



svvor asdpo

Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
www.svvor.ch

Association suisse du droit public de l'organisation
www.asdpo.ch

Jahrbuch
2015

Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht

Annuaire
2015

Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique



Stämpfli Verlag

Die Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR) legt den zehnten Band ihrer Jahrbuchreihe vor. Mit der in den Vorjahren begründeten Tradition bezweckt sie auch in diesem Jahr, den raschen Wandel des Verwaltungsorganisationsrechts wissenschaftlich zu begleiten und Fragen zu den dogmatischen und praktischen Entwicklungen in den Bereichen Verwaltungsorganisationsrecht, öffentliches Dienstrecht und Staatshaftungsrecht darzustellen und zu erörtern. Das Jahrbuch gliedert sich in drei Teile: Der erste Teil setzt sich aus aktuellen wissenschaftlichen Beiträgen von ausgewiesenen SpezialistInnen zusammen, die sich nicht nur mit den Schwerpunktthemen Gesundheit am Arbeitsplatz und parlamentarische Oberaufsicht über unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörden befassen, sondern auch weitere Themen wie etwa die Kosten- und Entschädigungsfolgen eines vorzeitigen Ausstiegs aus der Atomenergie behandeln. Der zweite Teil legt die Gerichts- und Verwaltungspraxis des Bundes und der Kantone konzipiert dar, was den Interessierten einen schnellen Zugriff auf die neueste Rechtsprechung ermöglicht. Im dritten Teil werden schliesslich die gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrechts auf Bundes- und Kantonsebene aufgezeigt.

L'Association suisse du droit public de l'organisation (ASDPO) présente ici la dixième édition de son Annuaire. Les buts traditionnellement poursuivis n'ont pas changé depuis des années : il s'agit d'apporter l'éclairage des milieux universitaires sur les changements parfois abrupts qui frappent le droit public de l'organisation, mais également de présenter, de documenter et d'étudier scientifiquement des questions touchant aux développements théoriques et pratiques dans les domaines du droit public de l'organisation, du droit de la fonction publique et du droit de la responsabilité des collectivités publiques. L'annuaire se divise en trois parties. La première rassemble des contributions scientifiques inédites rédigées par des spécialistes reconnus qui ne se préoccupent pas seulement de ces deux thèmes centraux que sont la santé au travail et la haute surveillance des parlements sur les organes indépendants de surveillance et de régulation, mais qui abordent également d'autres sujets tels que les coûts et les indemnités liés à un abandon prématuré de l'énergie nucléaire. La deuxième partie présente de manière concise la pratique des tribunaux et de l'administration, ce qui permet au lecteur d'accéder très facilement aux jurisprudences les plus récentes. La troisième et dernière partie de son côté répertorie les activités législatives de la Confédération et des cantons dans le domaine de l'organisation gouvernementale et administrative.

**Verwaltungsorganisationsrecht –
Staatshaftungsrecht –
öffentliches Dienstrecht**

**Droit public de l'organisation –
responsabilité des collectivités
publiques – fonction publique**

Prof. Dr. iur. Peter Hänni und
Ass.-Prof. Dr. iur. Andreas Stöckli
(Herausgeber)

**Jahrbuch / Annuaire
2015**



Stämpfli Verlag
Stämpfli Editions

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016
© Stämpfli Editions SA Berne · 2016

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie www.staempflieditions.com.

ISBN E-Book 978-3-7272-5953-1
ISBN Print 978-3-7272-8959-0
ISBN Judocu 978-3-0354-1339-7

Vorwort

Die Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR) bezweckt mit der Publikation ihrer Jahrbücher, den anhaltenden Wandel des Verwaltungsorganisationsrechts wissenschaftlich zu begleiten und Fragen zu den dogmatischen und praktischen Entwicklungen auf den Gebieten des Verwaltungsorganisationsrechts, des öffentlichen Dienstrechts sowie des Staatshaftungsrechts darzustellen, zu dokumentieren und wissenschaftlich zu erörtern.

Der vorliegende zehnte Band setzt im ersten, wissenschaftlichen Teil zwei Schwerpunkte: Er beinhaltet zunächst einmal die schriftlichen und überarbeiteten Fassungen zweier Vorträge, die anlässlich der wissenschaftlichen Tagung vom Herbst 2015 zum Thema Gesundheit am Arbeitsplatz gehalten worden sind. Ursula Marti setzt sich mit dem Gesundheitsschutz durch den Arbeitgeber im Kanton Genf auseinander, während Hans-Ulrich Zürcher in allgemeiner Weise die Fürsorgepflicht des öffentlichen Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Erkrankung von Mitarbeitenden unter die Lupe nimmt. Damit wird sichergestellt, dass ein Teil der anlässlich der erwähnten SVVOR-Tagung vorgetragenen Überlegungen einem weiteren Publikum zugänglich gemacht werden kann. Ein zweiter Schwerpunkt liegt auf dem Gebiet der parlamentarischen Oberaufsicht über unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörden – eine Thematik, die sowohl die Bundesbehörden als auch die Lehre in der jüngsten Vergangenheit beschäftigt hat. Die Rechtsgutachten von Giovanni Biaggini und Felix Uhlmann beleuchten dieses Thema mit Blick auf zwei unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörden, das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) einerseits und die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) andererseits.

Neben diesen beiden thematischen Schwerpunkten enthält der erste Teil eine Vielfalt an weiteren wissenschaftlichen Beiträgen: Enrico Riva und Reto Patrick Müller beschäftigen sich in grundlegender Weise mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen eines vorzeitigen Ausstiegs aus der Atomenergie. Thomas Gächter und Maya Geckeler Hunziker gehen der Frage nach, ob eine Versicherungspflicht in der beruflichen Vorsorge für Entschädigungen aus einem Parlamentsmandat besteht. Matthias Koller bespricht das wegweisende Bundesgerichtsurteil vom 1. Dezember 2015, in welchem das Gericht zum Schluss gekommen ist, dass der Primarlehrberuf einen frauenspezifischen Beruf darstellt. Weitere Beiträge von Matthias Kradolfer über die Zusammenarbeit von Medizinischen Abklärungsstellen und Invalidenversicherung und von Andreas Stöckli zur umstrittenen Frage, ob das Messwesen im Bereich der elektrischen Energie eine den Verteilnetzbetreibern vorbehaltene Tätigkeit darstellt, runden den ersten wissenschaftlichen Teil ab.

Der anschliessende zweite Teil dokumentiert die Gerichts- und Verwaltungspraxis im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts, des Staatshaf-

tungsrechts sowie des öffentlichen Dienstrechts. Im dritten Teil werden schliesslich die neuesten gesetzgeberischen Entwicklungen auf Bundes- und Kantonebene zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht dargelegt.

Das diesjährige Jahrbuch behält die bewährte Struktur der vergangenen Jahre bei. Wie üblich kommen ausgewiesene Spezialistinnen und Spezialisten der genannten Rechtsgebiete zu Wort, indem sie Antworten auf umstrittene juristische Fragen liefern. Die SVVOR ist überzeugt, mit diesem Jahrbuch eine Lücke zu schliessen, vor allem auch aufgrund der Aktualität der Beiträge und der Kompaktheit ihrer Präsentation. Wissenschaftlichkeit und Praxisbezug gewährleisten den für die Leserinnen und Leser angestrebten Mehrwert.

An dieser Stelle gebührt allen Autorinnen und Autoren unser herzlicher Dank für ihren grossen Einsatz, mit dem die Herausgabe dieses Werkes überhaupt möglich geworden ist. Gleiches gilt für die Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, die das Jahrbuch finanziell unterstützt. Für Übersetzungsarbeiten haben wir weiter Nicolas Schmitt herzlich zu danken. Ferner geht unser Dank auch an unseren Partner, die Stämpfli Verlag AG Bern, mit der uns eine sehr enge und angenehme Zusammenarbeit verbindet.

Schliesslich ist einmal mehr der unermüdliche Einsatz von Frau Riccarda Melchior hervorzuheben, die nicht nur für die termingerechte Herausgabe und die Koordination verantwortlich zeichnete, sondern die Beiträge auch in eine drucktechnisch einwandfreie Form gebracht hat.

Freiburg und Basel, im Mai 2016

Peter Hänni, Andreas Stöckli

Avant-propos

En publiant ses annuaires, l'Association suisse du droit public de l'organisation (ASDPO) s'est fixé pour objectif d'accompagner scientifiquement les mutations constantes du droit de l'organisation administrative et de présenter – en les enrichissant d'une documentation assortie de commentaires critiques – un certain nombre de questions touchant aux développements théoriques et pratiques dans les domaines du droit de l'organisation administrative, du droit de la fonction publique et de la responsabilité de l'Etat.

Cette dixième édition de l'annuaire s'ouvre sur une première partie – scientifique – comportant deux points forts, tout d'abord les versions revues et augmentées de deux conférences présentées à l'occasion du colloque scientifique d'octobre 2015 sur le thème de la santé au travail. Ursula Marti s'attache à la protection de la santé par l'employeur dans le canton de Genève, alors que Hans-Ulrich Zürcher examine à la loupe l'obligation générale de prévoyance des employeurs publics en cas de maladie des collaborateurs. Cela permet de s'assurer qu'une intéressante partie des réflexions exprimées lors du dernier colloque scientifique de l'ASDPO est accessible à un large public. Le second point fort concerne le domaine de la haute surveillance du Parlement sur les autorités indépendantes de réglementation et de surveillance – une thématique qui a suscité ces derniers temps l'intérêt des autorités fédérales comme de la doctrine. Les avis de droit de Giovanni Biaggini et Felix Uhlmann éclairent cette question en prenant pour exemple deux de ces autorités, l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN) d'un côté et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) de l'autre.

Mais en plus de ces deux points forts thématiques, la première partie comprend plusieurs autres communications scientifiques : Enrico Riva et Reto Patrick Müller approfondissent la question des coûts et des indemnités liés à un abandon précoce de l'énergie nucléaire. Thomas Gächter et Maya Geckeler Hunziker se sont quant à eux posé la question de savoir s'il existe une obligation d'assurance au titre de la prévoyance professionnelle pour les indemnités reçues par les titulaires d'un mandat parlementaire. Matthias Koller détaille l'arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral le 1^{er} décembre 2015, dans lequel la Haute cour est arrivée à la conclusion que la profession de maîtresse d'école primaire est spécifiquement féminine. Deux autres contributions signées respectivement Matthias Kradolfer sur la collaboration entre médecins-conseils et assurance-invalidité, et Andreas Stöckli sur la question contestée de savoir si la mensuration dans le domaine de l'énergie électrique représente une des activités réservées aux gestionnaires de réseaux de distribution, viennent clore cette première partie scientifique.

La deuxième partie de son côté présente une documentation relative à la pratique des tribunaux et de l'administration dans le domaine du droit administratif de l'organisation, de la responsabilité de l'Etat et du service public.

Quant à la troisième et dernière partie, elle répertorie les derniers développements de la législation fédérale et cantonale touchant le droit de l'organisation publique et administrative.

L'annuaire publié cette année conserve la structure éprouvée des années précédentes. Comme à l'accoutumée, des spécialistes renommés des domaines juridiques étudiés prennent la plume pour éclairer des points de droit controversés. L'ASDPO est convaincue que cet annuaire permet de combler une lacune, notamment grâce à l'actualité des contributions et à leur concision. La rigueur scientifique de l'annuaire et son côté pratique représentent une véritable plus-value pour ses lecteurs et lectrices.

C'est une agréable tâche que de remercier ici très sincèrement tous les auteurs dont l'engagement a permis la publication de cet ouvrage. Il en va de même pour l'Association suisse du droit public de l'organisation, qui a apporté son soutien financier. Un grand merci à Nicolas Schmitt pour ses précieux travaux de traduction. Nos remerciements s'adressent également à notre partenaire, les Editions Stämpfli SA à Berne, avec lesquelles nous avons le plaisir de poursuivre une collaboration aussi étroite qu'agréable.

Pour conclure, il convient une fois de plus de saluer à sa juste valeur l'inlassable dévouement de Mme Riccarda Melchior, qui ne s'est pas seulement chargée de la coordination et du respect des délais, mais qui a également assuré la mise au propre définitive des textes en vue de leur publication.

Fribourg et Bâle, mai 2016

Peter Hänni, Andreas Stöckli

Inhaltsverzeichnis

Table des matières

1. Teil / 1^{ère} Partie

Wissenschaftliche Beiträge und Expertisen / Contributions scientifiques et expertises

I. Verwaltungsorganisationsrecht / Droit public de l'organisation

1. Parlamentarische Oberaufsicht über unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörden / Haute surveillance parlementaire sur les autorités de régulation et de surveillance indépendantes

Einleitung 3

GIOVANNI BIAGGINI

Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht bei verselbstständigten Aufsichtsbehörden – am Beispiel des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)
Rechtsgutachten im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates) 7

FELIX UHLMANN

Oberaufsicht über die eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) – Gutachten zu Handen der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK) 73

2. Weitere Beiträge / Autres contributions

MATTHIAS KRADOLFER

Zusammenarbeit von Medizinischen Abklärungsstellen und Invalidenversicherung 109

ANDREAS STÖCKLI

Messwesen im Bereich der elektrischen Energie – geschlossener oder offener Markt? 159

IX

II. Staatshaftungsrecht / Droit de la responsabilité des collectivités publiques

ENRICO RIVA UND RETO PATRICK MÜLLER

Kosten eines vorzeitigen Ausstiegs aus der Atomenergie – Überlegungen im Spannungsfeld zwischen Kernenergie- und Entschädigungsrecht	211
--	-----

III. Öffentliches Dienstrecht / Fonction publique

1. Gesundheit am Arbeitsplatz / Travail et santé

URSULA MARTI

Protection de l'employé-e par l'employeur : l'exemple du canton de Genève.....	257
---	-----

HANS-ULRICH ZÜRCHER

Krankheit und Unfall im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis: Schlaglichter auf Arbeitgeberpflichten und Hinweise zu freiwilligen Massnahmen	277
--	-----

2. Weitere Beiträge / Autres contributions

THOMAS GÄCHTER UND MAYA GECKELER HUNZIKER

Versicherungspflicht in der beruflichen Vorsorge für Entschädi- gungen aus einem Parlamentsmandat?	291
---	-----

MATTHIAS KOLLER

Primarlehrberuf als frauenspezifischer Beruf – Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2015.....	305
--	-----

2. Teil / 2^{ème} Partie

Rechtsprechung / Jurisprudence

I. Verwaltungsorganisationsrecht / Droit public de l'organisation

PETER HÄNNI UND ANDREAS STÖCKLI

Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte La jurisprudence du tribunal fédéral, du tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux.....	315
---	-----

II. Staatshaftungsrecht / Droit de la responsabilité des collectivités publiques

PETER HÄNNI UND ANDREAS STÖCKLI

Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte La jurisprudence du tribunal fédéral, du tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux.....	323
---	-----

III. Öffentliches Dienstrecht / Fonction publique

PETER HÄNNI UND ANDREAS STÖCKLI

Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte La jurisprudence du tribunal fédéral, du tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux.....	337
---	-----

3. Teil / 3^{ème} Partie

Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts / Développement de la législation dans le domaine du droit public de l'organisation

THOMAS SÄGESSER

Entwicklungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht des Bundes für das Jahr 2015	447
---	-----

ANDREAS STÖCKLI UND MYRIAM DANNACHER

Ausgewählte Entwicklungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht der Kantone im Jahr 2015	501
---	-----

Autorenverzeichnis

Liste des auteurs

GIOVANNI BIAGGINI

Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europa-recht, Universität Zürich

MYRIAM DANNACHER

BLaw, Hilfsassistentin an der Universität Basel

THOMAS GÄCHTER

Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialver-sicherungsrecht, Universität Zürich

MAYA GECKELER HUNZIKER

Dr. iur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich

PETER HÄNNI

Prof. Dr. iur., Professor für Staats- und Verwaltungsrecht, Uni-versität Freiburg

MATTHIAS KOLLER

MLaw, Volontär Dufour Advokatur Notariat, Basel

MATTHIAS KRADOLFER

Dr. iur., Rechtsanwalt

URSULA MARTI

Dr. iur., Fürsprecherin, Juriste à l'Office du personnel de l'Etat de Genève

RETO PATRICK MÜLLER

Dr. iur., Lehrbeauftragter für Sicherheits- und Polizeirecht, Uni-versität Basel

ENRICO RIVA

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für öffentliches Recht, Universität Basel, Advokaturbüro Krneta, Bern

THOMAS SÄGESSER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zug

ANDREAS STÖCKLI

Ass.-Prof. Dr. iur., Assistenzprofessor für Öffentliches Recht,
insb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, Universität Basel

FELIX UHLMANN

Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Universität Zürich

HANS-ULRICH ZÜRCHER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern

1. Teil / 1^{ère} Partie

Wissenschaftliche Beiträge und Expertisen / Contributions scientifiques et expertises

I. Verwaltungsorganisationsrecht/ Droit public de l'organisation

1. Parlamentarische Oberaufsicht über unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörden / Haute surveillance parlementaire sur les autorités de régulation et de surveillance indépendantes

Einleitung

Zwei Rechtsgutachten von
Prof. GIOVANNI BIAGGINI und Prof. FELIX UHLMANN

Regulierungs- und Aufsichtsbehörden, die gegenüber der Regierung über eine gewisse Autonomie verfügen, sind in der Schweiz kein unbekanntes Phänomen: Der Prototyp der regierungsunabhängigen Aufsichtsbehörde stellte die 1934 geschaffene Eidgenössische Bankenkommission (EBK) dar, die den Bankensektor zu beaufsichtigen hatte. Sie wurde durch die 2009 geschaffene Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) abgelöst. Seit einigen Jahren sind weitere unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörden wie Pilze aus dem Boden geschossen: Zu nennen sind beispielhaft die Wettbewerbskommission (WEKO; seit 1995)¹, die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom; seit 1997), das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic; seit 2002), die Elektrizitätskommission (ElCom; seit 2007), die Revisionsaufsichtsbehörde (RAB; seit 2007), das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI; seit 2009) und die Postkommission (PostCom; seit 2012)². Zurückzuführen ist diese Entwicklung auf neue Regulierungsbedürfnisse in Folge der Liberalisierung von Wirtschaftsbereichen (so etwa der Netzwirtschaften Telekommunikation, Elektrizität, Post), auf völkerrechtliche Vorgaben (so etwa im Bereich der Nuklearaufsicht) und auf Bestrebungen zur Reformierung der Verwaltung, indem vermehrt Verwaltungsaufgaben aus der Zentralverwaltung ausgelagert werden. Die Unabhängigkeit der Regulierungs- und Aufsichtsbehörden ist dabei vielfach Folge der Mehrfachrolle des Bundes in den zu regulierenden und zu beaufsichtigenden Sektoren³.

Da die angesprochenen unabhängigen Aufsichts- und Regulierungsbehörden öffentliche Aufgaben des Bundes wahrnehmen, muss verhindert werden, dass sie vollständig der Einflussnahme und der Kontrolle durch die Bundesbehörden entgleiten. Aus Gründen der Wahrnehmung und Geltendmachung demokratischer Verantwortlichkeit ist es erforderlich, dass sie – unter Wahrung der notwendigen Unabhängigkeit – einer Aufsicht durch den Bundesrat und die Bundesversammlung unterliegen. So sieht denn Art. 187 Abs. 1 lit. a BV vor, dass der Bundesrat die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes zu beaufsichtigen hat, und Art. 169

¹ Die Vorgängerin der WEKO war die Kartellkommission, die seit 1964 bestand.

² Die Vorgängerin der PostCom war die Postregulierungsbehörde (PostReg), die seit 2004 bestand.

³ Vgl. zum Ganzen GIOVANNI BIAGGINI, Unabhängige Regulierungsbehörden – aus schweizerischer Sicht, in: Johannes Masing/Gérard Marcou, Unabhängige Regulierungsbehörden, Organisationsrechtliche Herausforderungen in Frankreich und Deutschland, Tübingen 2010, S. 379–396; FABRIZIO GILARDI/MARTINO MAGETTI/FABIO SERVALLI, Regulierungsbehörden in der Schweiz, in: Andreas Ladner et al. (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013, S. 199–217.

Abs. 1 BV hält fest, dass die Bundesversammlung die Oberaufsicht über den Bundesrat und die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes wahrnimmt.

Seit mehreren Jahren wird sowohl bei den Bundesbehörden als auch in der Lehre die Frage intensiv diskutiert, wie verselbstständigte Verwaltungseinheiten, worunter auch die unabhängigen Regulierungs- und Aufsichtsbehörden fallen, zu steuern und zu beaufsichtigen sind⁴. Im Dezember 2010 hat die Bundesversammlung mit dem Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten, das Änderungen verschiedener Bundesgesetze (namentlich Parlamentsgesetz, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, Finanzkontrollgesetz) mit sich brachte, die Oberaufsicht über verselbstständigte Einheiten auf eine modifizierte Grundlage gestellt⁵. Von dieser Gesetzgebung sind allerdings nur die rechtlich selbstständigen Regulierungs- und Aufsichtsbehörden betroffen, nicht aber auch die als Behördenkommissionen organisierten Behörden – eine Lücke, die es zu schliessen gilt. Weiter ist zu erwähnen, dass die Geschäftsprüfungskommission des Ständerats im Jahr 2015 auf der Grundlage einer Untersuchung der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle einen Bericht über die Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden veröffentlicht hat, in welchem auf Schwachstellen in der Gesetzgebung hingewiesen wird⁶.

⁴ Vgl. etwa Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13.9.2006, BBl 2006, S. 8233–8304; ANDREAS LIENHARD, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Jahrbuch SVVOR 2008, Bern 2009, S. 43–77; DERS., Steuerung und Kontrolle ausgelagerter Verwaltungsträger durch das Parlament, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 2008/3, S. 5–12; VINCENT MARTENET, Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Genf/Zürich/Basel, 2011, S. 183–224; GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbstständigte Träger von Bundesaufgaben, ZBl 111 (2010), S. 649–669; ETIENNE POLTIER, La surveillance des entités décentralisées, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), Surveillance et contrôles de l'administration, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 67–109.

⁵ AS 2011 5859; Parlamentarische Initiative, Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten, Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29.3.2010, BBl 2010, S. 3377–3408.

⁶ Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats vom 6.10.2015, BBl 2016, S. 1711–1722; Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats vom 2.2.2015, BBl 2016, S. 1723–1762; Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats vom 6.10.2015 betreffend die Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Stellungnahme des Bundesrats vom 18.12.2015, BBl 2016, S. 1763–1772. Grundlage der Arbeiten der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats und der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle bildete die Normanalyse von ANDREAS LIENHARD/URS BOLZ/DAVID WÜEST-RUDIN, Evaluation zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Aufsichts- und Regulierungsbehörden, Bern 2015. Vgl. zum Ganzen auch FELIX STREBEL, Kompensation von gesetzgeberischen Lücken bei der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden, LeGes 2015/3, S. 587–599.

Vor diesem Hintergrund freut sich der Vorstand der SVVOR darüber, zwei Rechtsgutachten in diesem Jahrbuch publizieren zu dürfen, die sich eingehend mit der parlamentarischen Oberaufsicht über zwei unabhängige Regulierungs- und Aufsichtsbehörden, das ENSI einerseits und die FINMA andererseits, beschäftigen. Die beiden Rechtsgutachten der Prof. GIOVANNI BIAGGINI und Prof. FELIX UHLMANN wurden im Jahr 2013 im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und Nationalrats erstellt und seither nur noch geringfügig aktualisiert⁷.

⁷ Die Gutachten sind seit geraumer Zeit auch auf der Internetseite der Bundesversammlung zu finden: <http://www.parlament.ch> > Organe > Kommissionen > Aufsichtskommissionen > Geschäftsprüfungskommissionen > Grundlagenpapiere (besucht am 22.3.2016).

Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht bei verselbstständigten Aufsichtsbehörden – am Beispiel des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)

Rechtsgutachten im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates)*

GIOVANNI BIAGGINI

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitende Bemerkungen.....	9
1.	Ausgangslage.....	9
2.	Auftrag und Fragestellung.....	9
3.	Hinweise zum Vorgehen.....	11
II.	Akteure im Bereich der Nuklearaufsicht.....	12
1.	Träger von Aufgaben des Bundes gemäss Art. 169 BV (zu Frage a).....	12
2.	Aufgaben und Kompetenzen der Akteure im Bereich der Nuklearaufsicht (zu Frage b).....	15
a.	Überblick.....	15
b.	Insbesondere: Aufgaben und Stellung des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)	16
III.	Möglichkeiten und Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht: allgemeine Bemerkungen.....	22
1.	Rechtliche Grundlagen der parlamentarischen Oberaufsicht.....	22
2.	Merkmale der parlamentarischen Oberaufsicht im Allgemeinen.....	23
3.	Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht im Allgemeinen.....	26
4.	Wenig geklärte Tragweite der parlamentarischen Oberaufsicht bei verselbstständigten Aufsichtsbehörden.....	28
a.	Gesetzgebung.....	28
b.	Aufgabenumschreibungen in der GPK-Praxis.....	29
c.	Corporate-Governance-Bericht und Folgearbeiten.....	30

* Das im August 2013 abgeschlossene Rechtsgutachten wurde für die Veröffentlichung redaktionell leicht bearbeitet und punktuell um seither erschienene Literatur ergänzt. Die einschlägigen Rechtsnormen sind unverändert geblieben.

d.	Geringer Nutzen der Rechtsvergleichung.....	31
e.	Ähnlichkeiten mit der parlamentarischen Oberauf- sicht über die Justiz.....	32
5.	Zum Vergleich: die parlamentarische Oberaufsicht gegen- über den richterlichen Behörden des Bundes	33
6.	Aufsicht des Bundesrates über ausgelagerte Aufsichtsbe- hörden.....	34
IV.	Einzelfragen.....	37
1.	Einleitende Bemerkungen: Aufgaben und Kompetenzen der Geschäftsprüfungskommissionen im Allgemeinen.....	37
2.	Oberaufsicht über das UVEK (in Bezug auf ENSI/ENSI- Rat) – zugleich zur Tragweite des «Mühleberg»-Urteils (zu Frage c)	38
3.	Oberaufsicht über ENSI und ENSI-Rat (zu Frage d)	43
a.	Berücksichtigung der besonderen Stellung des ENSI	43
b.	Berücksichtigung der Aufgaben anderer Behörden....	44
c.	Hinweise zu Einzelfragen	45
4.	Oberaufsicht über andere Institutionen im Bereich der Nuklearsicherheit (zu Frage e)	46
a.	KNS	46
b.	NAGRA	48
5.	Informationsrechte der GPK gegenüber dem ENSI (zu Frage f).....	50
a.	Adressaten von Informationsbegehren	50
b.	Schranken der Informationsrechte	52
6.	Die «verantwortliche politische Behörde» gemäss Art. 158 ParlG (zu Frage g).....	53
a.	Zur Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung	53
b.	Zur praktischen Tragweite der Gesetzesbestimmung.	55
c.	Die Praxis zu Art. 158 ParlG als mögliche Orientie- rungshilfe	57
7.	«Anbindung» der Oberaufsicht an die (Aufsichts-) Kompe- tenzen des Bundesrats? (zu Frage h)	58
a.	Verfassungsebene	58
b.	Gesetzesebene und weitere Konkretisierungen	60
c.	Hinweise zur Tragweite des Befunds	60
8.	Träger des Rechts auf Stellungnahme gemäss Art. 157 ParlG (zu Frage i).....	62
V.	Abschliessende Bemerkungen	63
	Anhang	65
	Abkürzungen	65
	Literatur (Auswahl).....	67
	Materialien und Gerichtsurteile.....	69

I. Einleitende Bemerkungen

1. Ausgangslage

Die Ausgangslage stellt sich gemäss Angaben der Auftraggeberschaft wie folgt dar.

«In der Praxis der GPK stellen sich immer wieder Fragen, wie weit die parlamentarische Oberaufsicht über die verselbständigten Einheiten des Bundes geht. In der jüngeren Vergangenheit wie auch aktuell steht vor allem die parlamentarische Oberaufsicht über die FINMA und das ENSI im Vordergrund.

Erste allgemeine Antworten zu diesen Fragen erfolgten im Rechtsgutachten von Prof. Dr. Georg Müller und PD Dr. Stefan Vogel («Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben vom 7. Dezember 2009»).

Die GPK bezwecken mit dem folgenden Auftrag, die Tragweite der parlamentarischen Oberaufsicht über die FINMA und das ENSI rechtlich vertieft abklären zu lassen. Dabei sind sowohl die für beide Institutionen geltenden Grundsätze wie auch deren spezifischen Rechtsgrundlagen und ihre Konsequenzen für die parlamentarische Oberaufsicht zu analysieren und darzulegen. Die praktischen Auswirkungen sind für die GPK ebenfalls von Belang.

Die Gutachter koordinieren sich im Bereich der für beide Institutionen geltenden Grundsätze und teilen sich die spezifische Erörterung der Rechtslage für die FINMA und das ENSI auf.»

2. Auftrag und Fragestellung

Der Gutachter hat es übernommen, zu folgenden Fragen betreffend das ENSI Stellung zu nehmen:

«Diverse Aufsichtseingaben wurden im Bereich der Nuklearsicherheit bei der GPK eingereicht. Dabei ging es unter anderem um die Aufteilung der Aufgaben und Kompetenzen zwischen dem ENSI und dem UVEK, um die Unabhängigkeit der diversen Institutionen, um eine mangelnde Transparenz der Verfahren und Lücken in der Kommunikation.

Die Klärung der Frage der Kompetenzen der GPK in diesem Bereich ist Voraussetzung für die Behandlung von Eingaben und das Durchführen einer allfälligen Inspektion. Mit dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes vom 1. März 2012 zur Befristung der zeitlich unbeschränkten Betriebsbewilligung des AKW Mühleberg (A-667/2010, zur Zeit des

Abschlusses des vorliegenden Vertrages noch hängig vor dem Bundesgericht) wurde absehbar, dass sich der diesbezügliche Bundesgerichtsentscheid auf die Aufteilung der Aufgaben und Kompetenzen zwischen dem UVEK und dem ENSI und somit allenfalls auf den Kompetenzbereich der Oberaufsicht durch die GPK auswirken könnte. Vor diesem Hintergrund sind folgende Fragen zu beantworten:

- a) Welche Institutionen im Bereich der Nuklearsicherheit sind Träger von Aufgaben des Bundes gemäss Art. 169 BV?
- b) Wie sind die Aufgaben und Kompetenzen der diversen Akteure untereinander aufgeteilt (Bundesrat, UVEK; ENSI, ENSI-Rat, NAGRA, KNS, Atomkraftwerkbetreiber, ev. weitere)? (kurzer Überblick).
- c) Tragweite der durch die GPK ausgeübten Oberaufsicht über das UVEK in Bezug auf das ENSI und den ENSI-Rat: Was sind die diesbezüglichen Aufgaben und Kompetenzen der GPK, welches sind deren Grenzen?
- d) Tragweite der durch die GPK direkt ausgeübten Oberaufsicht über das Eidgenössische Nuklearinstitut (ENSI) und den ENSI-Rat: Was sind die diesbezüglichen Aufgaben und Kompetenzen der GPK, welches sind deren Grenzen?
- e) Tragweite der durch die GPK ausgeübten Oberaufsicht über andere Institutionen im Bereich der Nuklearsicherheit [wie die Nationale Genossenschaft für die Lagerung radioaktiver Abfälle (NAGRA) und die Eidgenössische Kommission für nukleare Sicherheit (KNS)]: Was sind die diesbezüglichen Aufgaben und Kompetenzen der GPK, welches sind deren Grenzen?
- f) Gelten die Informationsrechte der GPK (Art. 153 Abs. 1 und 6 ParlG) auf allen Hierarchiestufen des ENSI? Gilt dies ohne Einschränkungen?
- g) Welches ist die für die GPK verantwortliche politische Behörde gemäss Art. 158 ParlG allgemein für die ausgelagerten Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht (gemäss Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates) und insbesondere für das ENSI und den ENSI-Rat?
- h) Ist die parlamentarische Oberaufsicht vor dem Hintergrund von Art. 169 BV und Art. 26, 52, 153ff. ParlG (unter Berücksichtigung der Materialien zu diesen Bestimmungen) allgemein bezüglich ausgelagerten Einheiten und konkret im Fall des ENSI abschliessend an die Kompetenzen des Bundesrats gegenüber diesen Einheiten gebunden oder bestehen seitens der GPK weitergehende Kompetenzen?
- i) Gilt das Recht auf Stellungnahme des Artikels 157 ParlG im Falle des ENSI und des ENSI-Rates auch für den Bundesrat?

Bei der Beantwortung dieser Fragen sind insbesondere folgende Grundlagen zu berücksichtigen:

- Art. 169 BV und Art. 26 und 52 sowie Art. 153 folgende des ParlG sowie die Materialien dazu.
- Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben vom 13. September 2006 (Corporate-Governance-Bericht, 06.072, BBl 2006 8233), Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13. September 2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates, Zusatzbericht des Bundesrates zum Corporate-Governance-Bericht Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrates vom 25. März 2009.
- Bericht vom 29. März 2010 der Finanzkommission des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative 07.494 Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten (BBl 2010 3377), der Mitbericht der GPK zum Bericht der Finanzkommission zur Parlamentarischen Initiative 07.494 vom 22.01.2010, sowie weitere relevante damit im Zusammenhang stehende Dokumente.
- Urteil A-667/2010 des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. März 2012 und Bundesgerichtsentscheid vom 28. März 2013.

Der Auftrag wird in zwei Rechtsgutachten umgesetzt, wobei Prof. Biagini die Fragen zum ENSI und Prof. Uhlmann die Fragen zur FINMA behandelt.»

3. Hinweise zum Vorgehen

Vereinbarungsgemäss befasst sich das vorliegende Gutachten schwerge-
wichtig mit der Oberaufsicht über das ENSI. Wie im parallel entstandenen
Gutachten von Prof. Dr. Felix Uhlmann (mit Schwerpunkt FINMA) werden
auch hier verschiedene allgemeine Fragen der Oberaufsicht angeschnitten¹;
dies geschieht in geraffter Form und ohne ausführende Belege, da zur
«Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbstständigte Träger von
Bundesaufgaben» das einleitend erwähnte Gutachten *Müller/Vogel* vorliegt.

In Praxis und Lehre wird im hier interessierenden Zusammenhang ver-
schiedentlich zwischen «direkter» und «indirekter» Oberaufsicht unter-
schieden. Es handelt sich dabei nicht um verfassungsrechtlich oder gesetzlich klar
definierte Vorgaben, sondern um Bezeichnungen, die gewisse konzeptionel-
le Vorstellungen betreffend Tragweite und Ausübung der Oberaufsicht auf
einen kurzen begrifflichen Nenner bringen sollen. Bei der Ermittlung der
Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht in einem be-
stimmten Rechtsbereich (hier: Nuklearaufsicht) können diese konzeptionel-

¹ Die beiden Gutachter haben sich über allgemeine Fragestellungen ausgetauscht. – Das Gutachten von Prof. Felix Uhlmann ist in diesem Jahrbuch, S. 73ff., abgedruckt.

len Vorstellungen nützliche Dienste leisten. Entscheidend ist am Ende jedoch, was sich aus den Vorschriften des positiven Rechts ergibt. In den Materialien zum ENSIG findet sich die Unterscheidung von «direkter» und «indirekter» Oberaufsicht soweit ersichtlich nicht.² Auch im vorliegenden Gutachten wird diese begriffliche Unterscheidung keine zentrale Rolle spielen.

In den Gutachterfragen wird gelegentlich zwischen «ENSI» und «ENSI-Rat» unterschieden. Aus organisationsrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass es sich beim ENSI-Rat um eines der drei im Gesetz genannten ENSI-Organe handelt (Art. 5 ENSIG), genauer um «das strategische und das interne Aufsichtsorgan des ENSI» (so Art. 6 Abs. 1 ENSIG), d.h. um einen *Teil* des ENSI (vgl. auch Ziffer II.2.b). Soweit sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt, wird der Begriff «ENSI» im Folgenden jeweils als Bezeichnung für die Aufsichtsbehörde als ganze (d.h. inkl. ENSI-Rat) verwendet, während vom ENSI-Rat die Rede ist, wenn es allein um das Organ an der Spitze der Nuklearaufsichtsbehörde geht.

II. Akteure im Bereich der Nuklearaufsicht

1. Träger von Aufgaben des Bundes gemäss Art. 169 BV (zu Frage a)

Frage a): Welche Institutionen im Bereich der Nuklearsicherheit sind Träger von Aufgaben des Bundes gemäss Art. 169 BV?

Der parlamentarischen Oberaufsicht unterstehen gemäss der allgemeinen Umschreibung in Art. 169 Abs. 1 BV:

- der Bundesrat und die Bundesverwaltung,
- die eidgenössischen Gerichte und
- die anderen Träger von Aufgaben des Bundes.

Es bedarf keiner langen Erläuterung, dass sowohl der *Bundesrat* als auch das *UVEK* (als zuständiges Fachdepartement) im hier interessierenden Bereich Aufgaben des Bundes erfüllen³ und dabei der parlamentarischen Oberaufsicht unterstehen.

Das in die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt gekleidete *Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI)* erfüllt gemäss Art. 2 Abs. 1 ENSIG «die Aufgaben, die ihm gemäss der Kernenergiegesetzge-

² Vgl. Botschaft ENSIG, BBl 2006 8836f. – Anders die Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff., 2873 (vgl. auch Gutachten *Uhlmann*). – Auch die GPK-Handlungsgrundsätze und der Corporate-Governance-Bericht kommen ohne die genannte Unterscheidung aus.

³ Für den Bundesrat vgl. z.B. Art. 12 und Art. 101 KEG sowie Art. 4, 6, 18, 24 ENSIG; für das UVEK vgl. z.B. Art. 15ff. und Art. 19ff. KEG und Art. 1 OV-UVEK.

bung, der Strahlenschutzgesetzgebung, der Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetzgebung und den Vorschriften betreffend die Beförderung von gefährlichen Gütern übertragen sind». Auch das ENSI nimmt somit Aufgaben des Bundes wahr und untersteht der parlamentarischen Oberaufsicht, was in Art. 18 Abs. 3 ENSIG bekräftigt wird. Organisationsrechtlich ist das ENSI eine *Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung* im Sinne von Art. 2 Abs. 3 RVOG (vgl. Anhang zur RVOV), die administrativ dem UVEK zugeordnet ist.⁴

Die *Kommission für nukleare Sicherheit (KNS)* hat gemäss Art. 71 KEG verschiedene Beratungsaufgaben zuhanden des ENSI, des Departements (UVEK) und des Bundesrats wahrzunehmen.⁵ Auch die KNS ist somit eine Trägerin von Aufgaben des Bundes im Sinne von Art. 169 BV und der parlamentarischen Oberaufsicht unterstellt. Organisationsrechtlich handelt es sich um eine *ausserparlamentarische Kommission* im Sinne von Art. 57a ff. RVOG (vgl. Anhang 2 zur RVOV) und somit ebenfalls um eine Einheit der dezentralen Bundesverwaltung (Art. 7a Abs. 1 Bst. a RVOV). Die KNS ist administrativ dem UVEK zugeordnet (vgl. RVOV, Anhang 2).

Gemäss Art. 90 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet der Kernenergie Sache des Bundes.⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die *Energieerzeugung* auf der Grundlage der Spaltung oder Verschmelzung von Atomkernen (Art. 3 KEG) und der Betrieb von Kernkraftwerken eine Bundesaufgabe wäre. Entsprechende *energiewirtschaftliche* Aktivitäten sind vielmehr Sache von öffentlichen Unternehmen der kantonalen Ebene oder allenfalls von privaten Unternehmen.⁷ Aufgabe des Bundes ist es, den rechtlichen Rahmen festzulegen und insbesondere den Schutz von Mensch und Umwelt zu gewährleisten (Art. 1 KEG). Die *Betreiber von Kernkraftwerken* nehmen dementsprechend *keine Aufgabe des Bundes* wahr. Sie unterstehen insoweit nicht der parlamentarischen Oberaufsicht gemäss Art. 169 BV.

Etwas anders liegen die Dinge im Bereich der *Entsorgung* radioaktiver Abfälle. Das Kernenergiegesetz legt in Art. 33 («Entsorgung durch den Bund») fest, dass bestimmte radioaktive Abfälle *vom Bund* zu entsorgen sind. Zum einen betrifft dies Abfälle, die nicht als Folge der Nutzung von Kernenergie entstehen (Abfälle aus Medizin, Industrie und Forschung; Art. 33 Abs. 1 Bst. a KEG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 StSG)⁸; zum anderen betrifft dies andere radioaktive Abfälle, wenn der Entsorgungspflichtige

⁴ Konkret: dem GS UVEK (vgl. Art. 14a OV-UVEK).

⁵ Art. 71 KEG nennt als Aufgaben: Prüfung grundsätzlicher Fragen der Sicherheit (Abs. 2 Bst. a), Mitwirkung bei Gesetzgebungsarbeiten im Bereich der nuklearen Sicherheit (Abs. 2 Bst. b), Stellungnahmen zu Gutachten des ENSI zuhanden des Bundesrats und des UVEK (Abs. 3), Stellungnahmen im Auftrag von Bundesrat, UVEK oder Bundesamt (Abs. 3).

⁶ Diese auf das Jahr 1957 zurückgehende Bestimmung (Art. 24^{quinquies} aBV) begründet eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogierender Wirkung (sog. konkurrierende Kompetenz). Vgl. *Biaggini*, Komm. BV, N. 2 zu Art. 90.

⁷ Eine Rahmenbewilligung kann gemäss Art. 13 Abs. 2 KEG Aktiengesellschaften, Genossenschaften und juristischen Personen des öffentlichen Rechts erteilt werden.

⁸ In den genannten Bereichen fallen schwach- und mittelaktive Abfälle (SMA) an.

seinen Pflichten nicht nachkommt (Art. 33 Abs. 1 Bst. b KEG). Die Betreiber von Kernanlagen sind von Gesetzes wegen verpflichtet, die aus der Anlage stammenden radioaktiven Abfälle⁹ auf eigene Kosten sicher zu entsorgen (Art. 31 1. Satz KEG). Die Entsorgungspflicht umfasst u.a. auch die notwendigen Vorbereitungsarbeiten sowie die rechtzeitige Bereitstellung eines geologischen Tiefenlagers (Art. 31 Satz 2 KEG).

Die Kernkraftwerksbetreiber sowie die Schweizerische Eidgenossenschaft gründeten im Jahr 1972 die (privatrechtliche) Nationale Genossenschaft für die Lagerung radioaktiver Abfälle (NAGRA).¹⁰ Die NAGRA hat den Auftrag, Lösungen für eine sichere, umweltverträgliche Entsorgung in der Schweiz zu finden.¹¹

Wenn und soweit der Bund für die Erfüllung der ihm gemäss Art. 33 KEG obliegenden Entsorgungsaufgabe die NAGRA heranzieht – was unter den Voraussetzungen von Art. 178 Abs. 3 BV grundsätzlich möglich ist¹² –, gehört die NAGRA zu den ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden «anderen Träger[n] von Aufgaben des Bundes», die gemäss Art. 187 BV vom Bundesrat zu beaufsichtigen sind und gemäss Art. 169 BV von der parlamentarischen Oberaufsicht erfasst werden.¹³

⁹ Bei der nuklearen Stromerzeugung fallen neben hochaktiven Abfällen (Spaltprodukte aus Kernkraftwerken) auch schwach- und mittelaktive Abfälle an (beim Betrieb und beim Rückbau).

¹⁰ Vgl. Botschaft KEG, BBl 2001 2742. – Genossenschafter sind heute: Schweizerische Eidgenossenschaft, Bern; BKW FMB Energie AG, Bern; Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG, Däniken; Kernkraftwerk Leibstadt AG, Leibstadt; Axpo AG, Baden; Alpiq Suisse SA, Lausanne; Zwilag Zwischenlager Würenlingen AG (Angaben gemäss www.nagra.ch; Stand 31. Juli 2013).

¹¹ In der Staatsrechnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft für das Jahr 2012, Band 2B, Abschnitt 805 (Bundesamt für Energie), figuriert unter dem Titel «Entsorgung radioaktiver Abfälle» (Art. 31 und 32 KEG) ein Betrag von CHF 6'449'538. Darin eingeschlossen ist der Anteil des Bundes als NAGRA-Genossenschafter gemäss Vereinbarung vom 11.12.1979 (im Betrag von CHF 1'815'800). Die Beteiligung von 2,89 % am Forschungsprogramm der NAGRA für die nukleare Entsorgung entspricht dem voraussichtlichen Anteil des Bundes an radioaktiven Abfällen (Angaben gemäss www.efv.admin.ch/d/downloads/finanzberichterstattung/rechnung/2012/RG12_Band_2B_d.pdf; Stand 31. Juli 2013). Vgl. auch Botschaft KEG, BBl 2001 2665ff., 2688, wonach die Beiträge des Bundes an die NAGRA von 1982 bis 1999 nominal 30,8 Millionen bzw. teuerungsbereinigt 36,8 Millionen Franken betragen.

¹² Art. 178 Abs. 3 BV bestimmt: «Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.»

¹³ Ob das Bestehen einer subsidiären Entsorgungspflicht des Bundes (Art. 33 Abs. 1 Bst. b KEG; wenn ein Entsorgungspflichtiger seinen Pflichten nicht nachkommt) und die damit verbundene Ausfall-Verantwortung des Bundes (vgl. Botschaft KEG, BBl 2001 2665ff., 2777) bereits heute die Entsorgung insgesamt zu einer Bundesaufgabe werden lässt, kann hier nicht weiter vertieft werden.

2. Aufgaben und Kompetenzen der Akteure im Bereich der Nuklearaufsicht (zu Frage b)

Frage b): Wie sind die Aufgaben und Kompetenzen der diversen Akteure untereinander aufgeteilt (Bundesrat, UVEK; ENSI, ENSI-Rat, NAGRA, KNS, Atomkraftwerkbetreiber, ev. weitere)? (kurzer Überblick).

a. Überblick

Die Aufgaben und Kompetenzen der diversen Akteure im Bereich der Nuklearaufsicht lassen sich wie folgt grob skizzieren:

– Bundesrat:

Der Bundesrat trägt Verantwortung für die rechtlichen Rahmenbedingungen (Verordnungsgebung, ggf. Antrag auf Änderung der Gesetzgebung) und ist Bewilligungsinstanz (Erteilung und Entzug der Rahmenbewilligung) sowie allgemeine Aufsichtsbehörde, dies nicht nur gegenüber dem UVEK als Einheit der zentralen Bundesverwaltung (Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV; Art. 8 Abs. 3 RVOG), sondern auch gegenüber dem ENSI und der KNS (Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV; Art. 8 Abs. 4 RVOG; Art. 18 Abs. 2 ENSIG). Zu beachten ist, dass ENSI und KNS als Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung der Aufsicht des Bundesrates (bloss) «nach Massgabe der besonderen Bestimmungen» unterliegen (Art. 8 Abs. 4 RVOG); diese Aufsicht wird «in Gegenstand, Umfang und Grundsätzen durch die Spezialgesetzgebung geregelt und richtet sich nach dem jeweiligen Grad der Autonomie» (Art. 24 Abs. 3 RVOV).

– Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK):

Das UVEK trägt Mitverantwortung für die rechtlichen Rahmenbedingungen (Verordnungsgebung¹⁴, ggf. Vorbereitung von Gesetzes- oder Verordnungsänderungen) und ist ebenfalls Bewilligungsinstanz (Bau- und Betriebsbewilligung) sowie Aufsichtsinstanz im Verhältnis zum Bundesamt für Energie (vgl. Art. 42 Abs. 2 RVOG; Art. 24 RVOV). Das Generalsekretariat des UVEK fungiert als Schnittstelle zwischen der Zentralverwaltung und den dezentralen Verwaltungseinheiten im Bereich der nuklearen Sicherheit (ENSI und KNS).

¹⁴ Vgl. als Beispiel die Verordnung des UVEK vom 16. April 2008 über die Gefährdungsannahmen und Sicherungsmassnahmen für Kernanlagen und Kernmaterialien (SR 732.112.1).

- Bundesamt für Energie (BFE):

Das BFE nimmt im Bereich der nuklearen Sicherheit diverse Vollzugsaufgaben wahr (vgl. z.B. Art. 42ff., Art. 100 KEG).

- Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI):

Das ENSI erlässt (vereinzelt) Rechtsvorschriften¹⁵ und erfüllt die ihm gesetzlich übertragenen Aufsichtsaufgaben sowie gewisse weitere Aufgaben (Art. 2 ENSIG). Zur Erfüllung seiner Aufgaben kann das ENSI Verfügungen erlassen (Art. 7 ENSIG). An der Spitze des ENSI steht der ENSI-Rat. Der ENSI-Rat ist «das strategische und das interne Aufsichtsorgan des ENSI» (Art. 6 Abs. 1 ENSIG). Dem ENSI-Rat obliegt es, die Geschäftsführung und die Aufsichtstätigkeit des ENSI zu überwachen (Art. 6 Abs. 6 Bst. h–j ENSIG).

- Kommission für nukleare Sicherheit (KNS):

Bei der KNS handelt es sich um eine ausserparlamentarische Kommission mit beratender Funktion. Die KNS besitzt mit anderen Worten keine Entscheidungsbefugnisse und zählt somit zu den sog. Verwaltungskommissionen (Art. 8a RVOV).

- Nationale Genossenschaft für die Lagerung radioaktiver Abfälle (NAGRA):

Die (privatrechtliche) NAGRA ist in erster Linie ein gemeinsames Instrument der Kernkraftwerkbetreiber zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen im Bereich der Entsorgung nuklearer Abfälle (Art. 31 KEG). Daneben dient die NAGRA auch der Erfüllung einer Bundesaufgabe (Art. 33 KEG; siehe oben).

Die *Betreiber von Kernkraftwerken* nehmen, wie bereits dargelegt, keine Aufgaben des Bundes wahr und sind entsprechend auch nicht Inhaber von Kompetenzen im verwaltungsorganisationsrechtlichen Sinn. Die Kernkraftwerkbetreiber sind Träger jener Rechte und Pflichten, die ihnen die Rechtsordnung und die darauf gestützten Verwaltungsakte einräumen bzw. auferlegen.

- b. Insbesondere: Aufgaben und Stellung des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)

Das im Rahmen dieses Gutachtens besonders interessierende ENSI erfüllt gemäss Art. 2 Abs. 1 ENSIG «die Aufgaben, die ihm gemäss der Kernenergiegesetzgebung, der Strahlenschutzgesetzgebung, der Bevölkerungs- und

¹⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 6 Bst. c, d, e, f ENSIG. Als Beispiel vgl. etwa die Gebührenverordnung ENSI (SR 732.222), vom ENSI-Rat erlassen am 9. September 2008, vom Bundesrat genehmigt am 12. November 2008.