrechte im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufsichtstätigkeit als staatlicher Aufgabe und den Anspruch des Einzelnen darauf, dass das ENSI diese Aufsicht wahrnimmt und damit den Grundrechtsschutz des Einzelnen sicherstellt. Dies ergibt sich insbesondere auch aus den vom ENSI selber erwähnten staatlichen Schutzpflichten, speziell hinsichtlich des Rechts auf Leben und auf persönliche Freiheit von Art. 10 Abs. 1 und 2 BV.

#### **5.4.3.4. Zu Erwägung 2.3.1:**

- 84 Die Behauptung des ENSI, Art. 94 Abs. 3-5 StSV würden eingehalten, ist ein klassischer Zirkelschluss. Dies zu prüfen ist gerade die Aufgabe der deterministischen Störfallanalyse, deren unrichtige Handhabung durch das ENSI die Beschwerdeführer kritisieren.
- 85 Gemäss Art. 94 Abs. 8 StSV legt die Aufsichtsbehörde im Einzelfall die Methodik und die Randbedingungen für die Störfallanalyse sowie für die Einordnung der Störfälle in die Häufigkeitskategorien der Abs. 3-5 fest. Ob Art. 94 Abs. 3-5 StSV eingehalten sind und somit die körperliche Unversehrtheit der Anwohner eines AKW und damit der Beschwerdeführer im Fall des KKM gewährleistet ist, hängt also von der korrekten Anwendung der deterministischen Störfallanalyse ab. Es

---

geht mithin nicht einfach um eine von zahlreichen für die Sicherheit des KKM massgebenden Handlungen des ENSI, sondern um eine sehr wichtige.<sup>87</sup>

- 86 Kommt es wegen dieses Fehlers des ENSI zu einem Versagen der Notkühlung, ist eine Katastrophe wie in Fukushima möglich. Die Handlung des ENSI, unzulässigerweise Accident-Management-Massnahmen, insbesondere mobile Feuerwehrpumpen, im Rahmen des deterministischen Sicherheitsnachweises bei Auslegungsfällen zu akzeptieren, bzw. die Unterlassung, von der BKW die Nachrüstung gesetzes- und normenkonformer, sicherheitstechnisch klassierter Bauwerke und Ausrüstungen zu verlangen, kann deshalb entgegen der Bagatellisierung durch das ENSI sehr wohl eine wesentliche Ursache für einen schweren Unfall im KKM sein.

#### **5.4.3.5. Zu Erwägung 2.3.2:**

- 87 Das ENSI versucht, den von den Beschwerdeführern angerufenen Schutz der persönlichen Freiheit auf einen blossen »*Schutz vor jeglichem psychischen und physischen Missbehagen*« zu reduzieren und damit lächerlich zu machen. Das ist angesichts des soeben Dargelegten bloss zynisch.
- 88 Gemäss dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 BV ist insbesondere die körperliche und geistige Unversehrtheit, also die Gesundheit, Teil des Rechts auf persönliche Freiheit. Es geht hier also nicht um blosses Missbehagen, sondern um die Bedrohung der Gesundheit der Beschwerdeführer und ihrer Familien durch die vom ENSI zugelassenen rechtswidrigen erhöhten Risiken.<sup>88</sup>
- 89 Die Beschwerdeführer mussten wohl nicht dem für die Atomaufsicht zuständigen Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat im Detail darlegen, welche Auswirkungen ein Versagen der Notkühlung auf die Umgebung des KKM, insbesondere auf Leben und Gesundheit der in den Notfallplanungszonen 1 und 2 wohnenden Menschen, haben kann. Dieses Fachwissen durften sie beim ENSI voraussetzen.

---

<sup>87</sup> Vgl. vorn Ziffer 15 und Abschnitt 4.

<sup>88</sup> Vgl. dazu vorn Ziffer 44.

- 90 Dazu gehört überdies auch das Wissen, dass beispielsweise Notfallschutzmassnahmen im Anwendungsfall massiv in die von Art. 10 Abs. 2 BV ebenfalls ausdrücklich geschützte Bewegungsfreiheit eingreifen.

#### **5.4.3.6. Zu Erwägung 2.3.3:**

- 91 Die Ausführungen des ENSI zur Eigentumsgarantie sind geradezu abwegig. Gegenstand der von Art. 26 Abs. 1 BV gewährleisteten Eigentumsgarantie ist nicht nur das Grundeigentum, sondern es sind *sämtliche Vermögensrechte des Privatrechts* geschützt.<sup>89</sup> Die Bewohner der Notfallplanungszonen verfügen in der Form von Mobilien und Hausrat usw. auch dann über verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum, wenn sie nicht Grundeigentümer, sondern beispielsweise nur Mieter sind.
- 92 Im vorliegenden Fall kommt dazu, dass beide Beschwerdeführer *auch* Grundeigentümer sind. Auf diesen Umstand hatte zumindest der Beschwerdeführer 1 bereits in seinem Brief vom 26. September 2011 ausdrücklich hingewiesen.<sup>90</sup> Dieser Umstand war also aktenkundig und dem ENSI somit bekannt.

#### **Beweisofferte:**

- Beilage 18 Grundbuchauszug Liegenschaft des Beschwerdeführers 1  
Beilage 19 Grundbuchauszug Liegenschaft des Beschwerdeführers 2

- 93 Im Übrigen gilt das zur Erhöhung des Risikos durch das Handeln des ENSI und das zu Art. 94 Abs. 3-5 StSV bereits Ausgeführte auch bezüglich der Eigentumsgarantie.<sup>91</sup> Das Privateigentum der Beschwerdeführer ist mit der im Katastrophenfall drohenden Evakuierung massiv betroffen, muss doch in einem solchen Fall wegen der radioaktiven Verseuchung praktisch alles zurückgelassen werden, wie die Beispiele von Fukushima und Tschernobyl eindrücklich zeigen. Auch das mussten die Beschwerdeführer dem fachkundigen ENSI wohl nicht noch explizit erklären.

---

<sup>89</sup> KLAUS A. VALLENDER in EHRENZELLER et al., St. Galler Kommentar BV, N 15 zu Art. 26.

<sup>90</sup> Beilage 9, S. 11 («... *lebe ich ... im eigenen, nicht gegen Atomunfälle versicherbaren Haus...*« [Unterstreichung nicht im Original]).

<sup>91</sup> Vorn Ziffer 84.

#### **5.4.3.7. Zu Erwägung 2.3.4:**

- 94 Dementsprechend unhaltbar ist diese Zusammenfassung des ENSI. Sie wird unter Verweis auf das hier Dargelegte bestritten.

#### **5.4.4. Zu Erwägung 3:**

##### **5.4.4.1. Zu Erwägung 3.1:**

- 95 Der rechtshistorische Verweis des ENSI auf den fehlenden Rechtsschutz nach dem früheren Atomgesetz ist irrelevant, nachdem das Kernenergiegesetz nun für die formellen Bewilligungsverfahren Rechtsschutz ausdrücklich vorsieht.
- 96 Der historische Verweis ist aber auch irrelevant, weil seither im Lauf der Jahre die Praxis zur Anfechtbarkeit der Realakte gebildet wurde und der Gesetzgeber inzwischen mit Art. 25a VwVG gegen Realakte Rechtsschutz ausdrücklich ermöglicht hat.

##### **5.4.4.2. Zu Erwägung 3.2:**

- 97 Hier legt das ENSI selber dar, dass sich die gesetzliche Ordnung bezüglich der Freigaben im Sinne von Art. 64 Abs. 3 KEG in erster Linie auf die *Realisierung* so umfangreicher Projekte mit einer grossen Zahl von Verfahrensschritten bezieht. Darum geht es im vorliegenden Fall jedoch überhaupt nicht. Vielmehr geht es um die laufende Aufsichtstätigkeit des ENSI.<sup>92</sup>
- 98 Das ENSI hat bezüglich der Gegenstand des Gesuchs bildenden unzulässigen Kreditierung von Accident-Management-Massnahmen, insbesondere der mobilen Feuerwehropumpen zur Gewährleistung der Notkühlung, bei der deterministischen Störfallanalyse auch keine formelle Freigabeverfügung im Sinne von Art. 64 Abs. 3 KEG erlassen, sondern im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit unter anderem bloss die bekannte Aktennotiz<sup>93</sup> verfasst, der die umstrittenen Aufsichtshandlungen entnommen werden können.

---

<sup>92</sup> Vgl. vorn Ziffer 11 f.

<sup>93</sup> Beilage 8.

99 Im vorliegenden Fall geht es entgegen dem Hinweis des ENSI am Ende von Erwägung 3.2 auch nicht um direkt auf das Gesetz abgestützte Massnahmen bei unmittelbarer Gefahr im Sinne von Art. 72 Abs. 3 KEG, sondern konkret geregelte Vorgehensweisen und Massnahmen gemäss den Spezialregelungen der Gefährdungsannahmenverordnung und der Ausserbetriebnahmeverordnung<sup>94</sup>, welche von der Frage der nachträglichen Befristung oder des nachträglichen Widerrufs der Betriebsbewilligung unabhängig erfolgen.<sup>95</sup> Mit Freigabeverfügungen nach Art. 64 Abs. 3 KEG hat das nichts zu tun, wie nachfolgend im Einzelnen gezeigt wird.

#### **5.4.4.3. Zu Erwägung 3.3:**

100 Das ENSI macht einleitend geltend, der Gesetzgeber habe in der laufenden Aufsicht, in der ausgesprochen technische Fragen zu beurteilen seien, das Bedürfnis nach einem beschleunigten Verfahren stärker gewichtet als den Rechtsschutz. Vorab ist dazu festzuhalten, dass die Beurteilung ausgesprochen technischer Fragen den Rechtsschutz nicht ausschliesst. Der allenfalls eingeschränkten Justiziabilität von Entscheiden mit fachtechnischem Charakter ist nicht durch eine Ausnahme vom Gerichtszugang, sondern durch eine Anpassung des Umfangs und der Kontrolldichte sowie durch geeignete Beweismassnahmen wie Expertisen Rechnung zu tragen.<sup>96</sup>

101 Das ENSI erweckt den falschen Eindruck, neben den in den Abschnitten 1-3 des 6. Kapitels des KEG betreffend Verfahren und Aufsicht geregelten speziellen kernenergierechtlichen Bewilligungsverfahren (Rahmenbewilligung, Baubewilligung für Kernanlagen und Bewilligung für erdwissenschaftliche Untersuchungen, Betriebsbewilligung für Kernanlagen, Stilllegung von Kernanlagen sowie Verschluss eines geologischen Tiefenlagers) einerseits gebe es andererseits nur noch die Freigabeverfahren mit der entsprechenden Ausnahmebestimmung von

---

<sup>94</sup> SR 732.114.5.

<sup>95</sup> Vgl. dazu im Detail Beilage 6, Abschnitt 2.2.1.4, S. 14 f., und Abschnitt 2.2.6, S. 34 ff., insbesondere Ziffer 115 ff.

<sup>96</sup> ESTHER TOPHINKE, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBI 2006 S. 88 ff., insbesondere S. 107 f.

---

Art. 64 Abs. 3 KEG. Dabei übergeht das ENSI die grundlegende Bestimmung von Art. 64 Abs. 1 KEG, wonach für andere Verfügungen nach diesem Gesetz als jene nach dem 1. bis 3. Abschnitt des 6. Kapitels des KEG das VwVG gilt.

- 102 Nach dem System des KEG sind die Inhaber einer Betriebsbewilligung eines AKW für die Sicherheit der Anlage und des Betriebs verantwortlich.<sup>97</sup> Dabei werden sie von den Aufsichtsbehörden, insbesondere vom ENSI beaufsichtigt.<sup>98</sup> Diese Aufsicht greift jedoch nicht in den Betrieb ein, solange dieser rechtskonform und sicher abläuft. Für die Phase des laufenden Betriebs eines AKW unterscheidet Art. 65 KEG einerseits in Abs. 2 die wesentlichen Abweichungen von der Betriebsbewilligung, für welche eine Änderung der Bewilligung oder Verfügung nach dem Verfahren für deren Erlass erforderlich ist, und andererseits in Abs. 3 die Änderungen, die nicht wesentlich von einer Bewilligung oder Verfügung nach Abs. 2 abweichen, jedoch einen Einfluss auf die nukleare Sicherheit oder Sicherung haben können, für welche der Inhaber eine Freigabe der Aufsichtsbehörden braucht. Art. 40 KEV bestimmt im Einzelnen diese »freigabepflichtigen Änderungen« und Art. 75 KEV regelt das diesbezügliche Verfahren.
- 103 Sowohl bei Art. 65 Abs. 2 KEG als auch bei Art. 65 Abs. 3 KEG geht es somit um Änderungen im Interesse des Weiterbetriebs eines AKW, welche auch von den AKW-Betreibern gewünscht sein können.<sup>99</sup> Unter diesem Aspekt wollte der Gesetzgeber mit der Ausnahmebestimmung von Art. 64 Abs. 3 KEG bei den nicht wesentlichen Änderungen den Verfahrensablauf vereinfachen, indem er in diesen Freigabeverfahren nur dem Gesuchsteller Parteistellung zubilligte.
- 104 Die im vorliegenden Fall zur Diskussion stehende Auslegungsüberprüfung mit gegebenenfalls vorläufiger Ausserbetriebnahme gestützt auf Art. 22 Abs. 3 KEG, Art. 44 KEV sowie Art. 13 der Gefährdungsannahmenverordnung und Artikel 2 f. der Ausserbetriebnahmeverordnung hat einen gegensätzlichen Charakter.<sup>100</sup> Ver-

---

<sup>97</sup> Art. 22 Abs. 1 KEG.

<sup>98</sup> So insbesondere Art. 72 Abs. 1 KEG.

<sup>99</sup> Vgl. insbesondere Art. 40 Abs. 1 Bst. b Ziffer 1, 3 oder 6.

<sup>100</sup> Vgl. vorn Ziffer 84 und 99 sowie Beilage 6, Abschnitt 2.2.1, S. 10 ff., insbesondere Abschnitt 2.2.1.3, S. 12 ff. und Abschnitt 2.2.4, S. 14 f.

---

antwortlich ist immer noch der Bewilligungsinhaber unter der Aufsicht des ENSI. Die Anlage darf während der Auslegungsüberprüfung weiter betrieben werden, muss jedoch beim Vorliegen einer entsprechenden für den Weiterbetrieb negativen Erkenntnis unverzüglich ausser Betrieb genommen werden. Umgekehrt bei der Freigabe: Dort darf die unwesentliche Änderung erst bei positivem Befund in den praktischen Betrieb integriert werden. Die Aufsichtstätigkeit des ENSI im Rahmen der Auslegungsüberprüfung hat also mit Freigaben schon definitionsgemäss nichts zu tun. Eine Beschränkung des Rechtsschutzes Dritter gibt es deshalb bei der Auslegungsüberprüfung nicht, weil Art. 64 Abs. 3 KEG hier überhaupt nicht anwendbar ist.

- 105 Das ENSI beruft sich hier auch erneut zu Unrecht direkt auf Art.29a BV. Wenn schon die Chronologie der Gesetzgebung massgebend sein soll, ist jene des konkreten Art. 25a VwVG massgebend und nicht jene des allgemeinen 29a BV. Art. 25a VwVG wurde am 17. Juni 2005 beschlossen und ist seit 1. Januar 2007 in Kraft und ist somit gegenüber dem KEG vom 21. März 2003, in Kraft seit 1. Februar 2005, das neuere Gesetz. Der diesbezüglichen Argumentation des ENSI ist somit der Boden entzogen.
- 106 Verfehlt ist im Übrigen die Behauptung des ENSI, die in Art. 64 Abs. 3 KEG gesetzlich vorgesehene Regelung würde unterlaufen, wenn *in einem Freigabeverfahren*, in dem nur dem Gesuchsteller, d.h. dem Bewilligungsinhaber Parteistellung zukommt, von einer Drittperson *in derselben Sache* eine Verfügung nach Art. 25a VwVG verlangt werden könnte. Dieser Fall der Beteiligung Dritter an einem konkreten *Freigabeverfahren* ist durch die Abgrenzung zwischen Verfügungsverfahren nach Art. 5 VwVG und dem Verfahren betreffend den Rechtsschutz bei Realakten nach Art. 25a VwVG ausgeschlossen.<sup>101</sup> Immerhin ist auch diesbezüglich wie folgt zu differenzieren:
- 107 Entgegen der Auffassung des ENSI ist jedoch Art. 64 Abs. 3 KEG nicht so auszulegen, dass ein Gesuch nach Art. 25a VwVG bei formellen Freigaben gene-

---

<sup>101</sup> Vgl. dazu vorn Ziffer 55 f.

rell ausgeschlossen wäre. Wie das ENSI selber dargelegt, geht es bei der gesetzlichen Regelung von Art. 64 Abs. 3 KEG nur darum, den effizienten Verfahrensablauf, insbesondere für die Realisierung von AKW, zu gewährleisten. Die Einschränkung von Art. 64 Abs. 3 KEG bezieht sich somit ausschliesslich auf das *Freigabeverfahren* selber.

- 108 Andererseits liegt es in der Natur des Verfahrens nach Art. 25a VwVG, dass hier erst *nachträglich* über die Rechtswidrigkeit einer bereits erfolgten Handlung befunden wird.<sup>102</sup> Es handelt sich um ein eigenständiges, nachgeschaltetes Verwaltungsverfahren, dessen Gegenstand der bestehende individuelle Rechtsanspruch auf eine diesbezügliche konkrete Positionierung der Verwaltung ist.<sup>103</sup>
- 109 Art. 64 Abs. 3 KEG hat deshalb zur Folge, dass im Verhältnis zwischen ENSI und AKW-Betreiber bis zur Freigabe ein Verfügungsverfahren stattfindet, an welchem keine Dritten beteiligt sind, während die erfolgte Freigabe bzw. damit bewirkten behördlichen Handlungen und deren Folgen für die Sicherheit selber gegenüber Dritten ein Realakt ist, welcher grundsätzlich dem Rechtsschutz von Art. 25a VwVG unterliegt.
- 110 Bei gegebener Rechtsschutzwürdigkeit<sup>104</sup> muss auch eine Freigabe als gegenüber Dritten blosser Realakt wenigstens diesem nachträglichen Rechtsschutz Dritter unterworfen werden, was mit der Ratio legis von Art. 64 Abs. 3 KEG, welche Norm nach den einschlägigen Auslegungsregeln keinesfalls ausdehnend interpretiert werden darf, ohne weiteres vereinbar ist. Andernfalls bliebe eine Lücke im Rechtsschutzsystem bestehen, welche Art. 13 EMRK verletzt.<sup>105</sup> Inwiefern dadurch die Aufsicht des ENSI erheblich erschwert würde, legt das ENSI bezeichnenderweise nicht dar. Vielmehr fürchtet es offensichtlich die gerichtliche Kontrolle seiner fragwürdigen Aufsichtstätigkeit.

---

<sup>102</sup> BVGE 2009/31 E. 5.2;

<sup>103</sup> MÜLLER, a.a.O., S. 344; TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 87 f.

<sup>104</sup> Vgl. dazu vorn Ziffer 57.

<sup>105</sup> WEBER-DÜRLER, a.a.O., N 1 zu Art. 25a VwVG.

- 
- 111 Wie bereits dargestellt, geht es im vorliegenden Fall gar nicht um die falsche Alternative »Freigabe einerseits – tangierte Bewilligungsvoraussetzungen andererseits«, sondern um die Gegenstand des vorliegenden Gesuchs bildenden spezialgesetzlich geregelten Probleme.<sup>106</sup>
- 112 Soweit das ENSI abschliessend auf die Zuständigkeit der Bewilligungsbehörde UVEK für den Entzug der Bewilligung gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a KEG – auf Gesuch legitimer Dritter hin – verweist, verkennt es einmal mehr die notwendige Differenzierung zwischen dem formellen Bewilligungsentzug und der laufenden Aufsicht, in deren Rahmen gegebenenfalls die sofortige Ausserbetriebnahme aufgrund der Ausserbetriebnahmeverordnung und der Gefährdungsannahmenverordnung zu erfolgen hat, noch *bevor* ein formelles Verfahren über einen formellen Bewilligungsentzug durchgeführt wird. Der hier von den Beschwerdeführern geforderte Rechtsschutz betrifft vom Gesetz- und Verordnungsgeber vorgesehene besondere Schutzvorkehrungen, welchen der Gedanke des permanenten, raschen Schutzes der Umgebung von AKW vor vermeidbaren Risiken zu Grunde liegt, was angesichts der mit solchen Risiken verbundenen möglichen Unfallfolgen von entsprechend grosser Bedeutung ist.
- 113 Das UVEK hat bekanntlich beide BVGE MÜHLEBERG beim Bundesgericht angefochten, weil es mit der Auslegung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen über das Verhältnis zwischen der Bewilligungs- und der Aufsichtsbehörde durch das Bundesverwaltungsgericht nicht einverstanden ist. Beide Fälle sind derzeit noch beim Bundesgericht hängig. Der vorliegende Fall ist von dieser Kontroverse jedoch deshalb nicht betroffen, weil es hier *ausschliesslich* um die Aufsichtstätigkeit des ENSI geht. Sollte allerdings das UVEK mit seiner Auffassung beim Bundesgericht durchdringen, käme dem Rechtsschutz gegen die Realakte des ENSI noch entsprechend grössere Bedeutung zu.
- 114 An dieser Stelle ist allerdings festzuhalten, dass das Vorgehen von ENSI und UVEK die unbedingte Notwendigkeit eines Rechtsschutzes nicht nur auf der Stufe

---

<sup>106</sup> Vgl. vorn Ziffer 104.

der formellen Bewilligungsverfahren, sondern auch auf der Stufe der Realakte augenfällig macht, wird doch hier mit den Rechtsuchenden recht eigentlich »Ping-Pong« gespielt. Das UVEK tritt auf formelle Gesuche um Entzug der Betriebsbewilligung mit der Argumentation nicht ein, es gehe um blosser Aufsichtstätigkeit des ENSI<sup>107</sup>, oder es setzt sich mit fundierter Kritik unter Verweis auf die Aufsicht des ENSI überhaupt nicht auseinander<sup>108</sup>, während das ENSI seinerseits selbst in Bereichen, in welchem es klarerweise ausschliesslich um diese Aufsichtstätigkeit und nicht um die formellen Bewilligungsverfahren geht, auf das formelle Verfahren zum Entzug der Betriebsbewilligung vor dem UVEK verweist – selbstverständlich im vollen Wissen darum, dass die Beschwerdeführer dort wiederum einen Nichteintretensentscheid erhalten würden. Statt dass sich ENSI und UVEK mit den grossen Sicherheitsproblemen des KKM mit der gebotenen Sorgfalt und Konsequenz auseinandersetzen, trachten sie also vor allem danach, die fundierte Kritik besorgter Anwohner ins Leere laufen zu lassen. Damit belegen sie jedoch nur einmal mehr die Rechtsschutzwürdigkeit des vorliegenden Gesuchs.

#### **5.4.4.4. Zu Erwägung 3.4:**

- 115 Der Verweis des ENSI auf den vollumfänglich gewährten Rechtsschutz im Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren ist verfehlt. Hat ein AKW-Projekt einmal diese Bewilligungsverfahren durchlaufen und die notwendigen Bewilligungen erhalten, sind die Hürden für deren Neuüberprüfung bzw. Wiedererwägung und für den Entzug der Betriebsbewilligung unabhängig von der Kontroverse zwischen UVEK und Bundesverwaltungsgericht auf jeden Fall hoch. Und der Rechtsmittelweg ist angesichts der vertieften Prüfung aller massgebenden Umstände sehr lang, von den damit verbundenen Prozessrisiken ganz zu schweigen.
- 116 Deshalb muss auch ein einfacher Rechtsschutz für konkrete relevante Realakte der laufenden Aufsicht gewährt werden, welcher es erlaubt, eine ganz konkrete sicherheitsrelevante Widerrechtlichkeit ohne den Aufwand eines umfassenden formellen Verfahrens auf Bewilligungsentzug festzustellen und zu beheben. Im

---

<sup>107</sup> Vgl. BVGE Mühleberg II.

<sup>108</sup> Vgl. BVGE Mühleberg I.

---

vorliegenden Fall wäre es ja nicht ausgeschlossen, dass die BKW den notwendigen deterministischen Sicherheitsnachweis auf andere Weise im Rahmen von Antrag 4 des gestellten Gesuchs mit entsprechenden Nachrüstungen doch noch erbringen kann und so das erhöhte Risiko, welchem die Beschwerdeführer und die übrigen Anwohner ausgesetzt sind, wieder reduziert werden kann.<sup>109</sup> Auch das zeigt, dass die Gegenstand des vorliegenden Gesuchs bildenden Realakte des ENSI eine andere sachliche und rechtliche Ebene betreffen als das formelle Verfahren betreffend Entzug der Betriebsbewilligung.

- 117 Dass die Funktion des ENSI sehr technischer Natur ist, ändert am Gebot des Rechtsschutzes angesichts der hier gegebenen Risiken und Gefährdungspotenziale nichts.<sup>110</sup>
- 118 Dass durch dieses System (in der vom ENSI interpretierten Form) eine *effiziente* Aufsicht gewährleistet sei, liegt sicher im Interesse der AKW-Betreiber und wohl auch im Eigeninteresse des ENSI, sich nicht mit Kritik von aussen fundiert auseinandersetzen zu müssen. Dieses allenfalls effiziente, aber wegen seiner Effizienz entsprechend fehleranfällige und, wie dargelegt<sup>111</sup>, auch tatsächlich in wichtigen Sicherheitsfragen *fehlerhafte* System entspricht aber nicht den gesetzlichen Vorgaben des Rechtsschutzes und liegt sicher nicht im Interesse der von einem erhöhten Risiko betroffenen Bevölkerung, insbesondere der besonders betroffenen Beschwerdeführer als Anwohner in den Notfallplanungszonen 1 und 2.
- 119 Die verfassungsrechtliche Wert- und Normenhierarchie gebietet es zweifellos, die Interessen des Schutzes von Leben, Gesundheit und Eigentum der betroffenen Menschen und damit ihr Interesse an wirksamem Rechtsschutz höher zu gewichten als das Interesse des ENSI an einem effizienten System ohne Kontrolle von aussen.

---

<sup>109</sup> Vgl. dazu vorn Ziffer 33.

<sup>110</sup> Vgl. vorn Ziffer 100.

<sup>111</sup> Vgl. vorn Abschnitt 4.

---

## 6. Schlussfolgerungen

- 120 Der bisherige Umgang des ENSI mit der Kritik der Beschwerdeführer zeugt von mangelnder Fähigkeit zur Selbstkritik und mangelnder Diskussionskultur. Auf die Eingabe des Beschwerdeführers 1 vom 26. September 2011 reagierte das ENSI mit Argumenten, deren Unhaltbarkeit der Beschwerdeführer 1 bereits im Brief vom 14. Dezember 2011 aufzeigen konnte und welche im Gesuch im Detail dargestellt wurde. Statt angesichts der offensichtlichen Sicherheitsrelevanz des Problems über die Bücher zu gehen, wie es sich aufgrund der in der Lehre betonten Parallelität des Gesuchsverfahrens nach Art. 25a VwVG mit dem Einspracheverfahren<sup>112</sup> aufgedrängt hätte, hielt das ENSI stur an seinem Standpunkt fest und beanspruchte mehrere Monate wertvolle Zeit, um einen – wie hier dargelegt unhaltbaren – Nichteintretensentscheid zu konstruieren.
- 121 Vertrauen ist gut – Kontrolle ist besser, sagt der Volksmund. Das Vorgehen des für die nukleare Sicherheit verantwortlichen ENSI ist aus den dargelegten Gründen alles andere als vertrauensbildend. Umso wichtiger ist deshalb die notwendige Kontrolle in Form des wirksamen Rechtsschutzes gegen Realakte auch in diesem Sach- und Rechtsbereich.
- 122 Das Bundesverwaltungsgericht wird ersucht, dem Versuch des ENSI, sich dieser notwendigen Kontrolle durch wirksamen Rechtsschutz Dritter zu entziehen und so eine Lizenz zur Willkür zu erhalten, einen Riegel zu schieben und so das ENSI zu zwingen, sich endlich materiell mit der Kritik der Beschwerdeführer auseinanderzusetzen.

\* \* \*

---

<sup>112</sup> TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 88, mit weiteren Verweisen.

Abschliessend ersuchen die Beschwerdeführer deshalb nochmals um Gutheissung der Beschwerde gemäss den eingangs gestellten Rechtsbegehren. Ausgangsgemäss wird das ENSI bzw. eventualiter die BKW kosten- und entschädigungspflichtig.

Mit freundlichen Grüssen

M. Pestalozzi

Dreifach

19 Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

---

## BEILAGENVERZEICHNIS

- Beilage 1 Verfügung ENSI vom 5. Oktober 2012
- Beilage 2 Anwaltsvollmacht Beschwerdeführer 1
- Beilage 3 Anwaltsvollmacht Beschwerdeführer 2
- Beilage 4 Briefumschlag
- Beilage 5 Sendungsverfolgung der Post
- Beilage 6 Gesuch der Beschwerdeführer vom 20. März 2012
- Beilage 7 Verfügung des ENSI vom 1. April 2011
- Beilage 8 Aktennotiz ENSI 11/1481 vom 31. August 2011
- Beilage 9 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI-Rat und KNS vom 26. September 2011
- Beilage 10 Brief ENSI-Rat an Beschwerdeführer 1 vom 30. September 2011
- Beilage 11 Memo Georg Schwarz, ENSI, vom 30. September 2011
- Beilage 12 Brief ENSI-Rat an Beschwerdeführer 1 vom 14. November 2011
- Beilage 13 Stellungnahme ENSI vom 3. November 2011
- Beilage 14 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI vom 14. Dezember 2011
- Beilage 15 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI vom 27. Januar 2012
- Beilage 16 Brief ENSI an Beschwerdeführer 1 vom 1. Februar 2012
- Beilage 17 Brief Beschwerdeführer 1 an ENSI vom 27. Februar 2012
- Beilage 18 Grundbuchauszug Liegenschaft des Beschwerdeführers 1
- Beilage 19 Grundbuchauszug Liegenschaft des Beschwerdeführers 2