

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

114. Jahrgang Nr. 9

September 2013

Inhalt	Seite
External Voting: Wohin soll beim Auslandschweizerstimmrecht die Reise gehen? Von <i>Giovanni Biaggini</i>	469
Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang? Überlegungen am Beispiel der staatlichen Pfarrerbesoldung im Kanton Bern. Von <i>Kaspar Sutter</i> und <i>Markus Müller</i>	471
Eine Lanze für die Nachzählung. Von <i>Christian Schuhmacher</i>	491
Politische Rechte. Bern. Ausgabenreferendum, gebundene Ausgaben; Art. 89 Abs. 2 KV/BE, Art. 48 des Berner Gesetzes über die Steuerung von Finanzen und Leistungen, Art. 34 Abs. 1 BV. Mit <i>Bemerkungen</i>	497
Meinungs- und Informationsfreiheit. Freiburg. Verbot eines Informationsstandes auf öffentlichem Grund; Einschränkung von Grundrechten; Art. 16 und 36 BV, Art. 10 EMRK, Art. 19 KV/FR. Mit <i>Bemerkungen</i>	508
Energierrecht. Bund. Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk Mühleberg; Art. 5, 8, 9, 26, 27 BV; Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; Art. 19, Art. 20 Abs. 1 lit. c, d, Art. 22 Abs. 2 lit. c–g, Art. 67 Abs. 1, Art. 70, 72 KEG. Mit <i>Bemerkungen</i>	514
ZBI-Online auf www.swisslex.ch	
Politische Rechte. Thurgau. Vorbereitungshandlung zu einer Volksabstimmung; Abstimmungserläuterungen, Sachlichkeit, Vollständigkeit, Prognosen; Art. 34 Abs. 2 BV	524

Energierrecht

BUND

Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk Mühleberg; Art. 5, 8, 9, 26, 27 BV; Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; Art. 19, Art. 20 Abs. 1 lit. c, d, Art. 22 Abs. 2 lit. c–g, Art. 67 Abs. 1, Art. 70, 72 KEG.

Die Ausnahme gemäss Art. 83 lit. n Ziff. 1 BGG bezieht sich nicht auf Entscheide, mit denen eine Bewilligung erteilt oder geändert wird (E. 2.1). Die Rügen der Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie der Grundsätze der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und von Treu und Glauben (Art. 9 BV) decken sich vorliegend zumindest im Ergebnis mit dem Gebot der richtigen, verhältnismässigen Rechtsanwendung gemäss Art. 5 BV (E. 8). Nachdem das Kernkraftwerk und dessen Betrieb den Anforderungen der nuklearen Sicherheit und Sicherung entsprechen müssen (Art. 20 Abs. 1 lit. d KEG), sind diese Fragen im Rahmen des Bewilligungsverfahrens durch das UVEK als Bewilligungsbehörde (Art. 19 KEG) zu prüfen (E. 9.1). Von der Beurteilung des ENSI im Rahmen der Prüfung eingereicherter Projekte (Art. 72 Abs. 1 KEG) darf das UVEK insbesondere deshalb nur aus triftigen Gründen abweichen, weil es nicht über das erforderliche spezifische Fachwissen im Bereich der nuklearen Sicherheit und Sicherung verfügt (E. 9.2). Diese Grundsätze gelten trotz Art. 49 VwVG (i.V.m. Art. 37 VGG) auch für das Bundesverwaltungsgericht (E. 9.3). Werden im Rahmen der Überprüfung der Sicherheit der Kernanlage, insbesondere zwecks Anpassung an erhöhte Sicherheitsanforderungen, neue Massnahmen angeordnet, hat die Aufsichtsbehörde hierfür regelmässig eine angemessene Frist für eine Nachrüstung anzusetzen anstatt die Bewilligung zu befristen (E. 10.1–3). Eine Befristung rechtfertigt sich dann, wenn begründeter Anlass zur Annahme besteht, dass im Zeitpunkt des Fristablaufs die gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen trotz Nachrüstungen und anderer Mittel der laufenden Aufsicht nicht mehr erfüllt sein werden (E. 10.4–7). Kein Grund für eine Befristung besteht dagegen, wenn die zu prüfenden und allenfalls vorzunehmenden Massnahmen in der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden liegen und zusätzlich entweder betrieblich tragbare risikoreduzie-

rende Massnahmen (ALARA-Bereich) oder Anpassungen des Sicherheitsstandes an neue Erkenntnisse oder an nachträglich erhöhte Sicherheitsanforderungen in Frage stehen, da die Bewilligung in solchen Fällen unabhängig von ihrer Befristung gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. b KEG zu entziehen ist, falls die angeordnete Massnahme trotz Mahnung unterbleiben sollte (E. 11). Nachdem das UVEK die massgebenden Aspekte im Einzelnen und umfassend geprüft hat, ist der Vorwurf der Vorinstanz, das Departement habe nicht hinreichend geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Befristung erfüllt seien, offensichtlich unbegründet (E. 12.3). Die der BKW FMB Energie AG als Betreiberin des Kernkraftwerks Mühleberg auferlegte Pflicht, mit einem Gesuch um Verlängerung der Betriebsbewilligung auch ein Instandhaltungskonzept einzureichen, stützt sich auf keinerlei gesetzliche Grundlage (E. 13). Die von der Vorinstanz genannten drei offenen Sicherheitsfragen (Risse im Kernmantel; Überflutungsrisiko infolge mangelnder Erdbebensicherheit der oberhalb der Anlage gelegenen Staumauer des Wohlensees; fehlende alternative Kühlmöglichkeit) lassen sich mit aufsichtsrechtlichen Mitteln bewältigen, sodass die Befristung der Bewilligung entbehrlich ist (E. 14).

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 28. März 2013, 2C_347/2012, 2C_357/2012, BGE 139 II 185.)

A. Das Kernkraftwerk (KKW) Mühleberg wird von der BKW FMB Energie AG (BKW) betrieben. Diese hatte am 25. Januar 2005 ein Begehren um Feststellung eingereicht, wonach sie mit Inkrafttreten des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 (KEG; SR 732.1) über eine unbefristete Betriebsbewilligung für das KKW Mühleberg verfüge. Auf deren Beschwerde hin wurde das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) durch das Bundesverwaltungsgericht angewiesen, das Gesuch der BKW nach den Regeln der Wiedererwägung bzw. des Widerrufs zu behandeln (BVGE 2008/8). In der Folge hiess das UVEK das Gesuch der BKW am 17. Dezember 2009 gut und hob die Befristung der Betriebsbewilligung für das KKW Mühleberg auf.

B. Gegen die Verfügung des UVEK erhoben rund hundert Privatpersonen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragten im Wesentlichen die Aufhebung der Verfügung des UVEK. Mit Urteil A-667/2010 vom 1. März 2012 hiess das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I) die Beschwerde teilweise gut, befristete die Betriebsbewilligung für das KKW Mühleberg bis zum 28. Juni 2013 und verpflichtete die BKW, dem UVEK zusammen mit einem allfälligen neuen Verlängerungsgesuch für eine Betriebsbewilligung ein umfassendes Instandhaltungskonzept einzureichen. Das Bundesverwaltungsgericht begründete sein Urteil vornehmlich damit, dass hinsichtlich der Risse im Kernmantel, des Überflutungsrisikos als Folge der ungenügenden Erdbebensicherheit der oberhalb des KKW Mühleberg gelegenen Staumauer des Wohlensees und des Fehlens einer neben der Wasserentnahme aus der Aare alternativen Kühlmöglichkeit ungeklärte sicherheitsrelevante Aspekte bestünden. Diese bildeten polizeiliche Gründe für eine Befristung der Betriebsbewilligung gemäss Art. 21 Abs. 2 Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (KEG; SR 732.1),

könnten also nicht durch die laufende Aufsicht seitens des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI) gelöst werden (vgl. Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, 1. März 2012, A-667/2010, auszugsweise wiedergegeben in: ZBl 113/2012, S. 358 ff., mit Bemerkungen von Johannes Reich).

C. Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhoben die BKW (Verfahren 2C_347/2012) und das UVEK (Verfahren 2C_357/2012) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Sowohl die BKW als auch das UVEK beantragten insbesondere die Aufhebung sowohl der vom Bundesverwaltungsgericht verfügten Befristung der Betriebsbewilligung als auch der der BKW auferlegten Verpflichtung, zusammen mit einem allfälligen Gesuch um Verlängerung der Betriebsbewilligung ein umfassendes Instandhaltungskonzept einzureichen. Nachdem der Abteilungspräsident das Gesuch der BKW um Erteilung der aufschiebenden Wirkung am 23. Mai 2012 abgewiesen hatte, führte das Bundesgericht am 28. März 2013 eine öffentliche Beratung der Angelegenheit durch. In der Folge vereinigt das Bundesgericht die beiden Verfahren 2C_347/2012 und 2C_357/2012, tritt auf die Beschwerden ein, heisst diese gut und hebt sowohl die Befristung der Betriebsbewilligung des KKW Mühleberg als auch die der BKW durch das Bundesverwaltungsgericht auferlegte Pflicht, mit einem Gesuch um Verlängerung der Betriebsbewilligung ein Instandhaltungskonzept einzureichen, auf.

Aus den Erwägungen:

2.1 [...] Nach Art. 83 lit. n Ziff. 1 BGG ist die Beschwerde unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der Kernenergie betreffend das Erfordernis einer Freigabe oder der Änderung einer Bewilligung oder Verfügung. Diese Ausnahme bezieht sich nur auf die in Art. 65 Abs. 5 lit. b und c KEG genannten Entscheide darüber, ob überhaupt eine Freigabe oder Bewilligungsänderung erforderlich sei, nicht aber auf die Entscheide, mit denen eine Bewilligung erteilt oder geändert wird [...]. In der vorliegenden Streitsache geht es um die Befristung der Betriebsbewilligung und somit nicht um die Frage des Erfordernisses, sondern des Inhalts der Betriebsbewilligung. Art. 83 lit. n BGG steht der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen.

2.3 [...] Auf die Beschwerden ist einzutreten.

8.1 Den Rügen der Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der BKW kommt im vorliegenden Fall keine Bedeutung zu. Massgebend ist hier das Verwaltungsverhältnis, welches durch das KEG bestimmt wird. Es geht mit anderen Worten um die richtige, u.a. auch verhältnismässige Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen (Art. 5 BV). Als unmittelbarer Prüfmasstab des Verwaltungshandelns wirken die genannten Freiheitsrechte nur dann, wenn die Verfügungsgrundlage in Frage gestellt würde (vgl. dazu prägnant Pierre Tschannen, Systeme des Allge-

meinen Verwaltungsrechts, Bern 2008, Rz. 101), deren Überprüfung aber bei Gesetzesbestimmungen aufgrund von Art. 190 BV ohnehin unzulässig ist.

[8.2–3 Die Rüge der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 9 BV) deckt sich vorliegend mit derjenigen der richtigen Anwendung von Art. 21 Abs. 2 KEG. Gleiches gilt für die gerügte Verletzung der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV).]

9.1 [...] Wenn das Gesetz als Voraussetzung für die Erteilung der Betriebsbewilligung u.a. verlangt, dass die Anlage und der vorgesehene Betrieb den Anforderungen der nuklearen Sicherheit und Sicherung entsprechen müssen (Art. 20 Abs. 1 lit. d KEG), dann folgt daraus zwangsläufig, dass diese Fragen im Rahmen des Bewilligungsverfahrens durch die dafür zuständige Bewilligungsbehörde, d.h. das UVEK (Art. 19 KEG), zu prüfen sind (ebenso *Reich*, ZBl 113/2012, S. 368 f.). [...]

9.2 Gesetzlich vorgesehen ist aber auch, dass die Prüfung der eingereichten Projekte durch die Aufsichtsbehörden erfolgt (Art. 72 Abs. 1 KEG). Diese haben damit die Stellung einer gesetzlich vorgesehenen Fachinstanz, von deren Beurteilung namentlich dort, wo das Gesetz mit Rücksicht auf den technischen oder wissenschaftlichen Charakter der Sache eine offene Normierung enthält, die entscheidende Behörde wie auch die gerichtlichen Rechtsmittelinstanzen, auch wenn ihnen freie Beweiswürdigung zusteht, nur aus triftigen Gründen abweichen dürfen [...]. Das gilt namentlich dann, wenn die entscheidende Behörde nicht über die erforderliche Fachkompetenz verfügt, wie das insbesondere im Verhältnis zwischen dem UVEK als Bewilligungsbehörde und dem ENSI zutrifft [...].

9.3 Die genannten Grundsätze in Bezug auf die Berücksichtigung von Fachwissen gelten auch für das Bundesverwaltungsgericht: Zwar steht ihm eine uneingeschränkte Rechts-, Sachverhalts- und Ermessenskontrolle zu (Art. 49 VwVG). Hat jedoch die Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts oder ein besonderes unabhängiges Fachgremium eine besondere Fachkompetenz, die dem Gericht selber abgeht, so kann und soll das Gericht dieses technische Ermessen respektieren (BGE 135 II 356 E. 3.1 i.f. S. 360, 384 E. 2.2.2 S. 390; 133 II 35 E. 3 S. 39; 130 II 449 E. 4.1 S. 451 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 8.3, in: sic! 2008 S. 717 ff.), jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (BGE 138 II 77 E. 6.4 S. 89; 131 II 680 E. 2.3.2 S. 683 f.). Das Gericht soll nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde abweichen. Insbesondere ist es nicht Sache der Gerichte, Energiepolitik zu betreiben oder die Rolle von Aufsichtsbehörden zu übernehmen; das Bundesverwaltungsgericht hat auch nicht den Massstab für sicherheitsrelevante Bedenken selber zu definieren. Dies obliegt in erster Linie dem Bundesrat, dem Departement und den nachgeordneten Verwaltungsbe-

hörden. Die Gerichte sollen zusätzliche Betriebseinschränkungen, welche von der Fachbehörde selber nicht verlangt worden sind, nur anordnen, wenn diese vom Bundesrecht klar verlangt werden, keine fachtechnischen Abklärungen mehr nötig sind und kein Spielraum des (Verwaltungs-)Ermessens besteht, sondern nur eine Lösung als möglich und rechtmässig erscheint (BGE 131 II 81 E. 6.6 i.f. S. 97; 129 II 331 E. 3.2 S. 342; Urteil des Bundesgerichts 8C_788/2011 vom 2. Mai 2012 E. 5.1.2).

10.2.1 Im Bewilligungsverfahren beurteilt die Bewilligungsbehörde unter Beizug der Fachbehörden, ob im Bewilligungszeitpunkt die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind (E. 9.1 und 9.2), wozu auch die Aspekte der nuklearen Sicherheit (Art. 20 Abs. 1 lit. d KEG) gehören. Ist dies der Fall, ist die Betriebsbewilligung zu erteilen (Art. 20 KEG; [...]), und zwar grundsätzlich unbefristet [...].

10.2.2 Durch die laufende Aufsicht ist zu gewährleisten, dass die Sicherheit während der ganzen Laufzeit gewährleistet bleibt und gegebenenfalls durch nachträgliche Nachrüstungen verbessert wird. Die laufende Aufsicht ist das gesetzlich vorgesehene Instrument, um nach der Bewilligungserteilung die Sicherheit fortdauernd zu gewährleisten bzw. zu verbessern. Die Bewilligungsbehörde kann sich nicht mit Hinweis auf die spätere Aufsicht davon dispensieren, die Voraussetzungen im Bewilligungszeitpunkt zu überprüfen; sie kann aber ergänzend zu ihrer Überprüfung grundsätzlich davon ausgehen, dass die Aufsichtsbehörde während des nachfolgenden Betriebs ihre Aufgabe wahrnehmen wird. [...].

10.7 Insgesamt rechtfertigt sich die streitige Befristung nicht schon damit, dass die Aufsichtsbehörden laufend die Sicherheit der Anlage überprüfen, neue Fragen aufwerfen und neue Massnahmen anordnen. Das ist vielmehr der gesetzliche Normalfall [...]. Insbesondere dann, wenn die zu prüfenden oder anzuordnenden Massnahmen dazu dienen, die Anlage an nachträglich erhöhte Sicherheitsanforderungen anzupassen, ist durch die Aufsichtsbehörde eine angemessene Frist für eine Nachrüstung zu setzen [...] und nicht die Bewilligung zu befristen [...]. Die Befristung rechtfertigt sich hingegen dann, wenn begründeter Anlass zur Annahme besteht, dass im Zeitpunkt des Fristablaufs (Ende Juni 2013) die gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind und ihre Aufrechterhaltung auch mit den Mitteln der laufenden Aufsicht [...] nicht sichergestellt werden kann [...], namentlich wenn für notwendige Sicherheitsmassnahmen eine Änderung der Betriebsbewilligung erforderlich ist [...].

11.7 Zusammenfassend rechtfertigt sich die streitige Befristung dann, wenn begründeter Anlass zur Annahme besteht, dass im Zeitpunkt des Fristablaufs (Ende Juni 2013) die Sicherheitsanforderungen [...] nicht mehr erfüllt sind und ihre Aufrechterhaltung auch mit den Mitteln der laufenden Aufsicht und mit Nachrüstungsmassnahmen [...] nicht sichergestellt werden kann [...]. Hinge-

gen ist die Befristung nicht begründet, solange die Sicherheitsanforderungen erfüllt sind und angenommen werden kann, dass ihre Einhaltung durch die laufende Aufsicht oder durch Nachrüstungsmassnahmen gewährleistet bleibt [...]. Der Umstand, dass offene Fragen diskutiert, die Sicherheit dauernd überprüft und zusätzliche Massnahmen in Betracht gezogen oder angeordnet werden, rechtfertigt eine Befristung nicht [...], wenn die zu prüfenden und allenfalls vorzunehmenden Massnahmen in der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden liegen [...] und es dabei um Verbesserungen im ALARA [*as low as reasonably achievable*]-Bereich [...] oder um eine Anpassung des Sicherheitsstandes an neue Erkenntnisse oder an nachträglich erhöhte Sicherheitsanforderungen geht [...]: 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 (Art. 67 Abs. 1 lit. b KEG). [...]

12.1–2 [Das Bundesgericht referiert die Begründung der Verfügung des UVEK vom 17. Dezember 2009 und die ihr zugrunde liegende Stellungnahme der Hauptabteilung für die Sicherheit der Kernanlagen, die bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Eidgenössische Nuklearinspektorat vom 22. Juni 2007 (SR 732.2) am 1. Januar 2009 Aufsichtsbehörde in Bezug auf die nukleare Sicherheit und den Strahlenschutz von Kernanlagen war].

12.3 Angesichts dieser Erwägungen in der Verfügung des UVEK [...] und der Stellungnahmen der fachtechnischen Aufsichtsbehörden ist der Vorwurf der Vorinstanz, das UVEK habe nicht hinreichend geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Befristung erfüllt seien, offensichtlich unbegründet: Das UVEK hat vielmehr – wie auch die Beschwerdegegner anerkennen – die massgebenden Aspekte im Einzelnen und umfassend geprüft und die Vorbringen der Einsprecher mit der Beurteilung durch die Aufsichtsbehörden konfrontiert; es ist zu einem begründeten Ergebnis gekommen, dass und weshalb die Voraussetzungen für einen sicheren Weiterbetrieb erfüllt seien. [...]. Offensichtlich unrichtig ist auch, wenn die Vorinstanz dem UVEK vorwirft, «allein auf die laufende Aufsicht zu vertrauen». Das UVEK hat die Sicherheitsfragen als Bewilligungsvoraussetzungen im aktuellen Zustand der Anlage beurteilt, und darauf hingewiesen, dass zusätzlich der sichere Betrieb mit der laufenden Aufsicht «langfristig» gewährleistet werden könne [...]. Das entspricht der gesetzlichen Konzeption [...]. Die Folgerung der Vorinstanz, die Beschwerden seien schon deshalb gutzuheissen, weil das UVEK die Befristung nicht eigenständig geprüft habe, ist rechtswidrig. [...]

13.1 Die Vorinstanz vermisst ein umfassendes Instandhaltungskonzept [...].

13.2 Die Vorinstanz nennt keine gesetzliche Grundlage, auf welche sie ihre Anforderungen stützt, und präzisiert nicht näher, was sie unter dem verlangten umfassenden Instandhaltungskonzept versteht. [...].

13.3 [...] [Der] Bewilligungsinhaber [muss] u.a. Massnahmen treffen, um seine Anlage in einem guten Zustand zu halten (Art. 22 Abs. 2 lit. c KEG). Dazu gehört die Instandhaltung aller sicherheitsrelevanten Teile. Art. 32 KEG [Kernenergieverordnung; SR 732.11] konkretisiert diese Pflicht [...]. Sodann muss der Bewilligungsinhaber während der ganzen Lebensdauer der Anlage systematische Sicherheits- und Sicherheitsbewertungen durchführen (Art. 22 Abs. 2 lit. d KEG) und periodisch eine umfassende Sicherheitsüberprüfung vornehmen (lit. e). Art. 33 und 34 KEG konkretisieren die systematischen Sicherheits- und Sicherheitsbewertungen sowie die umfassende Sicherheitsüberprüfung [...].

13.5 [...] Die dauernde Überprüfung und schrittweise Nachrüstung, welche die Vorinstanz als unbefriedigend betrachtet, ist der gesetzliche Normalzustand. Soweit die vorinstanzliche Betrachtung darauf hinausläuft, dass für die gesamte (verbleibende) Lebensdauer ein abschliessendes Sicherheits-Gesamtkonzept verlangt wird, das alle zukünftigen Sicherheitsfragen ein für allemal beantwortet, entspricht dies nicht der gesetzlichen Regelung [...].

13.8 Soweit die Anforderungen der Vorinstanz über das hinausgehen, was die Aufsichtsbehörden im Rahmen der laufenden Aufsicht ohnehin schon verlangen [...], haben sie keine gesetzliche Grundlage und vermögen die Befristung nicht zu rechtfertigen.

14.1 Zu prüfen bleibt, ob die von der Vorinstanz genannten drei konkreten offenen Sicherheitsfragen [...] eine Befristung auf Mitte 2013 rechtfertigen. Es ist unbestritten, dass die Aufsichtsbehörde zu diesen drei Fragekreisen offene Fragen identifiziert und von der BKW dazu weitere Prüfungen und Massnahmen verlangt hat. Wie dargelegt (E. 11.7), rechtfertigt dies allein eine Befristung aber nicht. Die Vorinstanz hat sich nicht ansatzweise inhaltlich mit der Beurteilung durch das ENSI bzw. das UVEK auseinandergesetzt und nicht begründet, weshalb sie von dieser Beurteilung abweicht. Dies entspricht nicht dem Grundsatz, wonach ein Gericht von der Beurteilung einer fachkompetenten Fachstelle nur aus triftigen Gründen abweichen soll (vgl. vorne E. 9.3). Die Vorinstanz hat insbesondere nicht begründet, weshalb die offenen Sicherheitsaspekte derart gewichtig sein sollen, dass ihre Behebung nicht durch die laufende Aufsicht gesichert werden könnte. Sie hat nicht geprüft, ob die angeordneten oder allenfalls noch anzuordnenden Massnahmen in den Zuständigkeitsbereich der Bewilligungs- oder der Aufsichtsbehörde fallen, ob sie zwingende Sicherheitsanforderungen oder den ALARA-Bereich betreffen und ob es sich um Massnahmen handelt, mit denen eine Verschlechterung der Anlage kompensiert werden, oder um solche, mit denen die Anlage an erhöhte Anforderungen angepasst werden soll. Diese Aspekte sind im Folgenden zu disku-

tieren, wobei auch die Rügen der Beschwerdeführer bezüglich Gehörsverletzung und offensichtlich unrichtiger Sachverhaltsfeststellung zu prüfen sind.

14.2.1–4 [Der *Kernmantel* des KKW Mühleberg weist Risse auf, die mit Zugankern gesichert worden sind. Die von der Vorinstanz zitierte gutachterliche Folgerung, die Integrität dieser Zugankerkonstruktion könne nicht uneingeschränkt vorausgesetzt werden, beruht auf der Prämisse eines vollständigen Durchrisses der horizontalen Schweissnähte am Kernmantel und auf der Annahme, dass die Zuganker im Sinne einer abschliessenden Reparaturmassnahme für solche Durchrisse beurteilt werden.]

14.2.5 Es ist willkürlich, wenn die Vorinstanz ihre Folgerung, wonach erhebliche Zweifel an der Sicherheit «des heutigen Zustandes» des Kernmantels bestehen, auf gutachterliche Schlussfolgerungen abstellt, welche auf Prämissen beruhen, die aktuell unbestritten nicht vorliegen. Der Kernmantel und die Zugankerkonstruktion stellt somit entgegen der Auffassung der Vorinstanz im heutigen Zustand keine offene Sicherheitsfrage dar, die nicht mit der laufenden Aufsicht kontrolliert werden könnte, und es besteht kein Grund zur Annahme, dass sich dies ab Mitte 2013 ändert. Die Befristung der Bewilligung lässt sich damit nicht begründen (vgl. E. 11.7).

14.3.1–7 [Mit der *Erdbebengefährdung* des KKW Mühleberg ist das Szenario angesprochen, dass die oberhalb der Anlage gelegene Staumauer des Wohlensees brechen könnte und das KKW dadurch überflutet würde. Zu Recht geht auch die Vorinstanz davon aus, dass sich das Erdbebenrisiko objektiv nicht verändert hat. Fraglich ist bloss, ob dieses Risiko nach heutigen Erkenntnissen höher ist als früher angenommen.]

14.3.8 Im Gefolge von Fukushima wurden weitere Überprüfungen vorgenommen, wie das rechtlich vorgeschrieben ist (Art. 2 Abs. 1 lit. c Ausserbetriebnahmeverordnung [SR 732.114.5]). Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, der bisherige Zustand der Anlage erfülle die Bewilligungsvoraussetzungen nicht. Wird sich aufgrund dieser Überprüfung erweisen, dass die Anforderungen an die Erdbebensicherheit aufgrund neuer Erkenntnisse nicht erfüllt sind, so wird eine angemessene Frist für die Nachrüstung anzuordnen sein [...]. Kann oder will der Betreiber diese Nachrüstung nicht vornehmen, so wird die Bewilligung zu entziehen sein, unabhängig davon, ob sie jetzt befristet ist oder nicht. Wird sich hingegen erweisen, dass die Anforderungen erfüllt sind oder mit Nachrüstungen erfüllt werden können, so besteht kein Grund für eine Befristung. Die allfälligen Mängel können somit durch aufsichtsrechtliche Mittel behoben werden, so dass sich eine Befristung nicht rechtfertigt.

14.4.1 [Die Vorinstanz hatte auch hinsichtlich der *Kühlung* ungeklärte sicherheitsrelevante Aspekte ausgemacht, da keine alternative Kühlung bestehe, falls die Kühlung durch Wasserentnahme aus der Aare versage. In seiner Verfügung vom 5. Mai 2011 hatte das ENSI festgestellt, dass die Forderung nach einer von

der Aare diversitären und verstopfungssicheren Kühlwasserversorgung entsprechend Art. 4 Abs. 3 lit. b KEG im Sinne eines Elements der Vorsorge im ALARA-Bereich gerechtfertigt sei.]

14.4.2 [...] Die Vorinstanz nennt kein Argument, welches eine Abweichung von dieser Beurteilung durch die Fachbehörde [ENSI] begründen könnte. [...]

14.4.3 [...] Nachdem gemäss den Feststellungen der Vorinstanz der angebliche Mangel seit mehr als zwanzig Jahren bekannt ist, geht es bei den angeordneten Massnahmen nicht darum, eine Verschlechterung des Sicherheitszustands zu beheben oder die Anlage neuen Erkenntnissen anzupassen, sondern darum, dass die Behörden einen bisher als genügend sicher beurteilten Zustand heute anders bewerten und deshalb eine Nachrüstung anordnen. Dafür ist eine angemessene Frist einzuräumen, sofern nicht unmittelbare Gefahr droht [...]. Es ist unerfindlich, wie die Vorinstanz zur Auffassung kommt, der Mangel könne nicht durch die laufende Aufsicht behoben werden. [...]

Bemerkungen:

1. In dem in Fünferbesetzung gefällten, 54 Seiten starken, auch amtlich veröffentlichten Urteil (BGE 139 II 185) hebt das Bundesgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. März 2012 und damit die Befristung der Betriebsbewilligung des KKW Mühleberg bis zum 28. Juni 2013 auf. Damit ist auch der Pflicht, die der BKW als Betreiberin der Anlage durch das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil auferlegt worden ist, «in ihrem Gesuch an das UVEK um Verlängerung der Betriebsbewilligung in einem umfassenden Instandhaltungskonzept darzulegen, welche Massnahmen sie zur Behebung der Mängel ergreifen, welche Kosten damit verbunden sind und wie lange sie das KKW Mühleberg noch betreiben möchte» (Bundesverwaltungsgericht, A-667/2010, ZBl 113/2012, E. 5.4, S. 366), jede Grundlage entzogen.

2. Trotz dieses Verfahrensausgangs stimmt das Bundesgericht mit dem *zentralen Punkt* des vorinstanzlichen Urteils überein. Das Bundesverwaltungsgericht hatte vom UVEK als Bewilligungsbehörde grundsätzlich zu Recht verlangt, sich trotz der vorgängigen Prüfung des eingereichten Projekts durch das ENSI (Art. 72 Abs. 1 ENSIG) «kritisch und eigenständig mit den aufgeworfenen Fragen auseinanderzusetzen» (Bundesverwaltungsgericht, A-667/2010, E. 5.2.3, S. 362; Hervorhebungen hinzugefügt). Das Bundesgericht *bestätigt* diese Ausführungen. Dabei stellt es zunächst fest, dass die Vereinbarkeit der Kernanlage mit «den Anforderungen der nuklearen Sicherheit und Sicherung» gestützt auf Art. 20 Abs. 1 lit. d KEG zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebsbewilligung bilde. Daraus folge «zwangsläufig», dass sich das UVEK als Bewilligungsbehörde mit diesen Fragen auseinandersetzen müsse (E. 9.1). Überzeugend legt das Bundesgericht indessen dar, dass sich das UVEK – entgegen den Darlegungen des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Bundesverwaltungsgericht, A-667/2010, E. 5.2.3, S. 362) – in seiner Verfügung vom 17. De-

zember 2009 ausreichend mit den relevanten Aspekten befasst hat (vgl. E. 12.1.3 und Sachverhalt A). Zu Recht als «offensichtlich unrichtig» rügt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang die bundesverwaltungsgerichtliche Aussage, wonach es sich beim Bundesamt für Energie um eine «Fachbehörde mit technischem Spezialwissen» im Bereich der nuklearen Sicherheit und Sicherung handle (E. 9.2; Reich, ZBl 113/2012, S. 368). Vor diesem Hintergrund erscheint die bundesgerichtliche Haltung zutreffend, wonach die vom ENSI im Rahmen von Art. 72 Abs. 1 KEG abgegebenen Stellungnahmen als Beurteilungen einer gesetzlich vorgesehenen Fachinstanz zu behandeln sind. Von deren Beurteilung dürfen die entscheidenden Verwaltungsbehörden und gerichtlichen Rechtsmittelinstanzen folglich nur aus triftigen Gründen abweichen (E. 9.2; Reich, S. 369).

3. Berechtigten Bedenken der Lehre zum Trotz räumt Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG dem Bundesverwaltungsgericht uneingeschränkte Rechts-, Sachverhalts- und Ermessenskontrolle ein. Vor diesem Hintergrund mutet es fragwürdig an, wenn das Bundesgericht die bundesverwaltungsgerichtliche Kontrollbefugnis *ganz generell* auf jene höchst seltenen, wenn nicht gar imaginären Fälle beschränken will, in denen «nur eine [andere als die von der Fachbehörde getroffene] Lösung als *möglich und rechtmässig* erscheint» (E. 9.3; Hervorhebungen hinzugefügt). Gleichwohl erscheint eine weitgehende Beschränkung der Kognition *vorliegend* bei der Überprüfung einer Betriebsbewilligung für ein KKW unter dem Aspekt der nuklearen Sicherheit tatsächlich als *angezeigt*. Völkerrechtlichen Vorgaben folgend hat der Gesetzgeber die Fachkompetenz in Bezug auf die nukleare Sicherheit und Sicherung nämlich beim von politischer und verwaltungsinterner Einflussnahme abgeschirmten ENSI konzentriert (vgl. Reich, S. 367 f.). Im Sinne einer politischen Konzession gegenüber «nuklear-energiekritische[n] Kreise[n]» hat der Gesetzgeber sodann die Eidgenössische Kommission für nukleare Sicherheit «als «Second-Opinion-Organ» mit Beratungsaufgaben» (nicht abgedruckte E. 9.2, mit Verweis auf die parlamentarische Debatte) für befugt erklärt, zu Beurteilungen des ENSI betreffend Betriebsbewilligungen zuhanden des UVEK Stellung zu nehmen (vgl. Art. 71 Abs. 3 KEG). Demgegenüber hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Bereich der nuklearen Sicherheit auch mangels relevanter Fallzahlen keine besondere Fachkompetenz aneignen können. All diese Faktoren rechtfertigen es vorliegend, die verwaltungsgerichtliche Interventionsschwelle relativ hoch anzusetzen (vgl. allgemein Benjamin Schindler, Art. 49 VwVG, in: Christoph Auer/Benjamin Schindler/Markus Müller (Hrsg.), VwVG, Zürich/St. Gallen 2008, N 9, 13, 18).

4. Die Qualifikation der vom ENSI im Rahmen von Art. 72 Abs. 1 KEG abgegebenen Stellungnahmen als Beurteilungen einer gesetzlich vorgesehenen Fachinstanz einerseits und die beschränkte Kognition im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung andererseits räumen dem ENSI als Aufsichtsbehörde in Bezug auf die nukleare Sicherheit und Sicherung (Art. 71 Abs. 1

lit. a KEG) nicht nur im Bewilligungsverfahren, sondern vor allem auch im Bereich der laufenden Aufsicht *erhebliches Ermessen* ein, dessen Ausübung nachgelagerter verwaltungsinterner und verwaltungsgerichtlicher Kontrolle *weitgehend entzogen* bleibt. Im Bereich der nuklearen Sicherheit und Sicherung gilt demnach, was der *United States Supreme Court* in anderem Zusammenhang in ein eingängiges Bild gekleidet hat: «*Expert discretion is the lifeblood of the administrative process (...)*» (*Burlington Truck Lines, Inc. v. United States*, 371 U.S. 156, 167 [1962]). Aufgrund der engmaschigen Aufsicht im Bereich der nuklearen Sicherheit und Sicherung dürfte eine gewisse Vertrautheit zwischen dem ENSI und den Betreibern von KKW unvermeidlich sein. Immerhin führt das ENSI jährlich rund 300 Inspektionen in den fünf schweizerischen KKW durch (vgl. Interview mit Ulrich Schmocker [von 2002–2010 Direktor des ENSI bzw. der Vorgängerinstitution], ENSI-Magazin 2010.2, S. 7). Vor diesem Hintergrund steht das ENSI vor der schwierigen Aufgabe, seine *Unabhängigkeit* nicht nur gegenüber Politik und Verwaltung, sondern auch gegenüber der *Branche* zu wahren, um jeden Anschein der Klientelorientierung (*regulatory capture*) zu vermeiden.

Prof. Dr. Johannes Reich, LL.M., Assistenzprofessor, Zürich