

in Verbindung mit

Prof. Dr. Thomas Buergenthal, George Washington University, Washington D.C.; Mitglied im UN-AMR, Genf/New York

Dr. h. c. Hans Danelius, Richter am Obersten Gerichtshof, Stockholm; Mitglied der EKMR, Strasbourg

Prof. Dr. Dr. h. c. Jochen Abr. Frowein, Direktor am Max-Planck-Institut für ausl. öffentl. Recht und Völkerrecht, Heidelberg

Prof. Dr. Dr. h. c. Heribert Golsong, vorm. Vizepräsident der Weltbank, Washington

Prof. Dr. Constance Grewe, Professor für öffentliches Recht an der Robert-Schuman-Universität, Strasbourg

Dr. Gerhart Holzinger, Richter am Verfassungsgerichtshof, Wien

Hon. Prof. Dr. Rudolf Machacek, Rechtsschutzbeauftragter für Maßnahmen gegen organisierte Kriminalität, vordem Richter am VfGH, Wien

Prof. Dr. Jan De Meyer, Professor emeritus der Universität Löwen; vorm. Richter am EGMR, Strasbourg

Prof. Dr. Jörg Paul Müller, Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Bern

The Rt. Hon. Lord Scarman, O.B.E., vorm. Richter am House of Lords, London

Prof. Dr. László Sólyom, vorm. Präsident des Ungarischen Verfassungsgerichtshofs, Budapest

Dr. Gerhard Ulsamer, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Prof. Dr. Jacques Velu, Professor emeritus der Universität Brüssel (U.L.B.), Generalstaatsanwalt beim Kassationshof a.D.

Prof. Thór Vilhjálmsson, vorm. Vizepräsident des EGMR, Strasbourg; Richter am EFTA-Gerichtshof, Luxemburg

The Hon. Mr. Justice Brian Walsh †, Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Strasbourg/Dublin

Herausgegeben von Norbert Paul Engel, Kehl/Strasbourg

Schriftleitung Rechtsanwältin Erika Engel, Kehl/Strasbourg

EuGRZ

14. Mai 1999

26. Jg. Heft 7-8

ISSN 0341/9800

Seiten 177-244

1. Aufsätze

Andreas Kley, Bern

Gerichtliche Kontrolle von Atombewilligungen / Anmerkungen zum EGMR-Urteil im Fall Balmer-Schafroth gegen die Schweiz

177

Sebastian Winkler, Konstanz/München

Der EGMR zum innerstaatl. und gemeinschaftsrechtlich (RL 65/65/EWG) definierten Arzneimittelbegriff beim Apothekenmonopol / Anm. zum Urteil *Cantoni* / F

181

2. Entscheidungen

- EGMR – 26. 8. 97 – Fehlende gerichtliche Kontrolle einer Verlängerung des Kernkraftwerkbetriebs / *Balmer-Schafroth u.a.* / CH Kley/Rütsche 183
- EGMR – 19. 2. 98 – Information der Nachbarn einer Chemiefabrik / *Guerra* / I Schmidt-Radefeldt 188
- Praktische Relevanz der EMRK für den Umweltschutz / *Anm. v. Schmidt-Radefeldt* 192
- EGMR – 15. 11. 96 – Strafe für Verkauf von Arzneimitteln in Supermarkt / *Cantoni* / F Winkler 193
- EKMR – 12. 4. 95 – Bestrafung trotz unklarer Rechtslage / „Arzneimittel“ / *Cantoni* / F Winkler 198
- EGMR – 18. 2. 99 – Wahlrecht zum EP auch in Gibraltar / *Mathews* / GB Winkler 200
- EKMR – 29. 10. 97 – Kein Wahlrecht zum EP in Gibraltar / *Mathews* / GB Winkler 206
- EGMR – 18. 2. 99 – Arbeitsrechtl. Klagen gegen internat. Organisation / *Waite & Kennedy* / D 207
- EGMR – 18. 2. 99 – Parlamentarier-Eid mit religiöser Eidesformel / *Buscarini u.a.* / San Marino 213
- EGMR – 18. 2. 99 – Überlange Verfahrensdauer (8 J.) / Trennung von Tisch und Bett / *Laino* / I 215
- EGMR – 18. 2. 99 – Verweigerung des gesetzl. Mieterschutzes durch Regierung / *Larkos* / ZY 216
- EuGH – 1. 12. 98 – Täuschung der Arbeitnehmerin über Gehaltsdifferenzen / *Rs. Levez* 217
- EuGH – 23. 2. 99 – Sprachliche Vielfalt / Keine kulturpolitische Rechtsgrundlage / *EP* / Rat 221
- EuGH – 16. 3. 99 – Nationales Verbot einer Hypothek in ausländischer EU-Währung / *Rs. Trummer* ... 225
- High Court 9. 11. 98 – Richterliche Beurteilung der Dauer von Untersuchungshaft / EMRK Bartsch 227
- BGer – 24. 8. 98 – Rückerstattung der von Erben gezahlten Steuerbusse / Art. 139a OG ... Steinmann 229
- BVerfG – 24. 11. 98 – Beamte mit mehr als zwei Kindern / Alimentationsprinzip und Sozialhilfe 231
- BVerfG – 18. 2. 99 – Vorsorgliche Erklärung gegen postmortale Organ-Entnahme verfassungskonform 241
- BVerfG – 28. 1. 99 – Hirntod-Kriterium / Vorsorgliche Erklärung gegen postmortale Organ-Entnahme 242

3. Dokumentation

- EuRat – 27. 4. 99 – Georgien 41. Mitgliedstaat des Europarates / EMRK-Ratifizierung in einem Jahr ... 242

4. Laufende Verfahren

- BVerfG – 20. 4. 99 – 630 DM-Jobs / Einstweilige Anordnung abgelehnt / hier: Zeitungsboten 243



Gerichtliche Kontrolle von Atombewilligungen

Anmerkungen zum EGMR-Urteil im Fall Balmer-Schafroth gegen die Schweiz, in diesem Heft S. 183

von Andreas Kley, Bern

I.	Opfereigenschaft	177
II.	Das Problem fehlender Gerichtskontrolle von Atombewilligungen im schweizerischen Verwaltungsprozessrecht	178
III.	Die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK	178
	A. Zivilrechtliche Streitigkeit	178
	B. Im innerstaatlichen Recht verankertes „Recht“	179
	C. Echter Streit ernsthafter Natur mit direktem Einfluss auf dieses Recht	179
IV.	Recht auf eine Beschwerde	180
V.	Abschliessende Bewertung	180

I. Opfereigenschaft

Die Umweltproblematik erhält nicht nur in der Gesetzgebung und der nationalen Rechtspraxis, sondern auch in der Rechtsprechung der Konventionsorgane einen immer grösseren Stellenwert. Die Europäische Kommission für Menschenrechte hatte sich schon in mehreren Fällen dazu geäußert, über die in dieser Zeitschrift berichtet worden ist.¹ Die seitherige Rechtsprechung hatte sich vermehrt Verfahrensfragen des nationalen Umweltrechts zugewandt. Das ergangene Urteil Balmer-Schafroth gegen die Schweiz bietet Anlass, darüber etwas ausführlicher zu berichten. Zu dem später ergangenen Urteil Guerra u. a. gegen Italien, siehe EuGRZ 1999,188 [ebenfalls in diesem Heft].

Die Kommission hat sich in einer negativen Zulässigkeitsentscheidung vom 4.12.1995 im Fall Taura u. a. gegen Frankreich² über die Beeinträchtigung der Menschenrechte durch die Atomversuche geäußert. Die neunzehn Beschwerdeführer leben im Umkreis des Mururoa-Atolls in Französisch-Polynesien. Sie hatten zum Teil auf dem Mururoa-Atoll gearbeitet, und einzelne Beschwerdeführer litten an Krankheiten, deren Ursache unklar war (z. B. Haarausfall, Ablösungen der Haut). Frankreich hatte am 13. Juni 1995 die Aufgabe seines Teststopp-Moratoriums für Atomversuche und eine Serie von sieben neuen Tests angekündigt. Die Beschwerdeführer rügten die Verletzung etlicher Bestimmungen der Konvention, so Art. 2, 3, 8 und 13 EMRK. Die Kommission hat sich mangels Opfereigenschaft nicht mit diesen Vorbringen befasst.

Grundsätzlich gilt, ein Beschwerdeführer muss in vertretbarer Weise behaupten können, „Opfer“ einer EMRK-Verletzung gemäss Art. 34 Abs. 1 EMRK i.d.F des 11. ZP (bisher Art. 25 EMRK) zu sein. Die Opfereigenschaft setzt voraus, dass

1. Beschwerdeführer in die von Art. 34 Abs. 1 EMRK erwähnten Personenkategorien fallen

2. eine hinreichende direkte Verbindung zwischen dem Beschwerdeführer und dem (eingetretenen oder drohenden) von der behaupteten staatlichen Handlung oder Unterlassung herbeigeführten Nachteil besteht. Mit andern Worten muss die befürchtete Verletzung vorhersehbar und schwerwiegender, irreparabler Natur sein.³ Somit scheidet die Popularbeschwerde grundsätzlich aus.⁴

Die Zulässigkeitsentscheidung im Fall Taura verneinte die Opfereigenschaft. Einen Zusammenhang zwischen der potentiellen Gefahr wegen der Atomversuche und den Nachteilen (Erkrankungen usw.) hielt die Kommission für nicht gegeben. Dies lag namentlich an den mangelhaften

Beweisen, welche die Beschwerdeführer für die erlittenen Nachteile einreichten. Die künftigen, möglicherweise zu erwartenden Nachteile der Atomversuche waren zu unklar, als dass ein direkter Zusammenhang erstellt werden konnte. Es ist indes für die Opfereigenschaft nicht notwendig, dass eine Umweltkatastrophe mit Todesopfern und Verletzten *tatsächlich eingetreten* ist. Vielmehr kann die akute Möglichkeit eines solchen Unglücks bereits genügen. Die Kommission verwies in ihrem Zulässigkeitsentscheid zu Recht auf das Urteil Soering gegen Deutschland,⁵ wo die Auslieferung eines Mörders an die USA in dem Sinne die Opfereigenschaft bewirkte, als der Beschwerdeführer in den USA die Todesstrafe und damit das Art. 3 EMRK verletzende Todesflursyndrom zu gewärtigen hatte. Im Urteil Norris gegen Irland⁶ genügte zur Opfereigenschaft die blosse Möglichkeit, dass ein konventionswidriges Gesetz auf den Beschwerdeführer angewandt werden könnte.

Im vorliegenden Fall Balmer-Schafroth sah der Gerichtshof das Erfordernis der Opfereigenschaft als erfüllt an und wies die Vorabrede der Regierung zurück. Der Gerichtshof liess sich in Ziff. 26 des Urteils von der Tatsache leiten, dass das nationale Prozessrecht den Beschwerdeführern ebenfalls die Befugnis zur Einreichung der Einsprache an den Bundesrat gab und schloss daraus kurzerhand, dass auch die Opfereigenschaft gegeben war. Diese Folgerung ist freilich nicht zwingend. Art. 34 EMRK (bisher Art. 25) verweist mit dem Erfordernis der Opfereigenschaft nicht auf das nationale (Prozess-) Recht, sondern stellt eine eigenständige Regelung über die Aktivlegitimation auf.⁷ Die Begründung des Gerichtshofes ist deshalb falsch. Das Ergebnis der Bejahung der Opfereigenschaft ist m.E. aber richtig, wenn die ebenfalls abstrakte Gefährdung im Urteil Norris gegen Irland vor Augen geführt wird. Im Hinblick auf das Verfahren Taura könnte sich allerdings die Frage stellen, ob das Vorgehen des Gerichtshofes im Fall Balmer-Schafroth nicht etwas unüberlegt war. Dieser Verdacht bestätigt sich im folgenden.⁸

¹ Vgl. A. Kley, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995, S. 507-518.

² Beschwerde Nr. 28044/95; Decisions et Rapports (DR), vol. 83-A, französischer Originaltext = RUDH 1996, 315 oder vol. 83-B, englische Übersetzung, S. 112-134; deutsche Übersetzung mit Kommentar von A. Kley, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1997, S. 319-321.

³ Vgl. / Frowein / W. Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl a.Rh. 1996, N. 21 zu Art. 25, S. 537.

⁴ Vgl. an Stelle vieler etwa Beschwerde Nr. 26633/95, Unzulässigkeitsentscheidung vom 15.5.1996, ÖJZ 1996, S. 836 f.; Urteil Klass u. a., Serie A, Nr. 28, Ziff. 33 = EuGRZ 1979, 282 m.w.H.

* Andreas Kley, Prof. Dr.rer.publ., Rechtsanwalt, Ordinarius für Staatsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsgeschichte an der Universität Bern.

⁵ Serie A Nr. 161, Ziff. 90 = EuGRZ 1989, 314.

⁶ Vgl. Serie A Nr. 142, Ziff. 28-34 = EuGRZ 1992, 477.

⁷ Vgl. Zulässigkeitsentscheid zur Beschwerde Nr. 28044/95, DR 83-A, S. 130.

⁸ Vgl. unten Abschnitt III.

II. Das Problem fehlender Gerichtskontrolle von Atombewilligungen im schweizerischen Verwaltungsprozessrecht

Im schweizerischen Verwaltungsverfahrensrecht können sämtliche Entscheidungen der Regierung (Bundesrat) nicht vor dem Bundesgericht angefochten werden.⁹ Diese Entscheidungen sind endgültig und unterliegen damit keiner Gerichtskontrolle, wie dies das Verfahren Balmer-Schafroth illustriert. Diese Rechtslage ist vom Bundesgericht in einem Urteil vom 20.9.1996¹⁰ indirekt bestätigt worden, und zwar in einem Verfahren, das vor den schweizerischen Behörden während der „drohenden“ Beschwerde Balmer-Schafroth zu Ende geführt worden ist. Es lohnt sich, auf dieses Urteil einzugehen.

Mit Entscheidung vom 21.8.1996¹¹ hat der Bundesrat der Zwiilag AG die Bau- und Betriebsbewilligung für das Zentrale Zwischenlager für radioaktive Abfälle in Würenlingen erteilt. Gleichzeitig hat er die gegen die Bewilligungserteilung von verschiedener Seite erhobenen Einsprachen abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Die Beschwerdeführer erheben gegen diese Entscheidung Verwaltungsgerichtsbeschwerden an das Bundesgericht und beantragen, die Bewilligung sei aufzuheben. Sie begründen die Beschwerde mit der Verletzung der Gerichtszugangsgarantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Die Zwiilag-Beschwerdeführer beriefen sich auf das vor dem Gerichtshof anhängige Verfahren betreffend die Verlängerung der Betriebsbewilligung für das Atomkraftwerk Mühleberg. Das Bundesgericht stellt dazu lapidar fest, dass der Bericht der Europäischen Menschenrechtskommission, der mit 16 : 12 Stimmen eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK feststellt, lediglich einen Entscheidungsantrag darstelle und deshalb nicht verbindlich sei. Solange kein Urteil des Gerichtshofes vorliege, „der verbindlich die Anwendbarkeit und die Verletzung von Art. 6 EMRK in solchen Fällen feststellen würde, war der Bundesrat berechtigt, seine Verfügung betreffend die Bau- und Betriebsbewilligung“ abschliessend zu erteilen. Das Bundesgericht tritt damit auf die Beschwerde gar nicht erst ein.

Das Bundesgericht wollte offenbar dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in dieser heiklen Sachlage nicht zuvorkommen. Das Vorgehen des Bundesgerichts ist inkonsequent. In ständiger Praxis verlangt das Bundesgericht von den kantonalen Verwaltungsgerichten, dass sie selbst ohne rechtsatzmässige Grundlage auf Materien im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK eintreten.¹¹ Stellt sich für das Bundesgericht die analoge Frage, so müsste es diese Praxis auch gegen sich gelten lassen und sich auf die Prüfung einlassen, ob eine Materie in den Anwendungsbereich des unmittelbar anwendbaren Art. 6 EMRK fällt. Die Europäische Menschenrechtskonvention geht nach dem Grundsatz des Primates des Völkerrechts dem innerstaatlichen Recht aller Stufen vor: Das entgegenstehende Landesrecht ist zwar nicht nichtig, sondern bloss im konkreten Fall nicht anwendbar.¹² Das Bundesgericht hätte auf die Beschwerde eintreten und die materiellrechtliche Frage der Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK beurteilen müssen. Das Urteil des Bundesgerichtes war sodann aus dem zweiten Grund falsch, weil es nach der Konzeption der Menschenrechtskonvention primär den Vertragsstaaten obliegt, die Einhaltung der durch die Konvention eingegangenen Verpflichtungen

sicherzustellen.¹³ Den Strassburger Organen kommt lediglich eine subsidiäre, nachträgliche Kontrolle zu. Das bedeutet, dass die Vertragsstaaten und deren oberste Gerichte die Hauptverantwortung für die Einhaltung der Konventionsrechte tragen. Der Nichteintretensentscheid des Bundesgerichts steht im Widerspruch zum Grundsatz der Subsidiarität des Strassburger Kontrollmechanismus.

III. Die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK

Die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK setzt folgende Anforderungen voraus, welche kumulativ erfüllt sein müssen.¹⁴

A. Zivilrechtliche Streitigkeit

Es ist erstaunlich, dass sich der EGMR im Fall Balmer-Schafroth im Grunde genommen zu dieser Frage gar nicht äussert, obwohl die Regierung in Ziff. 30 geltend gemacht hatte, die Gefahr für die physische Integrität sei kein zivilrechtlicher Anspruch. Die Frage kann indessen anhand der bisherigen Rechtsprechung und der Zulässigkeitsentscheidung vom 18.10.1995 klar beantwortet werden. Der Kommissionsbericht vom 18.4.1996 verwies in Ziff. 50 direkt auf die Zulässigkeitsentscheidung.¹⁵ Diese hielt fest¹⁶:

„Die Kommission bemerkt, dass der Anspruch der Beschwerdeführer entweder als Eigentümer oder als Mieter auf ihr Eigentumsrecht bezogen war. Das Eigentumsrecht ist zweifellos ein ‚zivilrechtlicher Anspruch‘ im Sinne der Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 der Konvention. Konsequenterweise betraf die streitige Bewilligung einen ‚zivilrechtlichen Anspruch‘.“

Die Beschwerdeführer haben im Verfahren zusätzlich ihren Anspruch auf den Schutz der körperlichen Integrität geltend gemacht. Dieser Anspruch ist innerhalb des Art. 8 EMRK geschützt und wird vom Gerichtshof in ständiger Praxis als „zivilrechtlicher Anspruch“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK behandelt.¹⁷ Im vorliegenden Urteil hatte sich der Gerichtshof merkwürdigerweise einer entsprechenden Beurteilung enthalten. Er hat diesen Aspekt einzig in Ziff. 39 (s.u. S. 185) erwähnt, allerdings geht es dort um die Ernsthaftigkeit des Streitiges.¹⁸ Man kann im vorliegenden Urteil aber klar davon ausgehen, dass die vorliegende Streitigkeit einen zivilrechtlichen Charakter hatte, da sie das Eigentum und den Schutz der physischen Integrität berührte. Das letzte Wort ist hier allerdings noch

⁹ Vgl. Art. 98 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) vom 16.12.1943, SR 173.110 mit der einzigen Ausnahme von gewissen Verfügungen auf dem Gebiete des Beamtenrechts gemäss lit. a. Der Art. 100 lit. u schliesst noch zusätzlich Verfügungen über die Bewilligung von Kernanlagen und Art. 99 lit. e OG auch die Erteilung von Betriebsbewilligungen für technische Anlagen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus. Der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erfolgt damit bei bundesrätlichen Atombewilligungen dreifach.

¹⁰ Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 20.9.1996, i.S. X gegen Zwiilag Zwischenlager Würenlingen AG und Schweizerischer Bundesrat, Verwaltungsgerichtsbeschwerde, nicht amtlich publiziert in AJP 1997, S. 224 f. mit einer Besprechung von A. Kley.

¹¹ Vgl. A. Kley, Besprechung von BGE 122 II 294 und vom Urteil vom 20.9.1996, AJP 1997, 223.

¹² Vgl. D. Thürer, Bundesverfassung und Völkerrecht, N. 15 m.H., in: Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff.; Y. Hangartner, Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht, in: Festschrift für Bundesrat A. Koller, Bern 1993, S. 651 ff., 661.

¹³ Vgl. Kley (Fn. 1), 515 Anm. 102 m.H.

¹⁴ Vgl. z. B. Urteil Allan Jacobsson Nr. 2, Urteil vom 19.2.1998, RJD 1998, S. 154 ff., Ziff. 38 m.H. (S. 165); Urteil Kraska, Serie A Nr. 254-B, Ziff. 24 n.H. = ÖJZ 1993, 818 = Praxis 1995 Nr. 92; Urteil Skärby, Serie A Nr. 180-B, Ziff. 27.

¹⁵ Vgl. RJD 1997-IV, S. 1368 ff. (1371).

¹⁶ Nicht veröffentlichte Zulässigkeitsentscheidung Nr. 22110/93 Balmer-Schafroth u. a. gegen die Schweiz, S. 9.

¹⁷ J. Velu / R. Ergec, La Convention européenne des Droits de l'Homme, Bruxelles 1990, S. 390, Ziff. 437; vgl. z. B. Urteil H. gegen Grossbritannien, Serie A, Nr. 120, Ziff. 69, S. 58; Urteil Ras-mussen, Serie A, Nr. 87, Ziff. 32 = EuGRZ 1985, 513.

¹⁸ Vgl. unten Abschnitt C.

nicht gesprochen. Im Bereich des Beamtenrechts hatte der Gerichtshof im Urteil Neigel und Huber je gegen Frankreich entschieden, dass Fragen der Rekrutierung, Beförderung und Entlassung nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK fallen.¹⁹ In einer Reihe von italienischen Beamtenrechtsfällen hatte es so ausgesehen, als ob das gesamte Beamtenrecht in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK falle.²⁰ Es ist möglich, dass die Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK auf die Rechte im Umkreis des Art. 8 EMRK in Zukunft differenzierter beantwortet werden muss.

B. Im innerstaatlichen Recht verankertes „Recht“

Art. 6 Abs. 1 EMRK setzt ferner eine wirkliche und ernsthafte Auseinandersetzung um ein „Recht“ voraus; dagegen sind Streitigkeiten um die Zweckmässigkeit einer Ermessensentscheidung keine im innerstaatlichen Recht verankerten Rechts-Auseinandersetzungen.²¹ Die Streitigkeit kann sich auf Existenz, Umfang und Ausübung des Rechts beziehen. Sie kann sowohl Tatsachen- als auch Rechtsfragen zum Gegenstand haben.²²

Im Bericht Karni gegen Schweden²³ lehnte die Kommission die Anwendung von Art. 6 EMRK ab, da der Beschwerdeführer mit seiner Nichtzulassung als sozialversicherungsrechtlich anerkannter Arzt *nicht einverstanden* war. Der Beschwerdeführer hätte aber darlegen müssen, dass seine Nichtzulassung im Widerspruch zur schwedischen Rechtsordnung stand. Bei der Frage, ob eine ernsthafte Auseinandersetzung über ein Recht stattfindet, ist das Verhalten der Beschwerdeführer vor den innerstaatlichen Instanzen und den Strassburger Organen entscheidend. Dies ist namentlich auch im Urteil van Marie u. a. gegen die Niederlande deutlich geworden.²⁴ Der niederländische Gesetzgeber hatte den Titel des „Wirtschaftsprüfers“ durch ein Diplom gesetzlich geschützt. Die Beschwerdeführer fielen im Wirtschaftsprüfer-Examen durch. Sie beschwerten sich gegen die von der Prüfungskommission vorgenommene Bewertung. Hätten die Beschwerdeführer aber vorgebracht, der Entscheid der Prüfungskommission sei gesetzwidrig und willkürlich gewesen oder hätte das Ermessen überschritten und Verfahrensrechte verletzt, so wäre Art. 6 EMRK wohl anwendbar gewesen.²⁵ In der Praxis wird der Begriff des strittigen Rechts weit gefasst.²⁶ Es genügt bereits, wenn eine Streitigkeit über die Gesetzmässigkeit einer staatlichen Massnahme besteht. Ein Rechtsanspruch oder eine Schutznorm sind dagegen zur Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK nicht erforderlich. Im vorliegenden Urteil hatte der Gerichtshof das Recht, welches die Sicherheit der Bevölkerung schützen will, in Art. 5 Abs. 1 des Atomgesetzes gesehen. Danach ist die Erteilung einer Betriebsbewilligung zu verweigern oder nur unter Auflagen möglich, wenn dies „zum Schutz von Menschen, fremden Sachen oder wichtigen Rechtsgütern“ nötig ist. Der Gerichtshof schliesst aus diesen Bewilligungsvoraussetzungen in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Praxis, dass eine Streitigkeit über ein innerstaatlich anerkanntes „Recht“ vorlag.

¹⁹ Urteil Neigel, RJD 1997, S. 399 ff., Ziff. 43 f. (S. 410 f.). Dem ist das schweizerische Bundesgericht mit Urteil vom 11.7.1997 gefolgt, EuGRZ 1998, 155. Urteil Huber vom 19.2.1998, RJD 1998, S. 105 ff., Ziff. 36 (S. 115).

²⁰ Vgl. die Nachweise im Urteil Neigel, RJD 1997, S. 399 ff., Ziff. 43 (S. 411).

²¹ Vgl. Urteil Kraska, Serie A Nr. 254-B, Ziff. 24 (= ÖJZ 1993, 818 = Praxis 1995 Nr. 92); Urteil H. gegen Belgien, Serie A Nr. 127-B, Ziff. 40 = ÖJZ 1988, 220.

²² Urteil Deumeland, Serie A Nr. 100, Ziff. 59 = EuGRZ 1988, 20; Urteil Benthem, Serie A Nr. 97, Ziff. 32 lit. b = EuGRZ 1986, 299; Urteil Albert und Le Compte, Serie A Nr. 58, Ziff. 29 und 36 = EuGRZ 1983, 190.

²³ B 11540/85, Haim Karni v. Schweden, DR 62, 79 ff., Ziff. 80-94 (vgl. E 11540/86, EuGRZ 1989, 266 f.).

²⁴ Serie A Nr. 101 = EuGRZ 1988, 35.

²⁵ Vgl. Serie A Nr. 101, Ziff. 35; vgl. aber Urteil H. gegen Belgien, Serie A Nr. 127-B.

²⁶ Vgl. *Velu/Ergec* (Fn. 18), 372 ff., § 418.

C. Echter Streit ernsthafter Natur mit direktem Einfluss auf dieses Recht

Die Streitigkeiten müssen sich auf Verfahren beziehen, deren Ausgang für „zivilrechtliche“ Ansprüche und Verpflichtungen von unmittelbarer Bedeutung sind. Art. 6 Abs. 1 EMRK verlangt aber *mehr als eine schwache Verbindung oder entfernte Auswirkungen*. Die Ansprüche und Verpflichtungen „zivilrechtlicher“ Art müssen Gegenstand der Streitigkeit sein und der Verfahrensausgang muss für das strittige Recht direkt ausschlaggebend sein.²⁷ Der Gerichtshof führt in Ziff. 39 diese Rechtsprechung an und kommt zum völlig überraschenden Ergebnis, dass diese

Voraussetzung nicht erfüllt sei. Die Beschwerdeführer hätten keinen direkten Zusammenhang zwischen den von ihnen kritisierten Betriebsbedingungen und ihrem Recht auf Schutz der physischen Integrität hergestellt. Dann folgt der entscheidende Satz: „Es gelang ihnen [den Beschwerdeführern] nämlich nicht, zu zeigen, dass der Betrieb des Kernkraftwerks Mühleberg sie persönlich einer Gefahr aussetzte, welche nicht nur ernst, sondern spezifisch und vor allem auch immanent war“. Somit könne das bundesrätliche Bewilligungsverfahren das von den Beschwerdeführern angerufene Recht auf Schutz der physischen Integrität gar nicht direkt beeinflusst haben; dieser Zusammenhang sei zu lose und zu entfernt.

Im Fall Balmer-Schafroth zeigen Sachverhalt und Wortwahl des Urteils den Zusammenhang zwischen der Opfereigenschaft des Art. 25 EMRK (Art. 34 n.F.) und Art. 6 EMRK. Gemäss Art. 25 EMRK muss zwischen der Handlung oder Unterlassung des Staates und dem vom Beschwerdeführer erlittenen Nachteil ein genügend enger Zusammenhang bestehen. Bei Art. 6 EMRK muss zwischen dem vom Beschwerdeführer angerufenen nationalen „Recht“ und dem Prozess(-ausgang) eine genügend enge Verbindung bestehen. Bei Art. 6 und Art. 25 EMRK müssen also verschiedene Dinge genügend eng zusammenhängen. Allerdings zeigt es sich im vorliegenden Fall, dass

²⁷ Urteil Allan Jacobsson Nr. 2 vom 19.2.1998, RJD 1998, S. 154 ff., Ziff. 36, 42 (S. 165 f.); Urteil Benthem, Serie A Nr. 97, Ziff. 32 = EuGRZ 1986, 299; Urteil Le Compte, Van Leuven und De Meyere, Serie A Nr. 43, Ziff. 47 = EuGRZ 1981, 551; Bericht Kaplan gegen Grossbritannien zur Beschwerde Nr. 7598/76, DR 21, 5, Ziff. 132, S. 24. Das Vorliegen dieser Voraussetzung wird dann ausserordentlich heikel, wenn es streng gehandhabt werden will. Denn die entsprechenden Kriterien sind wenig scharf; dies hat gerade auch der für diese Frage bedeutsame Bericht Kaplan gegen Grossbritannien (Nr. 7598/76, DR 21, 5 ff., insb. S. 23 ff., Ziff. 127 ff., Zusammenfassung in EuGRZ 1982, 532) gezeigt.

²⁸ So der englische Originalwortlaut der Rechtsprechung: „It therefore remains to be determined whether the outcome of the proceedings in issue was directly decisive for the right asserted by the applicants and in particular whether the link between the Federal Council's decision and the applicants' right to adequate protection of their physical integrity was sufficiently close to bring Article 6 § 1 into play, and was not too tenuous or remote.“ (Ziff. 39 des Urteils Balmer-Schafroth). Es handelt sich also um die Verbindungslinie zwischen der Entscheidung des Bundesrates und den von den Beschwerdeführern angerufenen Rechten. Bei Art. 25 EMRK lautet die entsprechende Aussage: „In order for an applicant to claim to be a victim of a violation of the Convention, there must be a sufficiently direct link between the applicant and the loss which he considers he has suffered as a result of the alleged violation.“ (Zulässigkeitsentscheid zur Beschwerde Nr. 28204/95, DR 83-B, S. 112 ff. (130)). Hier geht es um die Verbindungslinie zwischen der Handlung oder Unterlassung des Staates und der in → argumentierbarer Weise vorgebrachten Behauptung, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein.

eine fehlende Opfereigenschaft zur Unanwendbarkeit des Art. 6 EMRK führt und umgekehrt. Der „logische Riss“ des Verfahrens zeigt sich nämlich in der Schlussfolgerung der Ziff. 40, wonach der Zusammenhang zwischen der Entscheidung des Bundesrates und dem von den Beschwerdeführern angerufenen Recht zu lose und entfernt sei. Diese Aussage widerspricht krass der innerstaatlichen Rechtslage. Der Bundesrat hätte die Kompetenz gehabt, die Verlängerung der Betriebsbewilligung zu verweigern oder nur unter Anordnung zusätzlicher Auflagen zu bewilligen. Das Atomkraftwerk hätte im Extremfall der Bewilligungsverweigerung den Betrieb einstellen müssen. Damit wäre der von den Beschwerdeführern angerufene Schutz ihrer physischen Integrität maximal verwirklicht worden. Das Einspracheverfahren hat potentiell die unmittelbare Wirkung, „civil rights and obligations“ zu begründen und tatsächlich zu schützen.²⁸ Nach nationalem Recht ist damit der Verfahrensausgang direkt und unmittelbar bestimmend für das angerufene Recht. Die Tatsache, dass die Einsprache der Beschwerdeführer vom Bundesrat abgewiesen worden war, kann nicht dazu führen, dass dieser Zusammenhang als nicht bestehend angesehen wird. Sonst wäre Art. 6 Abs. 1 EMRK ja in jedem „zivilrechtlichen“ Verfahren, bei dem ein Beschwerdeführer innerstaatlich unterliegt, nicht anwendbar. Art. 6 Abs. 1 EMRK würde dann völlig leer laufen.

Das Urteil krankt am Verhältnis zwischen Art. 6 und Art. 25 EMRK an einem inneren Widerspruch. Wie kann der Gerichtshof die Opfereigenschaft der Beschwerdeführer bejahen, wenn es diesen nicht gelang „zu zeigen, dass der Betrieb des Kernkraftwerks Mühleberg sie persönlich einer Gefahr aussetzte“? Wenn vom Kernkraftwerk her keinerlei Gefahr droht, so müsste zwingend auch die Opfereigenschaft verneint werden. Hier zeigt es sich, dass der Gerichtshof die Frage der Opfereigenschaft gründlicher - und in Übereinstimmung mit der Voraussetzung des „echten Streits ernsthafter Natur“ gemäss Art. 6 EMRK - hätte untersuchen sollen. Berechtigterweise haben die Richter mit abweichender Meinung deutlich gemacht, dass die Behauptung des zu losen und entfernten Zusammenhangs überhaupt nicht überzeugt: „Müsste man etwa zuwarten bis die Bevölkerung die ersten Verstrahlungen erleidet, um ein Rechtsmittel ergreifen zu können!“. Die abweichende Meinung macht unter Hinweis auf die Eingaben der Beschwerdeführer geltend, dass diese den Zusammenhang zwischen dem Betrieb der Anlage und der Gefahr für die Gesundheit klar hergestellt haben. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hat diese Vorbringen gar nicht aufgenommen, was einer Menschenrechtsverweigerung gleichkommt.

IV. Recht auf eine Beschwerde

Das Urteil geht auch im Hinblick auf Art. 13 EMRK neue Wege, indem es in Ziff. 42 lapidar erklärt, nachdem Art. 6 EMRK nicht anwendbar sei, „gelangt der Gerichtshof bezüglich Art. 13 zum selben Schluss“. Diese Argumentation widerspricht der ständigen Praxis des Gerichtshofes. Danach ist Art. 13 EMRK zu Art. 6 EMRK subsidiär; ist Art. 6 EMRK anwendbar, so wird Art. 13 EMRK davon absorbiert, da seine Anforderungen im Vergleich mit jenen von Art. 6 EMRK weniger streng sind.²⁹ Der Gerichtshof hätte gerade wegen der angenommenen Nichtanwendbarkeit von Art. 6 EMRK prüfen müssen, ob eine Anwendung und Verletzung des Art. 13 EMRK in Betracht fällt. Nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes garantiert Art. 13 EMRK ein Rechtsmittel auf nationaler Ebene, um den Gehalt an Rechten und Freiheiten durchzusetzen. „Dieser Artikel verlangt also im Effekt, dass ein innerstaatliches Rechtsmittel zur Verfügung gestellt wird, das es der zuständigen innerstaatlichen Behörde erlaubt, sich sowohl mit dem betreffenden, auf die Konvention gestützten Beschwerdeverfahren auseinanderzusetzen als auch eine geeignete Abhilfe zu schaffen...“

²⁸ So auch der Kaplan-Bericht zur Beschwerde Nr. 7598/76, DR 21, 5 ff., Ziff. 132, S. 24.

²⁹ Vgl. Urteil Hentrich, Serie A Nr. 296-A, Ziff. 65 = EuGRZ 1996, 600; Urteil Pudas, Serie A Nr. 125-A, Ziff. 43 = EuGRZ 1988, 451; Y. Hangartner, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, AJP 1994, 3 ff. (4); Frowein / Peukert (Fn. 3), N. 7 zu Art. 13 EMRK, S. 430.

Im Verfahren Balmer-Schafroth haben die Beschwerdeführer die Verletzung der physischen Integrität gerügt. Es handelt sich gerade um einen Aspekt, der von Art. 8 EMRK geschützt ist. Der zu den andern Konventionsrechten akzessorische Art. 13 hätte deshalb materiell geprüft werden müssen. Der Gerichtshof hätte sich mit der Frage beschäftigen sollen, ob das Einspracheverfahren vor dem Bundesrat den Anforderungen des Art. 13 EMRK genügt. Das Urteil enttäuscht auch in diesem Punkt.

V. Abschliessende Bewertung

Für den Gerichtshof kam - aus welchen Gründen auch immer - eine Feststellung irgendeiner EMRK-Verletzung nicht in Frage. Es wäre wohl ehrlicher gewesen, hier die Acte-de-Gouvernement-Lehre anzurufen und Art. 6 Abs. 1 EMRK deshalb für unanwendbar zu erklären, wie das Rudolf Bernhardt, der letzte Präsident des „alten“ Gerichtshofes 1989 vorgeschlagen hatte.³⁰ Der Gerichtshof hat Begründungen geliefert, die zu seiner bisherigen Rechtsprechung quer liegen. Die Opfereigenschaft gemäss Art. 25 EMRK hätte zum ersten seriös geprüft werden sollen; hier wäre es noch eher vertretbar gewesen, die Opfereigenschaft (wie im Verfahren Taura u. a. gegen Frankreich) zu verneinen. Zweitens entzieht sich die Verneinung eines direkten Einflusses des Einspracheverfahrens auf das Recht auf physische Gesundheit und damit die Nichtanwendung des Art. 6 EMRK jeder rationalen Begründung und läuft auf eine Rechtsverweigerung hinaus. Drittens führt die Nichtanwendung des Art. 6 EMRK nicht eo ipso zu einer Nichtanwendung des Art. 13 EMRK. Es ist schwer nachvollziehbar, warum der Gerichtshof zu diesem Ergebnis kommt. Die Begründung des Urteils ist vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung fehlerhaft. Es ist zu hoffen, dass die immer noch anhängigen Verfahren in Sachen Kernkraftwerk Beznau II³¹ und Zwiilag AG³² dem seit 1. November 1998 amtierenden ständigen Gerichtshof Gelegenheit geben, die Sache zu überdenken und anders zu begründen.

³⁰ Vgl. R. Bernhardt, Die Entstehung einer europäischen Grundrechtsgemeinschaft, in: K. Stern (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung: Internationales Symposium vom 17. bis 20. Mai 1989, München 1990, S. 197 ff., insb. S. 199; a. A. Kley (Fn. 1), S. 510. In diesem Sinne ist das Urteil auch von der Redaktion der schweizerischen Zeitschrift „Umweltrecht für die Praxis“ 1997, S. 820, kurz kritisiert worden.

³¹ Die Beschwerde (Nr. 27664/95) wurde im Juni 1995 bei der Kommission eingereicht, vgl. A. Kley (Fn. 1) S. 507, dort Fn. 5; der Fall wird inzwischen unter dem Namen Athanassoglou u. a. geführt, Bericht der Kommission vom 15. April 1998 - eine mündliche Verhandlung vor dem EGMR soll noch im ersten Halbjahr 1999 stattfinden.

³² Vgl. zum Urteil und zum Sachverhalt, AJP 1997, S. 224 f. mit einer Besprechung von A. Kley.