



Urteil vom 7. Februar 2013

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Markus Metz,
Richter André Moser, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Nina Dajcar.

Parteien

1. A. _____,
2. B. _____,
beide vertreten durch Anwaltsbüro Pestalozzi & Vogler,
Rechtsanwalt Martin Pestalozzi,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI,
Industriestrasse 19, 5200 Brugg AG,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nichteintreten auf ein Gesuch um Erlass einer Verfügung
über Realakte i.S.v. Art. 25a VwVG.

Sachverhalt:

A.

Die BKW FMB Energie AG (nachfolgend: BKW) betreibt das Kernkraftwerk (nachfolgend: KKW) Mühleberg. Mit Verfügung vom 18. März 2011 forderte das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) alle schweizerischen KKW auf, unverzüglich mit der Überprüfung ihrer Auslegung bezüglich Erdbeben und Überflutung zu beginnen. In seiner Verfügung vom 1. April 2011 legte das ENSI die entsprechenden Vorgehensvorgaben und Randbedingungen fest; unter anderem habe die BKW den deterministischen Nachweis für die Beherrschung des 10'000-jährlichen Hochwassers zu führen. Als Randbedingung hierzu forderte es namentlich, wenn eine Verstopfung oder Schädigung der Flusswasser-Einlaufbauwerke nicht ausgeschlossen werden könne, sei der Ausfall der vom Hochwasser betroffenen Kühlwasserfassungen zu unterstellen.

Die BKW reichte dem ENSI am 30. Juni 2011 den geforderten Nachweis ein. Das ENSI ging in seiner dazu ergangenen und als Aktennotiz bezeichneten Stellungnahme vom 31. August 2011 unter anderem davon aus, der Einsatz von mobilen Pumpen ermögliche die Kühlwasserversorgung des sogenannten SUSAN-Notstandsystems auch bei einer allfälligen Verstopfung des SUSAN-Rechens.

Diese Aktennotiz veranlasste A. _____ und B. _____ im Zeitraum von September 2011 bis Februar 2012 zu einem Briefwechsel mit dem ENSI-Rat und dem ENSI. Inhaltlich ging es kurz zusammengefasst darum, inwiefern das ENSI in dieser Einschätzung grundlegende Prinzipien der nuklearen Sicherheit missachte, darunter den Grundsatz der gestaffelten Sicherheitsvorsorge (vgl. Art. 5 des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 [KEG, SR 732.1] und Art. 1 Bst. c der Verordnung des UVEK über die Gefährdungsannahmen und die Bewertung des Schutzes gegen Störfälle in Kernanlagen vom 17. Juni 2009 [SR 732.112.2; nachfolgend als Gefährdungsannahmenverordnung bezeichnet]).

Das ENSI und der ENSI-Rat vertraten im Wesentlichen die Ansicht, für bestehende KKW lasse das schweizerische Regelwerk die Kreditierung von auf dem Areal gelagerten mobilen Pumpen für die Störfallbeherrschung zu. Für den längerfristigen Betrieb werde aber eine zusätzliche Nachrüstung zur Verbesserung der Kühlwasserversorgung verlangt und ein längerfristiger Nachrüstbedarf sei kein Grund für eine sofortige Ausserbetriebnahme.

B.

Am 20. März 2012 beantragten A._____ und B._____ dem ENSI den Erlass einer Verfügung über Realakte im Sinn von Art. 25a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Dazu veranlasst wurden sie durch die ihrer Ansicht nach widerrechtliche Handhabung der deterministischen Störfallanalyse durch das ENSI im Rahmen der laufenden Aufsicht beim KKW Mühleberg. Sie beantragten die Feststellung dieser Widerrechtlichkeit. Zudem seien künftig solche widerrechtlichen Aufsichtshandlungen zu unterlassen und sämtliche bisherigen widerrechtlichen Kreditierungen zu widerrufen. Insbesondere sei der Nachweis der Einhaltung der grundlegenden Schutzziele durch eine deterministische Störfallanalyse im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Gefährdungsanahmenverordnung und die Bewertung des Schutzes gegen Störfälle in Kernanlagen beim KKW Mühleberg unverzüglich ohne Kreditierung der widerrechtlichen Elemente zu wiederholen.

C.

Das ENSI trat mit Verfügung vom 5. Oktober 2012 auf das Begehren von A._____ und B._____ nicht ein. Es begründete dies hauptsächlich damit, es müsste ein rechtlich geschütztes Interesse geltend gemacht werden können, um Anspruch auf die beantragte Verfügung zu haben. Vorliegend fehle es an einer gewissen Intensität der Betroffenheit in Rechten und Pflichten, namentlich auch was die vorgebrachten Grundrechte betreffe. Da somit kein rechtsschutzwürdiger Realakt vorliege, sei auf das Gesuch nicht einzutreten. Weiter machte das ENSI Ausführungen dazu, weshalb hinsichtlich der laufenden Aufsicht eine Beschwerdebefugnis Dritter nicht sachgerecht sei.

D.

A._____ und B._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) erheben mit Eingabe vom 5. November 2012 Beschwerde gegen diese Verfügung. Sie beantragen deren Aufhebung und die Rückweisung zur materiellen Behandlung. In ihrer Begründung führen sie nebst materiellen Ausführungen zur Aufsicht durch das ENSI aus, weshalb die Eintretensvoraussetzungen des Art. 25a VwVG erfüllt seien.

E.

Mit Vernehmlassung vom 21. Dezember 2012 nimmt das ENSI (nachfolgend: Vorinstanz) Stellung. Es betont insbesondere, gemäss Art. 25a VwVG sei keine Drittbeschwerde vorgesehen, sondern die Betroffenen müssten in eigenen Rechten und Pflichten betroffen sein. Diese Norm

beziehe sich nur auf das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger, nicht aber auf jenes zwischen Aufsichtsorgan und Beaufsichtigten.

F.

Die Beschwerdeführer ergänzen in ihren Schlussbemerkungen vom 11. Januar 2013 ihre Argumentation. Sie ändern ihr Begehren bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen dahingehend, die Vorinstanz sei zu verpflichten, die Beschwerdeführer für ihre Anwaltskosten zu entschädigen. Dies begründen sie damit, die BKW sei (anders als im vorinstanzlichen Verfahren) im vorliegenden Verfahren nicht beigelegt worden.

G.

Auf weitergehende Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Beschwerdeführer erheben Beschwerde gegen eine Verfügung des ENSI; gemäss Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat vom 22. Juni 2007 (ENSIG, SR 732.2) richtet sich die Anfechtung von Verfügungen des ENSI nach den Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, hierzu gehört auch das Nichteintreten auf Begehren um Feststellung von Rechten und Pflichten (Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG). Weiter liegt keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor, zumal keiner der in Art. 32 Abs. 1 Bst. e VGG genannten Tatbestände bezüglich Kernenergie vorliegt. Sodann handelt es sich beim ENSI um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 ENSIG) und deshalb um eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. e VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teil-

nahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführer nahmen am vorinstanzlichen Verfahren teil. Als Adressaten der Verfügung sind sie von ihr berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, damit ihr Begehren materiell geprüft wird. Sie sind somit zur Beschwerde berechtigt.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist folglich einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die Vorinstanz auf das Gesuch um Erlass einer Verfügung gemäss Art. 25a VwVG hätte eintreten müssen. Diese Bestimmung mit der Marginalie "Verfügung über Realakte" ist seit dem 1. Januar 2007 in Kraft und lautet:

¹ Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie:

- a. widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft;
- b. die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt;
- c. die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt.

² Die Behörde entscheidet durch Verfügung.

Ziel der Schaffung dieser Norm war die Verbesserung des Rechtsschutzes gegen Realakte, der bis dahin von der Rechtsprechung unter gewissen Umständen bereits anerkannt worden war (statt vieler MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen [Hrsg.], Neue Bundesrechtspflege, Berner Tage für die juristische Praxis 2006, Bern 2007, S. 313 ff., S. 333 ff.). Da Art. 25a VwVG in einer späten Phase der Totalrevision der Bundesrechtspflege aufgenommen und im Parlament nicht diskutiert wurde, sind zu seiner Entstehungsgeschichte weder eine Botschaft noch Parlamentsdebatten vorhanden (vgl. aber zur Entstehungsgeschichte MÜLLER, a.a.O., S. 315 ff. und 340 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler

[Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25a Rz. 1 ff.; ISABELLE HÄNER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 25a Rz. 1 ff.; MARIANNE TSCHOPP-CHRISTEN, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes [Artikel 25a VwVG], Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2009, v.a. S. 83 ff.). Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen des Art. 25a VwVG geprüft.

4.

Zunächst ist das Vorliegen eines Realakts vorausgesetzt. Dieser Begriff umfasst eine Vielzahl von Erscheinungsformen des tatsächlichen Verwaltungshandelns, denen gemeinsam ist, dass keine Verfügung erlassen wurde (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 317 f.; WEBER-DÜRLER, a.a.O., Art. 25a Rz. 6 ff.; HÄNER, a.a.O., Art. 25a Rz. 6 ff.; TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 22 ff.; s.a. BGE 128 I 167 E. 4.5; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3144/2008 vom 27. Mai 2009 E. 13.1 und A-5646/2009 vom 18. Mai 2010 E. 3). Ein Realakt kann die Rechtsstellung von Privaten betreffen, selbst wenn er grundsätzlich auf die Herbeiführung eines Taterfolgs ausgerichtet ist, zumal Verwaltungshandeln ohne rechtliche Auswirkungen kaum möglich ist (BGE 130 I 369 E. 6.1; MÜLLER, a.a.O., S. 320). Die Vorinstanz erliess die Aktennotiz über den zulässigen Einsatz mobiler Pumpen formfrei im Rahmen ihrer laufenden Aufsichtstätigkeit, weshalb ein Realakt vorliegt.

5.

Weiter ist das Begehren an die für den Realakt örtlich, sachlich und funktionell zuständige Verwaltungsbehörde zu richten (statt vieler MÜLLER, a.a.O., S. 345). Die Vorinstanz ist gemäss Art. 70 Abs. 1 Bst. a KEG und Art. 2 ENSIG die Aufsichtsbehörde in Bezug auf die nukleare Sicherheit und Sicherung und damit vorliegend die zuständige Behörde.

6.

Sodann muss sich der Realakt auf eine Grundlage im öffentlichen Recht des Bundes stützen (statt vieler MÜLLER, a.a.O., S. 348 f.). Die Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz erfolgt gemäss öffentlichem Recht des Bundes, namentlich nach dem Kernenergiegesetz und weiteren zu diesem Sachbereich gehörenden Erlassen, weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

7.

Überdies ist zu prüfen, ob ein schutzwürdiges Interesse an einer Verfü-

gung über den Realakt vorliegt. Dies ist im vorliegenden Fall umstritten, namentlich was die Frage angeht, ob – wie die Vorinstanz vorbringt – ein rechtlich geschütztes Interesse erforderlich ist oder – so die Position der Beschwerdeführer – ob ein tatsächliches Interesse genügt.

7.1 Gemäss Bundesgericht ist das schutzwürdige Interesse im Sinn von Art. 25a VwVG grundsätzlich gleich zu verstehen wie bei der Beschwerdelegitimation im Sinn von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG und Art. 89 Abs. 1 Bst. c des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110); es kann deshalb auf die Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis abgestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 1C_455/2011 vom 12. März 2012 E. 4.4). Das Bundesverwaltungsgericht folgt dieser Praxis (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3130/2011 vom 20. März 2012 E. 2.2.1; A-101/2011 vom 7. September 2011 E. 4.4 [bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 1C_455/2011 vom 12. März 2012 E. 4.4]; s.a. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.39 Fn. 116; MICHAEL BEUSCH/ANDRÉ MOSER/LORENZ KNEUBÜHLER, Ausgewählte prozessrechtliche Fragen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2008, S. 9; s.a. MÜLLER, a.a.O., S. 347; WEBER-DÜRLER, a.a.O. Art. 25a Rz. 27 ff.; HÄNER, a.a.O., Art. 25a Rz. 34 sowie TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 127).

Im Zusammenhang mit Verfügungen über Realakte ist sodann die Subsidiarität dieser Rechtsschutzmöglichkeit zu berücksichtigen: Es ist nur dann von einem schutzwürdigen Interesse auszugehen, wenn kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht, respektive wenn es unzumutbar wäre, bis zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung zuzuwarten (BGE 136 V 156 E. 4.3; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-101/2011 vom 7. September 2011 E. 4.4 und im Ergebnis B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 6 sowie BVGE 2008/48 E. 5.3; WEBER-DÜRLER, a.a.O., Art. 25a Rz. 31; TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 131 f.).

7.2 Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, von dieser Praxis abzuweichen. Es ist somit darzulegen, was unter dem besonderen schutzwürdigen Interesse im Sinn der allgemeinen Legitimationsvoraussetzungen zu verstehen ist:

Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführenden durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Diese Anforderungen sollen – in Verbin-

dung mit der Voraussetzung des besonderen Berührtseins gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG, wonach eine beschwerdeführende Person stärker als die Allgemeinheit betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zum Streitgegenstand stehen muss – die Popularbeschwerde ausschliessen. Diesen Anforderungen kommt dann eine ganz besondere Bedeutung zu, wenn nicht der Verfügungsadressat im materiellen Sinn, sondern Dritte einen Entscheid anfechten. Ist auch in einem solchen Fall ein unmittelbares Berührtsein, eine spezifische Beziehungsnähe gegeben, so hat der Beschwerdeführende ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse an einer Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Dieses Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführenden eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte (BGE 137 II 30 E. 2.2.2, 135 II 172 E. 2.1, 131 II 587 E. 2.1; BVGE 2007/1 E. 3.4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3358/2011 vom 23. Oktober 2012 E. 1.2.1, A-3014/2010 vom 31. Januar 2011 E. 3.2; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.60 ff.; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 Rz. 27).

Hinsichtlich des Teilnahmeanspruchs an KKW-Bewilligungsverfahren entschied der Bundesrat am 22. Februar 1978, diesen Anspruch könnten alle erheben, die den nachteiligen Auswirkungen von KKW in besonderem Mass, also stärker als die Allgemeinheit, ausgesetzt seien. Jedermann, der innerhalb eines Bereichs lebe, in dem das Gefährdungspotential besonders hoch einzuschätzen sei, habe ein schützenswertes Interesse daran, dass die baulichen und apparativen Schutzvorrichtungen der Eigenart und der Grösse der Gefahr angemessen und geeignet seien, den Eintritt der befürchteten Katastrophe zu verhindern. Dieses Recht finde eine Schranke an der Unzulässigkeit der Popularbeschwerde. Zur Abgrenzung liege es nahe, sich am Konzept für die rasche Alarmierung in der Umgebung zu orientieren, wobei mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit der Popularbeschwerde nur die Zone 1 mit einer Ausdehnung bis etwa fünf km vom KKW aus gerechnet in Betracht falle. Diese Beschränkung könne in Kauf genommen werden, da den ausserhalb dieser Zone wohnenden Personen die Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung stehen würde (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 42/1978 Nr. 96 S. 422 ff. E. 4).

An dieser Praxis wurde seither nichts geändert; vielmehr geht das Bundesgericht mit ausdrücklichem Bezug darauf davon aus, eine besondere Betroffenheit sei unter anderem dann zu bejahen, wenn ein besonderer Gefahrenherd mit erhöhtem Risiko für die Anwohner geschaffen werde und der Beschwerdeführende auf Grund der räumlichen Nähe speziell stark exponiert sei (BGE 121 II 176 E. 2c, 120 Ib 379 E. 4 und 120 Ib 431 E. 1, Urteil des Bundesgerichts 1A.194/2000 vom 26. Oktober 2000 E. 1a, je mit der Nennung weiterer Beispielen neben jenem von KKW; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 Rz. 27 Fn. 79 ebenfalls mit der ausdrücklichen Nennung von KKW als Beispiel; vgl. für allgemeine Hinweise BVGE 2007/1 E. 3.5 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3014/2010 vom 31. Januar 2011 E. 3.2). Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt in seiner Praxis denn auch grundsätzlich die Legitimation von KKW-Anwohnern (nicht rechtskräftige Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6030/2011 vom 30. Juli 2012 E. 1.2 und A-667/2010 vom 1. März 2012 E. 1.2).

7.3 Das Interesse der Beschwerdeführer ist aktuell und praktisch, da sie mit ihrem Gesuch die rechtmässige Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen erreichen wollen, damit das Risiko eines KKW-Unglücks vermindert wird. Dieses Interesse an einer Risikominderung ist zu anerkennen. Sodann leben sie in den Notfallplanungszonen 1 und 2 um das KKW Mühleberg. Zumindest für Anwohner der Notfallplanungszone 1 ist gemäss der oben genannten Rechtsprechung die Legitimation zur Teilnahme an KKW-Bewilligungsverfahren aufgrund ihrer hinreichenden Nähe zum KKW anerkannt. Da es genügt, wenn einer der Beschwerdeführer legitimiert ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3762/2010 vom 25. Januar 2012 E. 2.3), kann offen bleiben, ob der in der Notfallplanungszone 2 wohnende Beschwerdeführer ebenfalls legitimiert wäre. Jedenfalls ist der in der Notfallplanungszone 1 wohnhafte Beschwerdeführer stärker als die Allgemeinheit dem Risiko des KKW Mühleberg ausgesetzt, weshalb er in einer besonders nahen Beziehung zum Streitgegenstand steht. Infolgedessen ist auch die Voraussetzung des besonderen Berührtseins erfüllt. Die Streitfrage, ob dieses Element für Art. 25a VwVG relevant ist, obwohl es nicht im Wortlaut der Norm enthalten ist, muss deshalb nicht entschieden werden, und den Beschwerdeführern kommt ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung über Realakte zu.

7.4 Zu prüfen bleibt, ob ein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht, das dem Begehren um Erlass einer Verfügung über Realakte vorgehen würde. Die Möglichkeit einer Aufsichtsbeschwerde ist hierbei nicht relevant,

da es sich dabei lediglich um einen formlosen Rechtsbehelf handelt, dem deshalb kein Vorrang vor einem Verfahren gemäss Art. 25a VwVG zukommt (TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 55 f.; s.a. BGE 128 I 167 E. 4.5). Das ebenfalls in Frage kommende Verfahren um Entzug der Betriebsbewilligung gemäss Art. 67 Abs. 1 KEG richtet sich an eine andere Behörde (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6030/2011 vom 30. Juli 2012), weshalb es dem vorliegenden Verfahren nicht vorgehen kann. Nicht überzeugend sind im Übrigen die vorinstanzlichen Vorbringen zu den Besonderheiten des Rechtsschutzes im Freigabeverfahren gemäss Art. 64 Abs. 3 KEG, da es hier nicht um ein Freigabeverfahren geht, sondern um die laufende Aufsicht im Zusammenhang mit der Auslegungsüberprüfung.

7.5 Als Zwischenergebnis kann infolgedessen festgehalten werden, dass die Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an einer Verfügung über Realakte haben.

8.

Schliesslich ist umstritten, ob die Voraussetzung des Berührtseins in Rechten und Pflichten erfüllt ist.

8.1 Nachfolgend wird zunächst der Stand der Lehre und der Praxis zur Tragweite dieser Voraussetzung dargelegt.

8.1.1 In der Lehre gibt es zur Tragweite des Berührtseins in Rechten und Pflichten unterschiedliche Ansichten; diese stimmen aber dahingehend überein, als sie dieses Tatbestandselement jedenfalls als erfüllt ansehen, soweit grundrechtlich geschützte Positionen berührt sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-101/2011 vom 7. September 2011 E. 4.3; MÜLLER, a.a.O., S. 350 ff.; WEBER-DÜRLER, a.a.O., Art. 25a Rz. 19 ff.; HÄNER, a.a.O., Art. 25a Rz. 19; TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 109 ff., 121). Falls also vorliegend grundrechtlich geschützte Positionen berührt sind, muss auf die unterschiedlichen Meinungen nicht näher eingegangen werden.

Als betroffene Grundrechte kommen das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) in Frage. Diese Grundrechte sind tangiert, wenn ihr Schutzbereich berührt ist, der fragliche Vorgang von einem Grundrechtsverpflichteten ausgeht und die Person, die eine Grundrechtsverletzung behauptet, Träger des fraglichen Grundrechts ist (THO-

MAS GÄCHTER, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 30 Rz. 93; vgl. auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 7 Rz. 22 ff. und 81 ff.).

Das "Berührtsein" gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG dient der Grenzziehung zwischen rechtsschutzwürdigem und nicht rechtsschutzwürdigem tatsächlichem Verwaltungshandeln, wobei die Abgrenzung von der Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses schwierig ist. Von der Stossrichtung her haben aber beide ein ähnliches Ziel, nämlich den Ausschluss von Bagatell- resp. Popularbeschwerden. Wenn ein Realakt eine Person durch nicht beabsichtigte, aber im Zusammenhang mit einer tatsächlichen Handlung in Kauf genommene Rechtswirkungen (sog. Reflexwirkung) betrifft, verlangt die Lehre eine gewisse minimale Intensität des Berührtseins. Allerdings ist hierbei der anzulegende Massstab nicht streng zu handhaben, da der Gesetzestext kein "besonderes" Berührtsein verlangt. Es genügt deshalb für das Berührtsein, wenn eine potenzielle Rechtsverletzung glaubhaft gemacht wird; ob ein Grundrecht tatsächlich betroffen oder gar verletzt ist, bleibt im Rahmen der materiellen Prüfung zu klären (MÜLLER, a.a.O., S. 353 f.; HÄNER, a.a.O., Art. 25a Rz. 28; TSCHOPP-CHRISTEN, a.a.O., S. 123 f.; zum besonderen Berührtsein als allgemeine Legitimationsvoraussetzung vgl. vorne E. 7.3).

8.1.2 In der spärlichen Praxis zur gerichtlichen Überprüfung von Realakten wird die Voraussetzung des Berührtseins in Rechten und Pflichten kaum thematisiert und wirkt nicht einschränkend (vgl. BGE 130 I 369 E. 6, 128 I 167 E. 4.5 [beide vor Inkrafttreten Art. 25a VwVG]). Zwar hielt das Bundesgericht in BGE 133 I 49 E. 3.2 im Zusammenhang mit der Situation eines Asylbewerbers in einem Durchgangszentrum fest, das Berührtsein müsse von einer gewissen Intensität sein; jedoch könne er unter Umständen bei einer Grundrechtsbeeinträchtigung eine anfechtbare Verfügung im Sinn des bald in Kraft tretenden Art. 25a VwVG verlangen. Aufgrund seiner speziellen Situation als Asylbewerber müsse er aber auch gewisse Eingriffe in seine Freiheit erdulden, solange diese in gewissen Grenzen blieben (z.B. Zuteilung der Zimmer oder Festsetzung der Essenszeiten); ob eine hinreichende Intensität erreicht sei, müsse aufgrund der gesamten Umstände beurteilt werden. Das Bundesgericht hob in dieser Entscheidung das Sonderstatusverhältnis des Asylbewerbers und die spezielle Situation in einem Durchgangszentrum hervor, weshalb sich daraus, anders als von der Vorinstanz vorgebracht, keine besondere Strenge hinsichtlich des anzulegenden Massstabs ableiten lässt. Auch

das Bundesverwaltungsgericht stellt in seiner bisherigen Praxis zu Verfügungen über Realakte keine hohen Anforderungen an diese Voraussetzung (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-101/2011 vom 7. September 2011 E. 4.3; A-2482/2007 vom 26. Juni 2007 E. 2.3).

8.2 Zu prüfen ist folglich, wie es sich im hier zu beurteilenden Fall mit dem Berührtsein von Rechten und Pflichten verhält.

8.2.1 Anlass für die Beschwerde ist die nach Ansicht der Beschwerdeführer rechtswidrige Anwendung kernenergierechtlicher Erlasse, namentlich der Gefährdungsannahmenverordnung. Es geht also nicht um eine Handlung der Vorinstanz, die sich ebenso direkt auf die Beschwerdeführer auswirken würde, wie wenn sie selber die Beaufsichtigten wären. Jedoch kann sich ein Verhalten eines staatlichen Organs auch indirekt auswirken, indem Dritte davon betroffen sind, auch wenn dies nicht beabsichtigt ist (sog. Reflexwirkung, siehe Erwägung 8.1.1; vgl. auch MÜLLER, a.a.O., S. 352 ff.). Deshalb schliesst diese Konstellation ein Berührtsein in Rechten und Pflichten nicht von vornherein aus; das Argument der Vorinstanz, die Beschwerdeführer müssten in "eigenen" Rechten und Pflichten berührt sein, dringt deshalb nicht durch.

8.2.2 Die Beschwerdeführer als natürliche Personen sind Träger der Grundrechte Recht auf Leben, persönliche Freiheit und Eigentumsgarantie (statt vieler ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 289 ff., 369 und 612). Sodann ist die Vorinstanz als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes (Art. 1 Abs. 1 ENSIG) Adressatin dieser Grundrechte (vgl. statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 272). Bei der Beurteilung der hier interessierenden Rechtsfragen spielt es keine Rolle, ob die BKW allenfalls auch an die Grundrechte gebunden ist.

8.2.3 Der Schutzbereich des Rechts auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) umfasst das Verbot, gezielt oder in absehbarer Weise den Tod eines Menschen herbeizuführen. Über dieses Abwehrrecht hinaus ergibt sich aus dem Recht auf Leben auch eine Schutzpflicht des Staates, sofern das Leben von Menschen bedroht ist, wozu namentlich auch der Schutz vor Risiken der Zivilisation, z.B. durch technische Grossanlagen, gehört (vgl. zu diesen Schutzpflichten BGE 133 I 58 v.a. E. 6, 126 II 300 E. 5, 119 Ia 28 E. 2, je mit zahlreichen Hinweisen; eingehend auch JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 53 f. und PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein

Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002, v.a. S. 155 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen/Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 10 Rz. 10 f.).

Zum Schutzbereich der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) gehört die körperliche und geistige Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit. Wie aus dem Recht auf Leben lassen sich auch aus der persönlichen Freiheit Schutzpflichten ableiten; diese gehen umso weiter, je schwerwiegender die fragliche Beeinträchtigung der körperlichen und psychischen Integrität erscheint (eingehend MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 71 f. und 74 ff.; SCHWEIZER, a.a.O., Art. 10 Rz. 35 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

Bei der Ausnützung der Kernkraft handelt es sich um eine Technologie, die staatliche Schutzpflichten insbesondere mit Blick auf das Recht auf Leben auslöst, was auch die Vorinstanz anerkennt. Aufgrund des Gefährdungspotentials von KKW für das Leben, aber auch die Gesundheit, sind jedenfalls die Schutzbereiche des Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 BV betroffen. Ob auch der Schutzbereich der Eigentumsgarantie betroffen ist, kann deshalb vorliegend offen bleiben.

8.2.4 Zu prüfen bleibt, ob die Intensität der Betroffenheit der Schutzbereiche hinreichend ist. Um zu beurteilen, ob die Betroffenheit über einen nicht rechtsschutzwürdigen Bagatellbereich hinausgeht, ist zunächst auf die vom Gesetzgeber wahrgenommenen Schutzpflichten vor den Risiken der KKW einzugehen. Diese hat er durch den Erlass zahlreicher Sicherheitsvorgaben konkretisiert: Art. 1 KEG hält ausdrücklich fest, dieses Gesetz bezwecke insbesondere den Schutz von Mensch und Umwelt vor den Gefahren der friedlichen Nutzung der Kernenergie. In Art. 4 KEG ist das Vorsorgeprinzip statuiert; demnach sind alle Vorkehren zu treffen, die nach der Erfahrung und dem Stand von Wissenschaft und Technik notwendig sind (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KEG) resp. zu einer weiteren Verminderung der Gefährdung beitragen, soweit sie angemessen sind (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KEG). Daneben enthält das Kernenergiegesetz weitere Vorgaben, die in den dazugehörigen Verordnungen näher ausgeführt werden. Hierzu ist auch die Gefährdungsannahmenverordnung zu zählen, die sich auf Art. 8 der Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (KEV, SR 732.11) mit der Marginalie "Anforderungen an den Schutz gegen Störfälle" stützt.

Die Vorinstanz begründet, die Intensität des Grundrechtseingriffs genüge nicht, zumal auch nach Auffassung des Bundesgerichts eine staatliche Schutzpflicht keinen absoluten Schutz gegen jegliche Beeinträchtigung und sämtliche Risiken gewähre. Dies ergebe sich einerseits aus den faktisch begrenzten Mitteln des Staates, andererseits aber auch daraus, dass ein solch absoluter Schutz unweigerlich zum Verbot zahlreicher Tätigkeiten Dritter führen müsste, was in Konflikt zu deren ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten treten würde (BGE 126 II 300 E. 5b). In dieser Entscheidung ging es um den Schutz vor Schiesslärm am Liestaler Banntag. Das Vorbringen der Vorinstanz ist dahingehend zu ergänzen, als das Bundesgericht prüfte, ob die einschlägigen Lärmschutzvorschriften eingehalten waren und aus deren Einhaltung schloss, weitergehende Massnahmen seien nicht erforderlich, auch wenn damit nicht jegliches Risiko ausgeschlossen werden könne (BGE 126 II 300 E. 4 und E. 5c).

Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt in der hier zu beurteilenden Konstellation nicht: Anlass für das Gesuch um eine Verfügung über Realakte war das nach Auffassung der Beschwerdeführer erhöhte Risiko, das aufgrund der rechtswidrigen Umsetzung namentlich der Gefährdungsanahmenverordnung entstehe, da so die Notkühlung ungenügend abgesichert sei. Es geht also nicht darum, den Staat zum Erlass von Schutzpflichten aufzufordern und einen absoluten Schutz zu erlangen. Vielmehr geht es darum, die erlassenen Vorgaben einzuhalten resp. die Einhaltung dieser Vorgaben überprüfen zu lassen. Weil diese Regelungen auch dem Schutz von Mensch und Umwelt dienen (vgl. Art. 1 KEG), ist in einem Fall wie dem hier zu beurteilenden, in dem konkrete Anhaltspunkte für ein erhöhtes Risiko durch eine möglicherweise rechtswidrige Handhabung einer Rechtsgrundlage bestehen, die Schwelle vom Bagatellbereich zum rechtsschutzwürdigen Bereich überschritten. Die Intensität des Berührtseins von Art. 10 BV ist infolgedessen hinreichend.

8.2.5 Soweit die Vorinstanz argumentiert, die Beschwerdeführer seien nicht in Rechten und Pflichten berührt, da die Anforderungen der Strahlenschutzverordnung vom 22. Juni 1994 (StSV, SR 814.501) eingehalten seien, ist ihr nicht zu folgen, zumal diese Einschätzung das Ergebnis einer materiellen Überprüfung ist, was für das Eintreten nicht relevant ist.

8.3 Die Voraussetzung des Berührtseins in Rechten und Pflichten ist demzufolge erfüllt.

9.

Als letzte Voraussetzung ist die Zulässigkeit der Begehren zu nennen; Art. 25a Abs. 1 Bst. a–c VwVG listet diese auf (eingehend MÜLLER, a.a.O., S. 355 ff.). Die Begehren um Feststellung der Widerrechtlichkeit, um künftige Unterlassung und um Widerruf der bisherigen Kreditierungen bewegen sich im vorgesehenen Rahmen und sind somit zulässig; das Begehren um Wiederholung gewisser Kreditierungen ergibt sich als Folge einer allfälligen materiellen Guttheissung.

10.

Zusammenfassend kann folglich festgehalten werden, dass alle Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung über Realakte gemäss Art. 25a VwVG erfüllt sind. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht nicht auf das Gesuch eingetreten. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die Angelegenheit zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

11.

Abschliessend ist über die Kosten und die Parteientschädigung zu entscheiden.

11.1 Vorliegend hat die Vorinstanz trotz Unterliegens keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Den obsiegenden Beschwerdeführern ist der Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zurückzuerstatten.

11.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann einer obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten eine Parteientschädigung zugesprochen werden. Die Beschwerdeführer sind anwaltlich vertreten; der Aufwand beträgt gemäss ihren Angaben 61,5 Stunden sowie Barauslagen und Mehrwertsteuer in der Höhe von Fr. 380.80. Angesichts der relativ umfangreichen materiellen Ausführungen, die für die hier zu beurteilenden Rechtsfragen nicht relevant sind, ist dieser Aufwand zu kürzen. Gemäss Art. 10 Abs. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) beträgt der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.–. Vorliegend ist unter Berücksichtigung der Auslagen und der Mehrwertsteuer eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 12'380.80 angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Sache mit der Aufforderung zur materiellen Beurteilung des Gesuchs an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der von den Beschwerdeführern geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu haben die Beschwerdeführer dem Gericht ihre Kontonummer bekannt zu geben.

4.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 12'380.80 auszurichten (inkl. Auslagen und MwSt.).

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK zur Kenntnisnahme (A-Post)
- die BKW FMB Energie AG zur Kenntnisnahme (A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Nina Dajcar

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: