



Kathrin Föhse/Joel Drittenbass*

Parteistellung und Rechtsschutz natürlicher Personen im Umfeld von Kernkraftwerken

Beim Rechtsschutz natürlicher Personen im Umfeld von Kernkraftwerken (KKW) stellt die Praxis auf die Risikexposition ab. Danach hat, wer innerhalb einer gewissen Distanz zu einem KKW wohnt, aufgrund seiner räumlichen Nähe zur Anlage ein rechtsschutzwürdiges Interesse, wenn es um ein Handeln oder Unterlassen der Aufsichtsbehörde im Rahmen der Sicherheitsaufsicht geht. Diese Praxis kontrastiert mit dem Institut der Freigabe nach Kernenergiegesetz, welches den Rechtsschutz in bestimmten Bereichen gesetzlich unterbindet, was zu Widersprüchen und unbefriedigenden Situationen führt.

En matière de protection juridique des personnes physiques à proximité des installations nucléaires, la pratique se fonde sur l'exposition aux risques. Selon celle-ci, celui qui vit dans un certain périmètre d'une centrale nucléaire a, du fait de cette proximité avec l'installation, un intérêt juridique lorsqu'il s'agit, pour les autorités de surveillance, d'agir ou de s'abstenir dans le cadre du contrôle de la sécurité. La pratique contraste avec l'institution du permis d'exécution prévu par la loi sur l'énergie nucléaire, qui fait cesser, de par la loi, la protection juridique dans certains domaines, ce qui donne lieu à des contradictions et des situations insatisfaisantes.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Aktuelle Praxis zum Rechtsschutz
 1. Ausgangslage und rechtlicher Rahmen
 - 1.1 Rahmen-, Bau- und Betriebsbewilligung sowie Stilllegung
 - 1.2 Das Regime während der Betriebsphase eines KKW
 2. Parteistellung und Rechtsschutz gemäss aktueller Praxis
 - 2.1 Verfügungen und Realakte des ENSI
 - 2.2 Freigaben des ENSI
- III. Würdigung
 1. Rechtsschutz Dritter im Lichte des Freigabeverfahrens
 - 1.1 Problemstellung
 - 1.2 Überlegungen zur Praxis

I. Einleitung

Während sich die Physiker bei Nutzung der Kernenergie mit Fragen der Spaltung und Fusion von Atomkernen befassen, spaltet die politische Debatte um die Kernenergie (Art. 3 Bst. e KEG¹) seit Jahrzehnten die Gesellschaft. Die Diskussion ist geprägt durch das un-

bestritten grosse Gefährdungspotenzial, welches vom Betrieb einer Kernanlage (Art. 3 Bst. d KEG) ausgeht, vom Begriff des *Restrisikos*, von der Kontroverse um die Wiederaufbereitung von Kernbrennstoffen oder die Entsorgung der radioaktiven Abfälle. Die Verwirklichung dieses Risikos, im schlimmsten Fall ein GAU (grösster anzunehmender Unfall), ist indessen nachweislich sehr unwahrscheinlich. Subjektiv wird das *Individualrisiko*² allerdings als bedrohlicher bzw. als unmittelbarer wahrgenommen, als es gemäss der stochastischen Risikoanalyse tatsächlich ist.³ Dies hängt auch mit den Bildern von Nuklearkatastrophen zusammen, die in den Köpfen der Menschen hängen bleiben.⁴ Das Vertrauen in die Fähigkeit zur «Kontrolle» der durch die Kernreaktion freigesetzten Naturkräfte ist mitunter nicht sehr gross. Nicht Wenige scheinen es deshalb mit SIR PETER USTINOV zu halten: «*If the world should blow itself up, the last audible voice would be that of an expert saying it can't be done.*»⁵

Der Umgang des Rechts betreffend die mit der Nutzung der Kernenergie verbundenen Risiken ist vielschichtig und reicht weit über nationalstaatliche Dimensionen hinaus. Das Kernenergierecht im weiteren Sinne hat star-

* Prof. Dr. Kathrin Föhse ist Rechtsanwältin bei Kellerhals Carrard und Assistenzprofessorin für öffentliches Recht mit Schwerpunkt Energierecht am Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics der Universität St. Gallen IFF-HSG. M.A. (HSG) in Law JOEL DRITTENBASS ist wissenschaftlicher Assistent am IFF-HSG. Die Publikation erfolgt im Rahmen der Tätigkeit beim von der KTI finanzierten SCCER CREST. Herzlich gedankt sei Prof. Dr. BENJAMIN SCHINDLER für den wertvollen Gedankenaustausch.

¹ Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (KEG, SR 732.1).

² Zum Begriff siehe HANSJÖRG SEILER, Risikobasiertes Recht, Bern 2000, 41, generell zum Risikobegriff 37 ff.

³ Vgl. dazu PETER HETTICH, Kooperative Risikoversorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Habil. Univ. St. Gallen, Zürich 2014, Rz. 390.

⁴ HANSJÖRG SEILER, Recht und technische Risiken, Zürich 1997, 254.

⁵ Aus BBC News, «Ustinov's comic touch», 29. März 2004.

ke Bezüge zu Fragen der Verwirklichung demokratischer Prinzipien im Rechtsstaat, miteinschliessend Fragen der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, zum Staatsorganisationsrecht, zum Thema (Verfahrens-)Grundrechte, zur Risikovorsorge⁶, zum Haftungsrecht oder zum Bau- und Umweltrecht. Einschlägige Rechtsquellen finden sich schliesslich insbesondere auch im Völkerrecht.⁷ Dies alles geht einher mit mitunter äusserst detaillierten materiell-rechtlichen Normen bis hin zu besonderen verfahrensrechtlichen Vorschriften und internationalen Standards.

Dieser Beitrag widmet sich einer verfahrensrechtlichen Frage im Kontext der Kernenergie. Konkret soll die Praxis im Umgang mit dem eingangs skizzierten, empfundenen bzw. subjektiven Risiko⁸ während der Betriebsphase einer Kernanlage einer Analyse unterzogen werden. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts (BGer) verfügen Anwohner eines Kernkraftwerkes über ein Rechtsschutzinteresse in Bezug auf Fragen der Störfallvorsorge, weil sie sich in einer spezifischen räumlichen Beziehungsnähe zum Kernkraftwerk als besonderem Gefahrenherd befinden. Damit sei, so das BGer, das für die Eröffnung des Rechtsschutzes nötige Kriterium der besonderen persönlichen Betroffenheit erfüllt.⁹ Dadurch wird die sog. *Risikoexposition* zum entscheidenden Kriterium in Bezug auf die Frage der Parteistellung und der Beschwerdelegitimation – die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung dieses Risikos ist nicht relevant.¹⁰

Diese Rechtsprechung ist, wie nachfolgend gezeigt wird, nicht unumstritten. Sie kommt insbesondere besorgten Anwohnerinnen und Anwohnern entgegen. Diese machen denn vereinzelt auch von ihren Rechten Gebrauch und setzen damit die Mühlen des Verwaltungs- und Justizapparates in Gang. Es macht den Anschein, dass sich Betreiber von Kernanlagen, bzw. das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) als Aufsichtsbehörde, je älter die betreffenden Anlagen werden, vermehrt mit Anträgen und Gesuchen von Anwohnerinnen und Anwohnern zu befassen haben. Indiz dafür sind die Gesuche um Zugang zu amtlichen Dokumenten im Falle der Kernkraftwerke (KKW) Leibstadt¹¹ und Beznau¹² sowie ein – wie aus den Medien¹³ zu entnehmen war – neues Verfahren betreffend die Erdbbensicherheit des KKW Beznau, welches, nachdem das

ENSI eine abschlägige Verfügung auf ein entsprechendes Gesuch hin erliess, nun offenbar bereits beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) anhängig gemacht wurde. Die Jahre zuvor sah sich insbesondere die BKW als Eigentümerin des KKW Mühleberg mit Auseinandersetzungen mit Anwohnerinnen und Anwohnern konfrontiert.

II. Aktuelle Praxis zum Rechtsschutz

1. Ausgangslage und rechtlicher Rahmen

1.1 Rahmen-, Bau- und Betriebsbewilligung sowie Stilllegung

a) Überblick zu den Verfahren nach KEG

Der «Lebenszyklus» einer Kernanlage ist in der Systematik des KEG abgebildet. Wer eine Kernanlage bauen oder betreiben will, bedarf zunächst einer *Rahmenbewilligung* des Bundesrates (Art. 12 Abs. 1 KEG). Der Bundesrat hat seinen Entscheid der Bundesversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten, wobei der Beschluss der Bundesversammlung dem fakultativen Referendum untersteht (Art. 48 Abs. 2 und 4 KEG). An die Rahmenbewilligung schliesst die *Baubewilligung* durch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) an (Art. 15 Abs. 1 KEG), worauf schliesslich die *Betriebsbewilligung* folgt, die ebenfalls das UVEK erteilt (Art. 19 KEG). Am Ende der Lebensdauer bzw. bei Ausserbetriebnahme der Anlage durch den Eigentümer oder im Falle des Entzugs der Betriebsbewilligung ordnet das UVEK die Stilllegung an (Art. 28 KEG).

Im Rahmenbewilligungsverfahren sieht das KEG für «jedermann» die Möglichkeit vor, «Einwendungen» gegen die Erteilung der Rahmenbewilligung zu erheben (Art. 46 Abs. 1 KEG). Wer Partei ist (Art. 6 VwVG¹⁴), kann Einsprache erheben (Art. 46 Abs. 2 KEG). Gegen den Entscheid des Bundesrates kann – mit Blick auf den Genehmigungsvorbehalt der Bundesversammlung nur konsequent – allerdings *kein* Rechtsmittel ergriffen werden (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. e VGG¹⁵ und Art. 189 Abs. 4 BV¹⁶).¹⁷ Im Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren und bei der Stilllegung ist der Rechtsschutz demgegenüber für Personen mit Parteistellung (Art. 6 VwVG und nach EntG¹⁸) über die Einsprache nach Art. 55 KEG (sie-

⁶ Vgl. dazu HETTICH (FN 3), Rz. 461 f.; SEILER (FN 4), 81 ff.

⁷ Vgl. dazu FRANZ KESSLER COENDET/ANDREAS SCHEFER, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band II, Bern 2016, Rz. 24 f. zu Art. 1 KEG (nachfolgend KESSLER COENDET/SCHEFER, Kommentar zum Energierecht). Zu nennen sind hier auch die International Atomic Energy Agency (IAEA) und die Western European Nuclear Regulators Association (WENRA).

⁸ SEILER (FN 4), 254.

⁹ BGE 140 II 315 E. 4.7.

¹⁰ BGE 140 II 315 E. 4.6 u. a. mit Hinweis auf HETTICH (FN 3), Rz. 453 und SEILER (FN 4), 84.

¹¹ Urteil BGer 1C_394/2016 vom 27. September 2017.

¹² Urteil BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017.

¹³ SRF Regional «Anwohner von Beznau ziehen vor Gericht», 7. April 2017.

¹⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

¹⁵ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32).

¹⁶ Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

¹⁷ Vgl. dazu auch RETO PATRICK MÜLLER in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band II, Bern 2016, Rz. 13 ff. zu Art. 48 KEG (nachfolgend MÜLLER, Kommentar zum Energierecht).

¹⁸ Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (EntG, SR 711).

he dazu auch Art. 61 und Art. 62 KEG) bzw. über den Entscheid des UVEK und die Weiterzugsmöglichkeit an das BVGer und allenfalls das BGer gewährleistet.¹⁹

b) In Bezug auf die KKW in der Schweiz

In diesem Kontext darf allerdings nicht vergessen gehen, dass kein einziges der heute in Betrieb stehenden KKW der Schweiz ein ordentliches Rahmen-, Bau- oder Betriebsbewilligungsverfahren nach KEG bzw. ein Rahmenbewilligungsverfahren nach dem nunmehr aufgehobenen Bundesbeschluss zum Atomgesetz (BB AtG²⁰) durchlaufen hat. Sie alle gingen ans Netz, lange bevor das KEG im Jahr 2005 in Kraft getreten ist (Beznau 1 im Jahr 1969, Beznau 2 und Mühleberg im Jahr 1972, Gösigen 1979 und Leibstadt 1984).²¹ Anwendbar war seinerzeit das Bau- (in der alten Terminologie «Erstellung») und Betriebsbewilligungsverfahren nach dem Regime von Art. 4 und 5 Atomgesetz (AtG²²). Zum damaligen Rechtsschutz sehr illustrativ sind die Ausführungen in der Botschaft über die Ergänzung des Atomgesetzes:

«Praktisch alle Begehren auf Änderung des Atomgesetzes beanstanden, dass das Bewilligungsverfahren, wie es im geltenden Gesetz gestaltet ist, der sich betroffenen fühlenden Bevölkerung weder genügenden Einblick noch die Wahrung ihrer Interessen erlaube. In der Tat verlangt das Gesetz ausser einem Gutachten über die Frage, ob das Projekt alle zumutbaren Massnahmen zum Schutz von Menschen, fremden Sachen und wichtigen Rechtsgütern vorsieht, nur die Stellungnahme des Kantons, in dem die Atomanlage erstellt werden soll (Art. 7). Wen der Kanton seinerseits anhören will, ist ihm überlassen. In der Regel sind es nur interessierte kantonale Amtsstellen und die Standortgemeinde. Über die Beteiligung Dritter am Verfahren enthält das Atomgesetz keine Bestimmungen. Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) vermag den Besonderheiten der Bewilligungen, die auf dem Gebiet der Kerntechnik zu erteilen sind, nicht ausreichend gerecht zu werden.

Nach der früheren Praxis wurden die Bewilligungen nur dem Gesuchsteller und dem Kanton formell eröffnet. Gestützt auf einen Beschwerdeentscheid des Bun-

desrates vom 14. Januar 1976 betreffend die Standortgenehmigung für das Kernkraftwerk Verbois (Kanton Genf) wurde diese Praxis geändert. In Kenntnis des Entwurfs dieses Entscheids hat das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement bereits die am 19. Dezember 1975 erteilte erste Teilbaubewilligung für das Kernkraftwerk Leibstadt im Bundesblatt veröffentlicht (BBI 7975 II 2328). Von der Möglichkeit der Beschwerde an den Bundesrat ist ausgiebig Gebrauch gemacht worden.»²³

Der BB AtG, der erstmals ein Rahmenbewilligungsverfahren für die Erstellung einer Atomanlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 AtG vorsah, trat erst am 1. Juli 1979 in Kraft – zu spät für die heute bestehenden KKW. Das – allerdings vereinfachte – Rahmenbewilligungsverfahren nach Art. 12 BB AtG kam erstmals im Falle des KKW Kaiseraugst zur Anwendung, dessen Bau dann indes am Widerstand der Bevölkerung scheiterte.²⁴ Im Vergleich zur heutigen Ordnung war der Rechtsschutz, insbesondere in Bezug auf die KKW Beznau, Mühleberg und Gösigen, schwach ausgebaut.

c) Die Bedeutung des Rechtsschutzes während der Betriebsphase

Mit Blick auf den gesamten Lebenszyklus eines KKW macht die Betriebsphase mit Abstand den grössten Anteil aus. Illustriert sei dies am KKW Mühleberg: Anlässlich einer Pressekonferenz am 7. August 1964 orientierten die BKW «über ein Atomkraftwerk, das sie in Mühleberg, unterhalb des Wohlensees zu errichten gedenken» (der Standortbericht lag damals bereits vor, der Sicherheitsbericht noch nicht; gleichzeitig zog man noch ein kombiniertes Wasser-/Atomkraftwerk in Därligen am Thunersee in Erwägung).²⁵ Mit dem Bau wurde drei Jahre später, d.h. im Jahr 1967, begonnen. Die Bauzeit betrug vier Jahre. 1971 begann der Testbetrieb, 1972 ging das KKW ans Netz. Die definitive Ausserbetriebnahme soll nun per Ende 2019 erfolgen. Aus heutiger Sicht atemberaubend ist der Umstand, dass zwischen der Ankündigung des Vorhabens und dem Baubeginn unter den damaligen rechtlichen Rahmenbedingungen lediglich drei Jahre verstrichen. Ebenfalls erwähnenswert ist, dass damals für den Betrieb, den normalen Unterhalt und die Verwaltung – gemäss Angaben der BKW – lediglich 20 Personen vorgesehen waren.²⁶ Heute beträgt der Personalbestand hingegen 335 Personen (bei 326 Vollzeitstellen).²⁷

Im Verhältnis zur Planungs-, Bewilligungs- und Bau-phase ist die Betriebsphase (wohl unbestritten die risi-

¹⁹ Indessen schliesst Art. 32 Abs. 1 Bst. e Ziff. 3 VGG die Beschwerde gegen Verfügungen betreffend den Verschluss von geologischen Tiefenlagern aus. Zum Thema Verbandsbeschwerderecht im Kontext der Kernenergie und dem Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention, SR 0.814.07) siehe REGINA MEIER, Das ideale Verbandsbeschwerderecht: Eine Darstellung der Regelungen auf Bundesebene, Diss. Zürich 2015, 204 f.

²⁰ Bundesbeschluss vom 6. Oktober 1978 zum Atomgesetz (AS 1979 816).

²¹ Botschaft vom 28. Februar 2001 zu den Volksinitiativen «MoratoriumPlus – für die Verlängerung des Atomkraftwerk-Baustopps und die Begrenzung des Atomrisikos (MoratoriumPlus)» und «Strom ohne Atom – Für eine Energiewende und die schrittweise Stilllegung der Atomkraftwerke (Strom ohne Atom)» sowie zum Kernenergiegesetz, BBI 2001 2665 ff., 2679 (nachfolgend Botschaft KEG).

²² Bundesgesetz vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie (AS 1960 541).

²³ Botschaft vom 24. August 1977 über die Ergänzung des Atomgesetzes, BBI 1977 III 293 ff., 302.

²⁴ Lesenswert zur ersten Durchführung des Rahmenbewilligungsverfahrens ist die Berichterstattung in der NZZ, 26 Oktober 1979, 35.

²⁵ Bericht in der NZZ, 8. August 1964, 2.

²⁶ Siehe NZZ (FN 25), 2.

²⁷ Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI, Aufsichtsbericht 2016 zur nuklearen Sicherheit in den schweizerischen Kernanlagen, 40.

koreichste Zeit)²⁸ von insgesamt 47 Jahren, wie hier bei einem älteren KKW, eine kleine Ewigkeit. Freilich, die Anforderungen, die in den Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren an die Anlage bzw. die Betreiberin gestellt werden, strahlen – um diesen Terminus auch einmal zu verwenden – gewissermassen in die Betriebsphase hinein.²⁹ Dennoch kann die zuständige Betriebsbewilligungsbehörde, mit Blick auf die sehr lange Betriebsphase, nur einen Bruchteil der technischen Entwicklung antizipieren. Dies muss jedem einleuchten, der den heutigen Stand der Technik mit jenem im Jahr 1972 vergleicht.³⁰ Ein KKW wird deshalb im Laufe des Betriebes – und dies ist eine gesetzliche Pflicht – unter Aufsicht der zuständigen Behörde (heute ist dies im Wesentlichen das ENSI) stetig nachgerüstet (Art. 22 Abs. 2 Bst. g KEG). So ist auch das KKW Mühleberg heute nicht mehr vergleichbar mit der Anlage, die anno 1972 den Betrieb aufgenommen hat. Schon nur diese zeitliche Aufstellung zeigt, welches Gewicht den Fragen des Rechtsschutzes während der Betriebsphase eines KKW zukommt.

1.2 Das Regime während der Betriebsphase eines KKW

a) Grundlagen

Eine zentrale Rolle in Bezug auf den sicheren Betrieb eines KKW nimmt – selbstredend neben der hauptverantwortlichen Betreiberin (Art. 22 Abs. 1 KEG) – das von der Zentralverwaltung unabhängige, als öffentlich-rechtliche Anstalt ausgestaltete ENSI wahr (vgl. Art. 70 Abs. 1 KEG; vgl. Art. 1 Abs. 1 ENSIG³¹). Es ist verantwortlich für die Aufsicht über die nukleare Sicherheit (Safety) und Sicherung (Security) eines KKW und ordnet alle zu deren Einhaltung notwendigen und verhältnismässigen Massnahmen an (Art. 72 Abs. 1 und 2 KEG).³² Die *laufende Aufsicht* durch das ENSI ist dabei das gesetzlich vorgesehene Instrument, um die Sicherheit nach der Bewilligungserteilung fortwährend zu gewährleisten resp. zu verbessern.³³

Gemäss Art. 4 Abs. 3 KEG sind im Sinne der *Vorsorge* alle Vorkehren zu treffen, die (a) nach der Erfahrung und dem Stand von Wissen und Technik notwendig sind; (b) zu einer weiteren Verminderung der Gefährdung beitragen, soweit sie angemessen sind.³⁴ Die Stu-

fenordnung bringt das sog. ALARA-Prinzip (As Low As Reasonably Achievable) als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zum Ausdruck, wonach im Rahmen der ersten Stufe die Sicherheitsanforderungen festzulegen sind, die *zwingend* und *unabhängig* von finanziellen Überlegungen eingehalten werden müssen. In einer zweiten Stufe (dem «ALARA-Bereich») sind weitere risikoreduzierende Massnahmen zu treffen, *so weit* sie unter *allen*, auch finanziellen Aspekten *angemessen* sind.³⁵ Dieses Prinzip durchdringt gewissermassen die Konzeption des KEG.

So wird bei KKW auch in der *Störfallvorsorge* (vgl. Art. 4 Abs. 1 KEG, dritter Satz) entlang des ALARA-Prinzips zwischen sog. *Auslegungstörfällen* (Art. 7 Bst. c KEV³⁶ und Art. 1 Bst. a Gefährdungsannahmenverordnung³⁷) und *auslegungsüberschreitenden Störfällen* unterschieden (Art. 7 Bst. d KEV und Art. 1 Bst. b Gefährdungsannahmenverordnung). Im Gegensatz zu den Auslegungstörfällen können bei auslegungsüberschreitenden Störfällen radioaktive Stoffe in die Umgebung abgegeben werden. Auslegungstörfälle müssen *deterministisch* beherrscht werden in dem Sinne, dass dabei maximal die quellenbezogenen Dosisrichtwerte nach Art. 94 StSV³⁸ resultieren (Art. 8 Abs. 4 KEV).³⁹ *Auslegungsüberschreitende* Störfälle sind demgegenüber probabilistisch zu bewerten (Art. 8 Abs. 5 KEV – der ALARA-Bereich).⁴⁰ Entscheidend ist, dass gezeigt werden kann, dass die mittlere Kernschadenshäufigkeit (Häufigkeit pro Jahr einer störfallbedingten Beschädigung des Reaktorkerns [Anhang 1 Bst. f KEV]) für Störfälle nach Art. 8 KEV bei neuen⁴¹ KKW bei höchstens 10⁻⁵ pro Jahr zu liegen kommt (Art. 8 Abs. 5 KEV i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. b KEV). Für bestehende KKW liegt dieser Wert bei höchstens 10⁻⁴ (Art. 12 Abs. 1 Bst. a Gefährdungsannahmenverordnung).⁴² Die Bewilligungsinhaberin hat dazu u.a. regelmässig (vgl. Art. 34 Abs. 2 KEV) sog. Probabilistische Sicherheitsanalysen (PSA)

³⁵ BGE 139 II 185 E. 11.2 (mit Hinweisen) und mit dem Verweis auf das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht in E. 11.3; vgl. auch SEILER (FN 2), 23.

³⁶ Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (KEV, SR 732.11).

³⁷ Verordnung des UVEK vom 17. Juni 2009 über Gefährdungsannahmen und die Bewertung des Schutzes gegen Störfälle in Kernanlagen (nachfolgend Gefährdungsannahmenverordnung, SR 732.112.2).

³⁸ Strahlenschutzverordnung vom 22. Juni 1994 (StSV, SR 814.501).

³⁹ BGE 139 II 185 E. 11.5.1; vgl. dazu KESSLER COENDET/SCHEFER, Kommentar zum Energierecht (FN 7), Rz. 38 zu Art. 5 KEG.

⁴⁰ BGE 139 II 185 E. 11.5.2 (mit Hinweisen).

⁴¹ Nach dem neuen Art. 12a KEG (BBI 2016 7683, 7725), der im Rahmen des ersten Massnahmenpaketes zur Energiestrategie 2050 per Anfang 2018 in Kraft treten wird (gemäss Medienmitteilung des Bundesrates auf www.admin.ch dürfen Rahmenbewilligungen für die Erstellung von Kernkraftwerken nicht erteilt werden. Art. 24 Abs. 1 Bst. b KEV wird dementsprechend per Anfang Jahr aufgehoben).

⁴² Vgl. dazu RETO PATRICK MÜLLER, Kommentar zum Energierecht (FN 17), Rz. 10 zu Art. 16 KEG, der die Auffassung vertritt, dass sich die fragliche Norm auf keine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen kann (mit Hinweis). In der Tat scheint hier die Normstufe angesichts der Tragweite der Bestimmung als fragwürdig.

²⁸ Illustrativ BGE 139 II 185 E. 11.4.

²⁹ Siehe dazu die Ausführungen des BGer in BGE 139 II 185 E. 10.2.2.

³⁰ Vgl. BGE 139 II 185 E. 10.1.2 und 10.1.3; siehe auch KESSLER COENDET/SCHEFER, Kommentar zum Energierecht (FN 7), Rz. 10 zu Art. 5 KEG.

³¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIG, SR 732.2).

³² Vgl. dazu RETO PATRICK MÜLLER, Nuklearaufsicht in der Schweiz: Die Ausgestaltung der Sicherheitsaufsicht über Kernanlagen im Wechselspiel zwischen helvetischem Pragmatismus und internationalen Erfahrungen und Empfehlungen, Sicherheit & Recht 3/2015, 199.

³³ BGE 139 II 185 E. 10.2.2.

³⁴ Ausführlich dazu BGE 139 II 185 E. 11.3; siehe insbes. auch SEILER (FN 2), 23.

durchzuführen (Art. 33 Abs. 1 Bst. a KEG).⁴³ Damit, so das BGer, nimmt die Rechtsordnung «ein minimales Risiko auslegungsüberschreitender Störfälle in Kauf».⁴⁴

Nahtlos in diese Logik der Störfallvorsorge gemäss dem ALARA-Prinzip fügt sich schliesslich die Bestimmung zur Nachrüstungspflicht in Art. 22 Abs. 2 Bst. g KEG ein, wonach der Bewilligungsinhaber insbesondere die Anlage so weit nachzurüsten hat, als dies nach der Erfahrung und dem Stand der Nachrüstungstechnik notwendig ist (zwingende Nachrüstung), und darüber hinaus, soweit dies zu einer weiteren Verminderung der Gefährdung beiträgt und angemessen ist (ALARA-Bereich).⁴⁵

Gemäss Art. 72 Abs. 2 KEG kann nun u.a. das ENSI alle zur Einhaltung der nuklearen Sicherheit und Sicherung notwendigen und verhältnismässigen Massnahmen anordnen. Geht es um wesentliche Abweichungen von der Bau- oder Betriebsbewilligung, bedarf es einer Änderung der Bewilligung im entsprechenden Verfahren (Art. 65 Abs. 2 KEG). Für Änderungen, die nicht wesentlich von der Bewilligung abweichen und im Rahmen der laufenden Aufsicht durch das ENSI bewältigt werden können, die jedoch einen Einfluss auf die nukleare Sicherheit und Sicherung haben können, braucht der Inhaber eine *Freigabe* der Aufsichtsbehörde (Art. 65 Abs. 3 KEG).⁴⁶

b) Rahmenbedingungen zum Rechtsschutz Dritter

In Bezug auf den Rechtsschutz Dritter während der Betriebsphase eines KKW zentral ist das Handeln oder Unterlassen des ENSI als Aufsichtsbehörde des Bundes (vgl. Art. 1 ENSIG und Art. 70 Abs. 1 Bst. a KEG). Der Schlüssel, der die Tür zum Rechtsschutz öffnet, ist gemäss Art. 64 Abs. 1 KEG auch hier die *Verfügung* (Art. 5 VwVG bzw. Art. 44 VwVG).⁴⁷ Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a ENSIG ist die Geschäftsleitung des ENSI zuständig für den Erlass von Verfügungen, deren Anfechtung sich nach den Bestimmungen der Bundesrechtspflege richtet (Art. 20 Abs. 1 ENSIG). Allerdings macht das ENSI offenbar nicht allzu oft von seinem Verfügungsrecht Gebrauch: In der Praxis scheint vielmehr ein Austausch zwischen der Aufsichtsbehörde und der Betreiberin gepflegt zu werden, der, so das BVerG, durch «*Inspektionen, Anordnungen, Gespräche und Empfehlungen etc.*»⁴⁸

erfolgt, womit man sich im Bereich der *Realakte* befindet (sofern zumindest im Falle der «Anordnung» nicht *materiell* eine Verfügung gegeben ist).⁴⁹ Sowohl für das ENSI, wie auch für die Betreiberin ist dieses Vorgehen selbstredend praktisch. Die Problematik dieser Praxis liegt jedoch auf der Hand – insbesondere wird dadurch der Rechtsschutz Dritter deutlich erschwert, was das BVerG (ansatzweise) bzw. MERKER zu Recht kritisieren.⁵⁰ Nach zutreffender Rechtsprechung des BVerG können Dritte zwar eine Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG verlangen.⁵¹ Dafür müssen sie allerdings zunächst überhaupt Kenntnis von dem betreffenden Rechts- bzw. Realakt erhalten. Sicherlich müsste man sich in diesem Kontext fragen, inwiefern das ENSI nicht nur ein Recht zum Erlass einer Verfügung hat, sondern auch eine *Pflicht*. Schliesslich zu erwähnen ist das bereits genannte Institut der *Freigabe* (Art. 65 Abs. 3 KEG) als spezielle Art der Verfügung, auf welche nachfolgend noch einzugehen sein wird.

2. Parteistellung und Rechtsschutz gemäss aktueller Praxis

2.1 Verfügungen und Realakte des ENSI

Greift das ENSI im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit zum Instrument der Verfügung, hat es zunächst den Kreis der Parteien zu ermitteln. Dies sind, nebst dem materiellen Verfügungsadressaten (die Betreiberin des KKW), auch andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Das Rechtsmittel, d.h. die Beschwerde, steht demjenigen zu, der (a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (*formelle Beschwerde*); (b) durch die angefochtene Verfügung *besonders berührt* ist; und (c) ein *schutzwürdiges Interesse* an deren Aufhebung oder Änderung hat – Bst. b und c betreffen die *materielle Beschwerde* (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG kann freilich bei der Frage der Parteistellung nicht als Kriterium verwendet werden.⁵²

Im Bereich des Realakts gestaltet sich die Frage des Anspruchs auf Erlass einer Verfügung – und damit ebenso die Frage nach der Parteistellung – wie bereits ausgeführt auch auf dem Gebiet des KEG nach Art. 25a VwVG.⁵³ Danach kann, wer ein *schutzwürdiges Interesse*

⁴³ Vgl. dazu auch die Richtlinie des ENSI «Probabilistische Sicherheitsanalyse (PSA): Qualität und Umfang (ENSI-A05)», Ausgabe Januar 2009; siehe auch SEILER (FN 2), 133.

⁴⁴ BGE 139 II 185 E. 11.5.3.

⁴⁵ BGE 139 II 185 E. 11.6.1; JÜRGEN MARI in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band II, Bern 2016, Rz. 17 zu Art. 22 KEG.

⁴⁶ Vgl. BGE 140 II 315 E. 3.3 f. und E. 3.2.

⁴⁷ Vgl. dazu MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 5 zu Art. 5 VwVG und Rz. 1 zu Art. 44 VwVG.

⁴⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-667/2010 vom 1. März 2012 E. 5.2.2.

⁴⁹ Vgl. MICHAEL MERKER/PHILIP CONRADIN-TRIACA in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band II, Bern 2016, Rz. 12 zu Art. 72 KEG.

⁵⁰ MICHAEL MERKER in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band II, Bern 2016, Rz. 4 ff. zu Art. 19 ENSIG.

⁵¹ BGE 140 II 315 E. 3.3 f. Zu allfälligen Rechten von Verbänden in diesem Zusammenhang s. MEIER (FN 19), 204 f.

⁵² Vgl. ISABELLE HÄNER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 2 zu Art. 6 VwVG.

⁵³ Das Kernenergierecht schliesst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anwendbarkeit von Art. 25a VwVG gegenüber

hat, von der Behörde (i.c. vom ENSI), die für Handlungen⁵⁴ zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und *Rechte* oder *Pflichten berühren*, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft (Bst. a); die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt (Bst. b); die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Bst. c).⁵⁵

Diese Darstellung zeigt, dass die beiden Anforderungen in Bezug auf die Frage des Anspruchs auf Erlass einer Verfügung gemäss Art. 25a VwVG *im Ergebnis* weitgehend den Anforderungen an die materielle Beschwer im Rechtsmittelverfahren (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG) entsprechen.⁵⁶ Die im Vergleich zu Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG zumindest vordergründig⁵⁷ höhere Hürde des *Berührtseins in Rechten oder Pflichten*⁵⁸ gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG setzt nach h.M. einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus.⁵⁹ Mit anderen Worten muss der Realakt die gesuchstellende Person in eigenen Rechtspositionen berühren.⁶⁰ Das BGer erblickt im Kontext von aufsichtsrechtlichen Realakten des ENSI schützenswerte Rechtspositionen u.a. in der Kernenergiegesetzgebung, welche insbesondere den Schutz von Mensch und Umwelt vor allen Gefahren der friedlichen Nutzung der Kernenergie bezweckt (vgl. Art. 1 KEG),⁶¹ sowie im Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) oder der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).⁶² Das BGer nimmt überdies Bezug

der Aufsichtstätigkeit des ENSI im Bereich der Störfallvorsorge nicht aus (vgl. dazu BGE 140 II 315 E. 3.3 f.).

⁵⁴ Darunter fällt nicht nur ein positives Tun, sondern auch eine Unterlassung (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Rz. 11 zu Art. 25a).

⁵⁵ BGer Urteil vom 12. März 2012, 1C.325/2005 E. 4.4. Art. 25a VwVG statuiert ein spezifisches Verfahren auf Erlass einer Verfügung über Realakte (vgl. dazu RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014, § 19, Rz. 1283).

⁵⁶ Vgl. REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Auflage Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 437.

⁵⁷ Vgl. dazu MARKUS MÜLLER, Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid 2C_255/2013 vom 11. April 2014 (amtliche Publikation BGE 140 II 315), ZBl 115/2014, 496 f.: «Jedes staatliche Handeln, das rechtliche wie das reale, ist Rechtshandeln; denn es basiert auf rechtlichen Grundlagen und ist in ein enges Geflecht allgemeiner Handlungsmaximen und Grundrechte eingebunden. Es kann folglich kein Staatshandeln geben, dessen Rechtsschutzwürdigkeit sich ausschliesslich faktisch begründen liesse. So wie jeder Rechtsakt immer auch die Faktenlage betrifft, so berührt jeder Realakt immer auch die Rechtslage.»

⁵⁸ Das Thema wird kontrovers diskutiert – vgl. dazu die Hinweise in BGE 140 II 315 E. 4.5; eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 140 II 315 mit Blick auf die Anwendung von Art. 25a VwVG findet sich auch bei MATHIAS KAUFMANN, Der öffentliche Anspruch unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht, Diss. Zürich 2015, 341 f. (mit Hinweisen). Vorliegend soll dies allerdings nicht vertieft werden.

⁵⁹ BGE 140 II 315 E. 4.3 (mit Hinweisen).

⁶⁰ MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Revision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für juristische Praxis BTJP 2006, Bern 2007, 352.

⁶¹ Vgl. auch HETTICH (FN 3), Rz. 390 ff.

⁶² BGE 140 II 315 E. 4.8; vgl. auch ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCH, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspfle-

auf den objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte (vgl. Art. 35 Abs. 1 BV) und sieht in der Kernenergiegesetzgebung einen «gesetzlich konkretisierten Grundrechtsschutz». Zuletzt streift es die Rechtsprechung des EGMR betreffend den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, der dieser Auffassung nach die Risikovorsorge mit umfasse und damit mögliche Störfälle mit einbeziehe.⁶³

Im Verfahren um Erlass einer Verfügung über Realakte ist das *schutzwürdige Interesse* gleich zu verstehen wie beim Parteibegriff nach Art. 6 VwVG sowie bei der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG.⁶⁴ Danach hat die gesuchstellende Person ein schutzwürdiges Interesse, wenn diese eine besondere (Beziehungs-)Nähe zum Realakt hat.⁶⁵ Das schutzwürdige Interesse der gesuchstellenden Person kann *rechtlicher* oder *tatsächlicher Natur* sein,⁶⁶ wobei ein aktuelles und praktisches Interesse vorausgesetzt wird.⁶⁷ Sowohl in materiellen als auch ideellen Nachteilen kann das schutzwürdige Interesse erblickt werden, weshalb ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse in der Regel keine Parteistellung zu begründen vermag.⁶⁸ Ist die gesuchstellende Person – wie vorliegend – durch den Realakt in ihren Rechten oder ihren Pflichten berührt, gründet das schutzwürdige Interesse im Berührtsein in der Rechtsstellung. Die beiden Kriterien des «schutzwürdigen Interesses» und des «Berührtseins in Rechten oder Pflichten» fallen dann weitgehend ineinander.⁶⁹

Gemäss den Ausführungen des BGer «*ist nach konstanter Rechtsprechung beim Bau und Betrieb eines KKW für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit vom Gefährdungspotential*

ge des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 369. BGE 140 II 315 E. 4.6; Botschaft KEG (FN 21), 2754 sowie HETTICH (FN 3), Rz. 391.

⁶³ BGE 140 II 315 E. 4.8 und 4.9 (mit Hinweisen); s. insbes. HANSJÖRG SEILER, Staats- und verwaltungsrechtliche Fragen der Bewertung technischer Risiken, insbesondere am Beispiel des Vollzugs von Artikel 10 Umweltschutzgesetz, ZBJV 130/1994, 8, der auf die umfangreiche juristische Diskussion in Deutschland im Kontext der Kernenergie bezüglich der Frage subjektivrechtlicher Abwehransprüche gegen riskante Anlagen hinweist.

⁶⁴ BGE 140 II 315 E. 2.2; ENRICO RIVA, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte: Überlegungen zu Art. 25a VwVG, SJZ 103 (2007), 345; JULIAN-IVAN BERGIER/ANDREAS GLASER, Rechtsschutz gegen Realakte: Bundesgericht schafft Klarheit, SJZ 111 (2015), 173; vgl. auch MÜLLER (FN 57), 496.

⁶⁵ PIERRE TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999, 455. In BGE 139 II 279 E. 2.2 führte das BGer aus, dass «der Beschwerdeführer durch den angefochtenen bzw. den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen muss».

⁶⁶ BGE 140 II 315 E. 4.2.

⁶⁷ REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich 2012, § 2. Rz. 422. In BGE 139 II 279 E. 2.2 hielt das BGer fest, dass [...] «der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids zieht, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können». Vgl. ferner BGE 135 II 172 E. 2.1.

⁶⁸ BGE 139 II 279 E. 2.2.

⁶⁹ BGE 140 II 315 E. 4.3 (mit Hinweis); vgl. auch LORENZ KNEUBÜHLER, Beschwerdebefugnis vor Bundesgericht: Konkurrenten, Gemeinden, Pläne und Realakte, ZBl 117/2016, 40 f.

auszugehen, das theoretisch mit einer solchen Anlage verbunden ist (...). Jedermann, der innerhalb eines Bereiches lebt, der von einem Störfall besonders betroffen wäre (...), hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass der Eigenart und der Grösse der Gefahr entsprechend angemessene und geeignete Schutzmassnahmen ergriffen werden (...). Legitimationsgrund ist damit die Risikoexposition der Anwohner gegenüber einem besonderen Gefahrenherd (...) d.h. der Umstand, dass sie einer Anlage mit sehr grossem Gefährdungspotenzial ausgesetzt und von den möglichen Störfallfolgen in besonderem Masse potenziell betroffen sind (...).⁷⁰ Dies trifft gemäss BGer zumindest auf die Anwohner zu, welche in der Notfallplanungszone 1, d.h. im Umkreis von 3 bis 5 km⁷¹ um die Kernanlage leben (in Bezug auf Personen, die in der Notfallplanungszone 2 leben, lässt das BGer die Frage offen).⁷²

Zusammenfassend bedeutet dies, dass zumindest Personen in der Notfallplanungszone 1 grundsätzlich bei jeder sicherheitsrelevanten Aufsichtshandlung des ENSI – unabhängig von der Form, in welcher sie ergeht (Verfügung oder Realakt), Parteistellung haben bzw. zumindest eine Verfügung gemäss Art. 25a VwVG erwirken können. Allerdings gibt es dabei eine Ausnahme – darauf ist sogleich einzugehen.

2.2 Freigaben des ENSI

Das KEG hat noch – wie sich bereits aus der Sachüberschrift des 4. Abschnittes ergibt («Andere Verfügungen einschliesslich Freigaben») – eine besondere Form der Verfügung hervorgebracht: die Freigabe. Sie ist ein Kind der Praxis unter dem AtG und wurde im Rahmen der Schaffung des KEG ins Gesetz aufgenommen. Sie soll dazu dienen, die behördliche Aufsicht für einzelne Teilschritte einer bewilligten Tätigkeit (Bau-, Montage- und Betriebsschritte) sicherzustellen, und ist in verschiedenen Phasen des Lebenszyklus eines KKW vorgesehen.⁷³ Vorliegend interessieren vor allem die Freigaben in der Betriebsphase eines KKW.

Das BGer führt dazu aus, dass Freigaben Ausführungsbewilligungen («permis d'exécution») für Detailarbeiten darstellen würden, die im Anschluss an ein öffentliches Bewilligungsverfahren ergingen.⁷⁴ Zum Instrument der Freigabe greift das ENSI im Rahmen der laufenden Aufsicht, wenn es um Änderungen geht, die nicht wesentlich von der Bewilligung abweichen, jedoch einen Einfluss auf die nukleare Sicherheit oder Si-

cherung haben können (Art. 65 Abs. 3 KEG). In der Betriebsphase können gemäss Art. 40 Abs. 1 KEV per Freigabe erledigt werden «Änderungen an sicherheits- und sicherungstechnisch klassierten Bauwerken, Anlageteilen, Systemen (...), sofern dabei bestehende Sicherheits- und Sicherungsfunktionen erhalten bleiben oder verbessert werden» (Bst. a); «Änderungen am Reaktorkern wie die Erhöhung des zulässigen Abbrandes» (Bst. b Ziff. 3); «Änderungen der Sicherheitskriterien oder die Erhöhung des Anteils an Uran-Plutonium-Mischoxid-Brennelementen im Reaktorkern bis höchstens 50 Prozent» (Bst. b Ziff. 6). Illustrativ dazu ist der Aufsichtsbericht des ENSI für das Jahr 2016: Danach wurden im KKW Leibstadt im Jahr 2016 bspw. die «Installation von neuen Koaxial-Penetrationsmodulen am Primärcontainment», die «Umrüstung der Kältemaschine in der Notsteuerstelle und des Signalumformers in der Division 11» oder der «Ersatz der Push-Ventile im Bereich der Kondensatreinigung» per Freigabe erledigt.⁷⁵ Schliesslich dürfte auch das Wiederanfahren des Blocks 1 des KKW Beznau mittels Freigabe erlaubt werden.⁷⁶

Bemerkenswert ist nun, dass im Verfahren der von den Aufsichtsbehörden (i.d.R. vom ENSI) zu erteilenden Freigaben *nur* der Gesuchsteller – also die Betreiberin des KKW – Parteistellung hat (Art. 64 Abs. 3 KEG). Diesem wird indes regelmässig die Beschwer fehlen, ist doch die Freigabe – wie schon der Begriff zum Ausdruck bringt – für den Gesuchsteller naturgemäss *begünstigend*. Ergibt also *im Vorfeld* dieser Freigabe – d.h. ausserhalb des Freigabeverfahrens – nicht auch eine Verfügung im ordentlichen (vgl. insbes. Art. 30 VwVG) Verfahren, weil bspw. eine Nachrüstung angeordnet wird, oder ein Realakt (von dem man indes Kenntnis erhalten muss), ist der Rechtsschutz Dritter in Bezug auf die fragliche Massnahme nicht gegeben.

Das Motiv für diese Einschränkung des Rechtsschutzes ergibt sich ansatzweise aus den Botschaften zum KEG und zur Teilrevision des Atomgesetzes⁷⁷, auf welche auch das BGer Bezug nimmt: «Die Durchführung eines öffentlichen Verfahrens würde die Realisierung so umfangreicher Projekte wegen der sehr grossen Zahl der Verfahrensschritte verunmöglichen.»⁷⁸ Diese Begründung scheint indes v.a. auf Freigaben im Rahmen des Baus und der Inbetriebnahme zugeschnitten (vgl. Art. 26 und 29 KEG) – allerdings wird auch in der Betriebsphase mit Freigaben operiert.

Das BGer schliesst mit der Feststellung, dass die wesentlichen Grundlagen im öffentlichen Bewilligungsverfahren festgelegt würden, sodass darauf verzichtet worden sei, die Ausführungsschritte ihrerseits als öffentliche Verfahren auszugestalten.⁷⁹ Im Geiste ähnlich

⁷⁰ BGE 140 II 315 E. 4.6 (mit Hinweisen).

⁷¹ Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a und Anhang 2 der Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Notfallschutz in der Umgebung von Kernanlagen (NFSV, SR 732.33).

⁷² BGE 140 II 315 E. 5.1 (mit Hinweisen).

⁷³ Vgl. Botschaft KEG (FN 21), 2739; vgl. auch MÜLLER, Kommentar zum Energierecht (FN 17), Rz. 17 und 22 zu Art. 15 KEG (insbes. zu Freigaben im Rahmen der Baubewilligung).

⁷⁴ BGE 140 II 315 E. 3.3; vgl. auch ANGELIKA FELDMANN ROMERO BARREAT in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band II, Bern 2016, Rz. 5 f. zu Art. 64 KEG (mit Hinweis) (nachfolgend FELDMANN ROMERO BARREAT, Kommentar Energierecht).

⁷⁵ Aufsichtsbericht ENSI (FN 27), 63.

⁷⁶ Vgl. das Beispiel Leibstadt im Aufsichtsbericht ENSI (FN 27), 4.

⁷⁷ Botschaft vom 19. Januar 1994 über eine Teilrevision des Atomgesetzes und des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz, BBl 1994 I 1361 ff., 1374 f. (die Teilrevision wurde indessen anschliessend nicht umgesetzt).

⁷⁸ Botschaft KEG (FN 21), 2788.

⁷⁹ BGE 140 II 315 E. 3.3.

FELDMANN ROMERO BARREAT, die anführt, dass ein vollumfänglicher Rechtsschutz bereits auf der Stufe Bau- und Betriebsbewilligung gewährleistet sei. Überdies könne die Bewilligungsbehörde – allenfalls auf Gesuch legitimer Drittpersonen hin – die Bewilligung entziehen, wenn bei in Betrieb stehenden Kernanlagen die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien.⁸⁰ Wie nachfolgend gezeigt wird, hinkt diese Argumentation.

III. Würdigung

1. Rechtsschutz Dritter im Lichte des Freigabeverfahrens

1.1 Problemstellung

Diese Gegebenheiten offenbaren in Bezug auf die Praxis zum Rechtsschutz Dritter im Umfeld von Kernanlagen einen Widerspruch. Nachfolgend zwei Beispiele.

In BGE 140 II 315 stürten sich die Beschwerdeführenden daran, dass das ENSI für die Erbringung des deterministischen Nachweises (wir befinden uns also im Bereich eines Auslegungstörfalles, bei dem kein Austritt von Radioaktivität gegeben ist)⁸¹ zur Beherrschung des 10'000-jährlichen Hochwassers während einer gewissen Zeit den Einsatz mobiler Pumpen für die Störfallbeherrschung zulies. Das BGer hielt fest, dass ohne diesen Nachweis die nukleare Sicherheit des KKW nicht (mehr) gewährleistet sei, weshalb an der Kontrolle der Aufsichtstätigkeit im Bereich der Sicherheitsüberprüfung ein ausgewiesenes Rechtsschutzinteresse bestehe,⁸² und bejahte im Ergebnis einen Anspruch der Anwohner auf Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG aufgrund ihrer Risikoexposition. Ferner hielt es fest, dass es, sofern bereits kleine Eintrittswahrscheinlichkeiten ein Handeln der Aufsichtsbehörden erforderten, nicht sachgerecht sei, die Schwelle für die Öffnung des Rechtsweges ohne triftige Gründe höher anzulegen. Ansonsten würden Drittbeschwerden im Vorsorgebereich nach Art. 4 KEG praktisch ausgeschlossen und dieser in weitem Umfang von gerichtlicher Kontrolle freigestellt.⁸³

Dem sei folgender Sachverhalt gegenübergestellt: In einer Medienmitteilung vom 27. September 2017 teilte das ENSI mit, es habe die Freigabe für das Wiederanfahren von Block 2 des Kernkraftwerkes Beznau (KKB) erteilt, nachdem man ihn am 18. August planmässig zur Jahresrevision abgeschaltet habe.⁸⁴ Block 1 des KKB steht dagegen seit dem Revisionsstillstand am 13. März 2015 bis heute still, da die sicherheitstechnische Beurteilung der (ungünstigen) Befunde am Reaktordruckbe-

halter noch nicht abgeschlossen ist. Sobald das ENSI zur Auffassung gelangt, dass auch Block 1 wieder sicher betrieben werden kann, dürfte es indes auch hier die Freigabe für das Wiederanfahren des Reaktors erteilen.⁸⁵ Da das Wiederanfahren des Reaktors im Freigabeverfahren erlaubt wird, ist der Rechtsschutz von Anwohnern – trotz (offensichtlicher) Risikoexposition – gesetzlich unterbunden (Art. 64 Abs. 3 KEG).

Es ist mit vernünftigen Gründen nicht zu rechtfertigen, dass ein Anwohner oder eine Anwohnerin im einen Fall den Rechtsschutz geniesst, im anderen Fall aber nicht. Lässt man auf der einen Seite den Entscheid des ENSI, mobile Pumpen für die Beherrschung eines 10'000-jährlichen Hochwassers vorübergehend zuzulassen, genügen, um eine gerichtliche Überprüfung desselben zu erwirken, müsste bspw. erst recht die Erlaubnis, den Reaktor wieder anzufahren, gerichtlich überprüft werden können. Das Gleiche gilt für die im Katalog von Art. 40 KEG angeführten Handlungen – materiell gesehen sind dies mitunter schwerlich rechtsschutzunwürdige «Detailarbeiten», sofern man die Rechtsprechung zur Risikoexposition zum Massstab nimmt.

Die unterschiedliche Rechtsfolge in Bezug auf den Rechtsschutz hängt demnach von einem rein *formalen* Kriterium ab, nämlich der Form, derer sich die Aufsichtsbehörde bedient (wenngleich sie nur – aber immerhin – in einem gewissen Spektrum *frei* ist, zu welchem Instrument sie greift): Verfügung bzw. Rechtsakt und Realakt auf der einen Seite (mit Rechtsschutz), Freigabe (ebenfalls eine Verfügung) auf der anderen (kein Rechtsschutz). Zweifelsohne sind Freigaben ein Element der Störfallvorsorge, sie betreffen (zwingend) die nukleare Sicherheit oder Sicherung der Kernanlage (Art. 65 Abs. 3 KEG). *Materiell* besteht in Bezug auf die möglichen Folgen des angeordneten bzw. erlaubten Handelns oder Unterlassens mit Blick auf die Risikoexposition oft kein Unterschied zu anderen Handlungen oder Unterlassungen, die gestützt auf eine Verfügung oder einen Realakt des ENSI ergehen. Würde m.a.W. Art. 64 Abs. 3 KEG den Rechtsschutz nicht ausschliessen, müsste ein risikoexponierter Dritter im Falle einer Freigabe in aller Regel ohne Weiteres Parteirechte im Verfahren geltend machen können. Genau das wollte der Gesetzgeber aber nicht.

2.1 Überlegungen zur Praxis

a) (Blosse) Risikoexposition als taugliches Kriterium?

Soweit ersichtlich, hat sich bisher noch niemand mit diesem Widerspruch auseinandergesetzt. Das BGer prüfte im fraglichen Fall (BGE 140 II 315) zwar, ob eine Freigabe gegeben sei – allerdings nur im Kontext der Frage, ob der Rechtsschutz nicht deshalb ausgeschlossen ist. Die Diskrepanzen, die eine solche Praxis offenbart, thematisiert es nicht. Schon der Grundsatz der Ein-

⁸⁰ FELDMANN ROMERO BARREAT, Kommentar zum Energierecht (FN 80), Rz. 16 zu Art. 64 KEG.

⁸¹ Vgl. auch BGE 140 II 315 E. 5.2.1 f.

⁸² BGE 140 II 315 E. 5.2.3.

⁸³ BGE 140 II 315 E. 4.4 (mit Hinweisen).

⁸⁴ Gemäss Medienmitteilung des ENSI vom 27. September 2017, «ENSI erteilt Freigabe zum Wiederanfahren von Block 2 des KKW Beznau», einsehbar auf www.ensi.ch, besucht am 4. November 2017.

⁸⁵ Vgl. den Aufsichtsbericht ENSI (FN 27), 4.

heit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung⁸⁶ gebietet es indes, die grosszügige Praxis des alleinigen Anknüpfens an die Risikoexposition in Bezug auf den Rechtsschutz im Kernenergierecht zu überdenken. Die Frage der Parteistellung Dritter bei Verfügungen oder Realakten des ENSI ist deshalb *auch im Lichte des spezialgesetzlichen Umfelds*, d.h. auch unter Berücksichtigung des Ausschlusses des Rechtsschutzes im Falle von Freigaben nach KEG (s. dazu aber nachfolgend, b), zu beleuchten.

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass für die Gewährung des Rechtsschutzes u.E. nicht allein das (subjektive – und objektiv wohl vorhandene) Rechtsschutzbedürfnis massgeblich sein kann,⁸⁷ sondern auch der Entscheid des Gesetzgebers über die Frage, ob er ein Rechtsschutzbedürfnis für rechtsschutzwürdig hält (Letzteres ist, wie auch MÜLLER und KNEUBÜHLER ausführen, freilich eine Wertung).⁸⁸ Das soll nicht heissen, dass das Schutzbedürfnis der Bevölkerung oder der Umstand, dass die zu beurteilenden Fragen politisch stark umstritten sind, nicht zu berücksichtigen wären. Entscheidend dabei ist nur, welchen *Raum* der Gesetzgeber der rechtsanwendenden Behörde oder dem Gericht noch belässt, diese Faktoren in den Erwägungen zu berücksichtigen. Dazu muss freilich der Fächer geöffnet werden: Mit einbezogen werden müssen, wie es auch der Praxis des BGer entspricht, bspw. allfällige aus den Grundrechten fließende Schutzansprüche (soweit sie über das bereits im positiven Recht Umgesetzte hinaus gehen [Art. 35 Abs. 1 BV]) oder die im KEG formulierten, übergeordneten Interessen (Schutz von Mensch und Umwelt vor den Gefährdungen durch ionisierende Strahlung) – aber auch andere Aspekte, wie die Einschränkung des Rechtsschutzes in einer spezifischen sektoriellen Regulierung. Wäre dem nicht so, müsste man bei einem guten Teil der Freigaben nach KEG – entgegen Art. 64 Abs. 3 KEG – ebenso den Rechtsschutz Dritter zulassen.

In Bezug auf die Rechtsprechung zur Risikoexposition ist weiter festzuhalten, dass die fragliche Praxis in eine Zeit zurückreicht, in welcher das Institut der Freigabe noch nicht positiviert war und sich unter altem Recht, gewissermassen als Korrektiv zum schwach ausgebauten Rechtsschutz, anbot.⁸⁹ Dennoch stellt sich nun die Frage, wie die Praxis dem Umstand Rechnung tragen kann, dass das KEG für gewisse (gemäss Art. 65 Abs. 3 KEG zwingend sicherheits- und sicherungsrelevante) Handlungen den Rechtsschutz Dritter ausschliesst.

Naheliegend wäre dabei das Anknüpfen an die *Wahrscheinlichkeit* und *Schwere* eines befürchteten Schadenseintrittes, was das BGer im Bereich des KEG bis anhin ablehnt. In anderen Bereichen tut es dies indessen

durchaus.⁹⁰ So lässt sich das BGer in einem Fall im Zusammenhang mit gentechnisch veränderten Lebensmittelzeugnissen wie folgt vernehmen: «*Das mit einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit verbundene Risiko begründet für Dritte eine beachtenswerte, nahe Beziehung zum entsprechenden Bewilligungsverfahren nur, wenn diese sowohl in Bezug auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts wie in Bezug auf die mögliche Schwere der Beeinträchtigung einem nicht unwesentlich höheren Risiko ausgesetzt sind als die Allgemeinheit. Bloss Gefahren von einer gewissen Bedeutung und von einer gewissen Wahrscheinlichkeit vermögen eine Beschwerdebefugnis zu begründen, nicht rein theoretische und weit entfernte, weil sonst eine sinnvolle Abgrenzung zur Popularbeschwerde nicht mehr möglich ist.*»⁹¹ Interessant ist auch der Blick in das Zivilrecht, konkret der Blick auf die Präventivklage gestützt auf Art. 679 ZGB, die gemäss Rechtsprechung eine «hohe Wahrscheinlichkeit» des Schadenseintritts voraussetzt.⁹²

Verfolgt man diesen Ansatz, stellt sich sogleich die Frage, wo denn die Grenze liegen soll. Gerade im Kernenergierecht, welches in weiten Teilen der Sicherheitsaufsicht mit Wahrscheinlichkeiten operiert, finden sich immerhin gewisse probabilistische Fixpunkte (bspw. Art. 12 Abs. 1 Bst. a Gefährdungsannahmenverordnung in Bezug auf bestehende KKW, gewissermassen das positivierete Restrisiko) – leider sind diese mit Blick auf ihre demokratische Legitimation aber auf gar tiefer Normstufe. Dennoch müsste man zumindest fordern, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit des befürchteten Schadens höher liegen muss als die Grenze, die das Recht bereits als zulässig toleriert. Immerhin darf davon auszugehen sein, dass der Gesetzgeber (womit zumindest hier eine gewisse demokratische Legitimation gegeben ist), wie oben ausgeführt, in genereller Weise ein Restrisiko bewusst in Kauf genommen hat.⁹³

In Bezug auf die Schwere könnte man auf das Kriterium des (drohenden) auslegungs- bzw. des auslegungsüberschreitenden Störfalles abstellen, zumal wohl gerade die Sorge um die radioaktive Strahlung von grosser Bedeutung zu sein scheint. Auch hier hat das Kernenergierecht eine Hilfestellung bereit, nämlich die Internatio-

⁹⁰ Diesen Ansatz lehnen insbes. MÜLLER (FN 57), 497 und KNEUBÜHLER (FN 69), 41, ab. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Habil. Zürich 2000, Rz. 726, scheint eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes zu fordern.

⁹¹ BGE 123 II 376, E. 4.b. aa. (mit Hinweisen); vgl. auch HANSJÖRG SEILER in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt, Andreas Güngerich/Niklaus Oberholzer (Mitautoren), Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl. Bern 2015, Rz. 46 zu Art. 89 BGG.

⁹² Vgl. SEILER (FN 63), 9; ULRICH ZELGER, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016, Rz. 22 zu Art. 679 ZGB, 1273; HEINZ REY/LORENZ STREBEL in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II., 5. Aufl. Basel 2015, Rz. 18 zu Art. 679 ZGB.

⁹³ Vgl. im Allgemeinen SEILER (FN 4), 44 f. und 81. Vgl. ferner im Zusammenhang mit der in Art. 4 Abs. 3 KEG statuierten Risikovorsorge HETTICH (FN 3), Rz. 392 mit Verweis auf das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG 49, 89 – Kalkar I [1978]). Vgl. auch BGE 139 II 185 E. 11.5.3.

⁸⁶ Vgl. dazu im Allgemeinen MARKUS WINKLER, Einheit oder Harmonie der Rechtsordnung, in ZSR 2017, 171 ff.

⁸⁷ So MÜLLER (FN 57), 497; KNEUBÜHLER (FN 69), 41.

⁸⁸ A.M. MÜLLER (FN 57), 497, KNEUBÜHLER (FN 69), 40 f.

⁸⁹ Siehe auch SEILER (FN 4), 84.

nale Bewertungsskala nach IAEA-INES, die sich im Anhang 6 der KEV befindet und Ereignisse und Befunde mit Bedeutung für die nukleare Sicherheit zum Gegenstand hat.

Diese unterscheidet auf einer Skala von 0 «Nicht sicherheitssignifikante Ereignisse und Befunde (...) Beispiele: (...) Einzelfehler in einem redundanten System, automatische Reaktorschnellabschaltung mit normalem Anlagerverhalten, Leckagen innerhalb Betriebslimiten» bis 7 «Schwerwiegender Unfall mit Freisetzung eines grossen Teiles des Kerninventars in die Umgebung in Form von einer Mischung kurz- und langlebiger Aktivstoffe (mehr als 10000 TBq Iod-131 Äquivalent)». Dabei unterscheidet die Skala den Zwischenfall (*Incident*, Stufe 0 bis 3) und den Unfall (*Accident*, Stufe 4 bis 7). Gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b KEV hat das ENSI die Öffentlichkeit unverzüglich über Ereignisse und Befunde zu informieren, die von sicherheitstechnischer Bedeutung sind, aber keine oder nur geringe radiologische Auswirkung auf die Umgebung haben (Ereignisse oder Befunde der Stufe 2 der INES-Skala nach Anhang 6 KEV).

Somit könnte man in Bezug auf die Rechtsschutzwürdigkeit im KEG zumindest fordern, dass von Rechtssuchenden glaubhaft dargelegt wird, dass durch die fragliche Handlung oder Unterlassung (1.) mindestens einem Zwischenfall der INES-Stufe 2 oder vergleichbarer Schwere droht (darunter muss auch das ENSI nicht unmittelbar informieren) und (2.) der potenzielle Zwischenfall mit einer Wahrscheinlichkeit eintritt, die die (bereits positivierten) rechtlich zulässige Grenze überschreitet. Diesen Rahmen könnte man – wie es heute bereits Praxis ist – mit einer räumlichen Komponente ergänzen, nämlich anknüpfend an die Notfallplanungszonen.

Dies hätte wie schon unter der gegenwärtigen Praxis zur Folge, dass die betreffende Person nicht zeigen muss, dass *ihr selbst* tatsächlich ein Schaden droht (das gegenwärtige Abstellen auf die blossе Risikoexposition unterstellt dies bei Lichte besehen im Sinne einer Vermutung, was de facto dazu führt, dass die Popularbeschwerde in einem geographisch begrenzten Raum zugelassen wird), sondern einzig, dass sich (mit einer gemäss Kernenergie rechtserheblichen Wahrscheinlichkeit) ein Schaden einer bestimmten Kategorie (mindestens ein «Zwischenfall» oder, je nach ständigem Aufenthaltsort, ein «ernsthafter Zwischenfall» bzw. ein Ereignis vergleichbarer Schwere) ereignen könnte. Angesichts der Komplexität des Themas und der nicht unerheblichen Informationsasymmetrie zwischen der Aufsichtsbehörde und der Betreiberin auf der einen Seite und Betroffenen auf der anderen Seite dürfen daran nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Abstellen auf die blossе Risikoexposition bei der Frage des Rechts auf gerichtliche Überprüfung einer aufsichtsrechtlichen Handlung im Bereich der nuklearen Sicherheit und Sicherung mit der Konzeption der Freigabe im KEG kaum vereinbar ist. Die Praxis führt zu schwerlich zu rechtfertigenden, mitunter willkürlich erscheinenden Unterscheidungen und im Ergebnis zu groben Widersprüchen in der Rechtsanwendung. Zur Auflösung des Widerspruches gibt es entweder den Weg der Rechtsänderung (der u.a. freilich auch den Rechtsschutz gegen Freigaben ermöglichen könnte) oder, in begrenzterem Raum, die Anpassung der Rechtsprechung im eben skizzierten Rahmen (die im Ergebnis nicht zwingend zu einer starken Verkürzung des Anspruches auf gerichtliche Überprüfung einer aufsichtsrechtlichen Handlung führen muss).

igenden, mitunter willkürlich erscheinenden Unterscheidungen und im Ergebnis zu groben Widersprüchen in der Rechtsanwendung. Zur Auflösung des Widerspruches gibt es entweder den Weg der Rechtsänderung (der u.a. freilich auch den Rechtsschutz gegen Freigaben ermöglichen könnte) oder, in begrenzterem Raum, die Anpassung der Rechtsprechung im eben skizzierten Rahmen (die im Ergebnis nicht zwingend zu einer starken Verkürzung des Anspruches auf gerichtliche Überprüfung einer aufsichtsrechtlichen Handlung führen muss).

b) Zur Freigabe

Zum Schluss soll noch kurz auf die – insbesondere mit Blick auf Art. 29a BV⁹⁴ oder das Rechtsgleichheitsprinzip (Art. 8 BV) – nicht weniger fragwürdige weil radikale und pauschale Einschränkung des Rechtsschutzes in Bezug auf Freigaben eingegangen werden. Mag das Instrument in gewissen Bereichen durchaus Sinn machen, haftet ihm bei anderen Massnahmen etwas Willkürliches an. Verschärft wird die Situation noch dadurch, dass das ENSI mitunter frei ist zu entscheiden, wann es das Instrument der Freigabe anwendet, solange es nicht um Änderungen geht, die wesentlich von der Bewilligung abweichen (Art. 65 Abs. 3 KEG). Hier handelt es sich nun indes primär nicht um ein Problem, das gänzlich über eine Praxisänderung zu bewältigen wäre, ist doch der Wortlaut von Art. 64 Abs. 3 KEG unmissverständlich und geht – trotz Art. 4 VwVG – den Bestimmungen des VwVG vor.⁹⁵ Im Lichte von Art. 190 BV ist die Situation wohl hinzunehmen, allenfalls gäbe es einen Weg, den Rechtsschutz gegen Freigaben gestützt auf Art. 6 EMRK zu erwirken.⁹⁶

⁹⁴ BENJAMIN SCHINDLER, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, *Sicherheit & Recht* 3/2012, 216; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, BV Kommentar, Zürich 2007, Art. 29a, Rz. 2; ANDREAS KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 6. Allerdings kann die richterliche Beurteilung nach Art. 29a BV, zweiter Satz, auch ausgeschlossen werden (so zumindest in Bezug auf die Ausnahme i.S.v. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG sowie Art. 83 Bst. n BGG; DERS, Art. 29a BV, Rz. 20). Vgl. ferner auch JÉRÔME CANDRIAN, La question du recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral dans les affaires relevant des relations extérieures, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben*, St. Gallen 2008, 323 ff., 357 f.

⁹⁵ Vgl. PIERRE TSCHANNEN in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 2 zu Art. 4 VwVG.

⁹⁶ Ein direktes Abstützen auf Art. 6 EMRK scheint zumindest prüfungswert zu sein. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in kernenergierechtlichen Entscheiden festgehalten, dass eine Verletzung der körperlichen Integrität resp. von einer die Beschwerdelegitimation begründenden Betroffenheit lediglich bei einer *besonderen und konkreten Gefährdung* vorliegt (s. dazu Beschwerde Balmer-Schafroth Nr. 671/1996/686/876, teilweise publiziert in VPB 61 [1997] Nr. 103, 939 ff.; Beschwerde Athanassoglou Nr. 27644/95, teilweise publiziert in VPB 64 [2000] Nr. 136, 1326 ff.; Beschwerde Balmer-Schafroth Nr. 50495/99, publiziert in VPB 66 [2002] Nr. 111, 1302 ff.). Im Urteil «Hardy und Maille gegen Vereinigtes Königreich» vom 14. Februar 2012 [Nr. 31965/07] hielt der EGMR sodann fest, dass den betroffenen Personen sowie der Öffentlichkeit Beteiligungs- und Informationsrechte zukommen [§ 217 ff. sowie

Nicht zu rechtfertigen ist die Einschränkung des Rechtsschutzes im KEG in Bezug auf die bestehenden KKW allerdings mit dem Argument, der Rechtsschutz sei ja insbesondere in der Betriebsphase vorgelagerten Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren nach KEG umfassend gewährleistet gewesen. Erstens hat keine dieser Anlagen ein klassisches Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren nach KEG durchlaufen. Zweitens wäre es mit Blick auf die zeitlichen Umstände, die lange Betriebsphase, geradezu zynisch, einem jungen Menschen vorzuhalten, er könne sich gegen eine Freigabe des ENSI zwar nicht wehren, seine Eltern oder gar Grosseltern hätten doch aber vor rund 50 Jahren Gelegenheit gehabt, sich im Bewilligungsverfahren – notabene nach AtG – einzubringen.

§ 245 ff.). Allfällige zivilrechtliche Ansprüche (Art 28 und 28a ZGB oder aus Art. 684 Abs. 1 ZGB werden vorliegend nicht untersucht.