

#### 6.4. **Verwaltungsverfahrenrecht; Staats- und Verwaltungsrechtspflege / Procédure administrative; juridiction constitutionnelle et administrative**

##### **(5) Geltung der "Oberschrot"-Praxis (BGE 117 Ia 497) gegenüber dem Bundesgericht: Schliesst Art. 6 Abs. 1 EMRK Lücken im Zuständigkeitskatalog des Bundesgerichts in seiner Funktion als oberstes Verwaltungsgericht des Bundes?**

A. Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 27.9.1996, X. c. Y. und Verwaltungsgericht des Kantons Bern, staatsrechtliche Beschwerde und

B. Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 20.9.1996, Greenpeace Schweiz u.a. c. Zwilag Zwischenlager Würenlingen AG und Schweizerischer Bundesrat, Verwaltungsgerichtsbeschwerde (nicht zur Publikation vorgesehen, wiedergegeben im Anhang zu dieser Besprechung).

##### *Zusammenfassung der beiden Urteile:*

A. An der Urnenabstimmung vom 6.6.1993 verabschiedeten die Stimmberechtigten der Einwohnergemeinde Muri die Ortsplanungsrevision. Im Gebiet Aarwil, welches Y. als Beschwerdeführerin gehört, wurde für eine Teilfläche entlang des angrenzenden, bereits überbauten Gebiets eine Bauzone mit der Bezeichnung "Zone mit Planungspflicht Aarwil" festgesetzt. Am 29.7.1994 genehmigte das kantonale Amt für Gemeinden und Raumordnung die Zonenordnung und wies die Einsprache von Y. – mit ihrer Parzelle direkte nördliche Anstösserin der neu ausgeschiedenen "Zone mit Planungspflicht Aarwil" – ab.

Gegen diese Plangenehmigung wehrte sich Y. mit Erfolg bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, welche deren Beschwerde am 17.10.1995 abhies und der Einzonung die Genehmigung verweigerte. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern trat auf eine Beschwerde der davon betroffenen Grundeigentümerin X. gegen den Nichtgenehmigungsentscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion mit Urteil vom 6.2.1996 nicht ein, weil es sich bei der umstrittenen Nichteinzonung nicht um einen Fall handle, für welchen Art. 6 Abs. 1 EMRK "die Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht verlange" (Art. 61a Abs. 3 lit. a des Baugesetzes vom 9.6.1985). Das Bundesgericht hebt den Nichteintretensbeschluss auf, weil Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das vorliegende Verfahren Anwendung findet.

B. Mit Verfügung vom 21.8.1996 (BBl 1996 III 937 ff.) hat der Bundesrat der Zwilag 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 dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht u.a. mit den Anträgen, die Bewilligung sei aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht tritt auf die Art. 6 Abs. 1 EMRK abgestützte Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht ein.

##### *Bemerkungen:*

1. Beim Urteil betreffend die Planungszone "Aarwil" handelt es sich um eines jener bereits zahlreichen Urteile zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, durch die die Kantone verpflichtet werden, einen genügenden gerichtlichen Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung einzurichten (vgl. z.B. BGE 120 Ia 19 und dazu A. KLEY-STRULLER, AJP/PJA 1994 1040 f.; BGE 119 Ia 411 und dazu A. KLEY-STRULLER, AJP/PJA 1994 242 f.; m.w.H. in Erw. 2b). Im Fall "Aarwil" ist immerhin bemerkenswert, dass der Gesetzgeber den genügenden Gerichtszugang zwar vorgesehen hat, das kantonale Verwaltungsgericht aber trotz gegebener Zuständigkeitsnorm auf die Beschwerde nicht eingetreten ist. Das Berner Verwaltungsgericht begründet sein Nichteintreten im Wesentlichen damit, dass der vorgelegte Beschwerdefall noch nie von den Konventionsorganen entschieden worden sei. Denn bislang habe es sich nur um konkrete Einbussen bestehender Nutzungsrechte oder mit der Plangenehmigung verbundene Rechtsverluste gehandelt. Auf "(theoretisch) mögliche Nutzungsmehrungen" (E. 3a) bestehe in der schweizerischen Planungsrechtsordnung kein Rechtsanspruch und Art. 6 Abs. 1 EMRK sei deshalb nicht anwendbar. Das Bundesgericht hat diese Begründungen minutiös untersucht und dann zu Recht verworfen. Es hat namentlich hervorgehoben, dass weder das Bundesgericht noch die Strassburger Organe die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK "generell auf Fälle beschränkt (haben), in welchen konkrete Einbussen bestehender Nutzungsrechte bzw. Rechtsverluste zur Diskussion stehen" (E. 3 d m.H.). Für die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK genügt es vielmehr, dass eine Auseinandersetzung über die Einschränkung oder Ausdehnung eines Rechts vorliegt, von dem zumindest in vertretbarer Weise behauptet werden kann, es habe eine Grundlage im innerstaatlichen Recht (vgl. z.B. Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 19.7.1995, *Kerojärvi c. Finnland*, Serie A, 328, § 32 m.H. oder Urteil *Zander* vom 25.11.1993, Serie A 279-A, § 22 = EuGRZ 1995, 535). Art. 6 Abs. 1 EMRK schafft selbstverständlich keine Rechtsansprüche; er setzt diese nicht einmal in der innerstaatlichen Rechtsordnung voraus (vgl. A. KLEY-STRULLER, *Der Anspruch auf richterliche Beurteilung "zivilrechtlicher Streitigkeiten"* im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, AJP/PJA 1994 23 ff., insb. N. 39, 50). Überdies hat der Gerichtshof in einer Reihe von Materien, die ausserhalb des Raumordnungsrechts liegen, Art. 6 EMRK für anwendbar gehalten, obwohl kein bestehendes Recht geschmälert worden ist (z.B. im Urteil *British-American Tobacco Company Ltd c. die Niederlande* vom 20.11.1995, Serie A, § 67 über ein Patentanmeldeverfahren). Das Bundesgericht nahm deshalb völlig zu Recht an, dass die fragliche "Auseinandersetzung über das Einzonungsgebot betreffend die 'Zone mit Planungspflicht Aarwil' einer gerichtlichen Überprüfung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Erw. 4 b) bedarf". Die sog. "Oberschrot-Praxis" (BGE 117 Ia 497), wonach ein kantonales Verwaltungsgericht auch ohne kantonalsatzmässige Grundlage

gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK zuständig wird, brauchte das Bundesgericht nicht anzuwenden, weil Art. 61a Abs. 3 lit. a des Berner Baugesetzes direkt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK verweist. Das Urteil hält sich im Rahmen seiner zahlreichen Vorgänger. Das Urteil "Aarwil" wird aber vor dem Hintergrund des Urteils "Zwilag" besonders interessant.

2. Mit Verfügung vom 21.8.1996 hat der Bundesrat der Zwilag Zwischenlager Würenlingen AG die Bau- und Betriebsbewilligung für das Zentrale Zwischenlager für radioaktive Abfälle in Würenlingen erteilt (BBI 1996 III 937 ff.). Gleichzeitig wurden die von verschiedenster Seite erhobenen Einsprachen im Sinne der Erwägungen der Verfügung abgewiesen. Gegen diese Verfügung erhoben die Einsprecher Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, im wesentlichen mit dem Antrag, die Bewilligung sei aufzuheben und die Sache sei mit verschiedenen Weisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführer berufen sich auf das vor dem Gerichtshof anhängige Verfahren betreffend die Verlängerung der Betriebsbewilligung Mühleberg (vgl. dazu Beschwerde N° 22110/93, *U. Balmer-Schafroth u.a. c. die Schweiz*; vgl. A. KLEY-STRULLER, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995, 507). 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. Dieses knapp begründete Urteil ist ebenfalls von der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung in Fünferbesetzung gefällt worden.

3. Aus praktischer Sicht ist es verständlich, dass das Bundesgericht dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in einer sehr vergleichbaren und heiklen Sachlage nicht zuvorkommen wollte. Durch den Ausweg über den "Entscheidungsantrag" musste sich das Bundesgericht in einer diffizilen und hochpolitischen Angelegenheit nicht exponieren. Abstrahiert man vom atompolitischen Hintergrund dieser Beschwerde, so erscheint das Vorgehen der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung im Vergleich zum Urteil "Aarwil" freilich wenig konsequent. In ständiger Praxis verlangt das Bundesgericht gemäss der in Ziff. 2 beschriebenen Oberschrot-Praxis von den kantonalen Verwaltungsgerichten, dass sie selbst ohne rechtsatzmässige Grundlage auf Materien im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK eintreten. Stellt sich für das Bundesgericht die analoge Frage, so müsste es die "Oberschrot-Praxis" auch gegen sich gelten lassen. Das Bundesgericht müsste prüfen, ob eine Materie in den Anwendungsbereich des unmittelbar anwendbaren Art. 6 EMRK fällt. Es geht hingegen nicht an, unter Hinweis auf eine in Strassburg anhängige Beschwerdesache diese Prüfung zu verweigern und gar nicht auf die Beschwerde einzutreten. Die Tatsache, dass

die Atomgesetzgebung und Art. 100 lit. u OG eine Zuständigkeit des Bundesgerichts ausdrücklich ausschliessen, entbindet das Bundesgericht (wie auch die kantonalen Verwaltungsgerichte) gerade nicht von dieser Prüfung. 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 (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, 651 ff., 661). Das Bundesgericht hätte, gesetzt den Fall, es hätte Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das vorliegende Verfahren für anwendbar befunden, den Ausschlussgrund des Art. 100 lit. u OG nicht anwenden dürfen. Das Urteil "Zwilag" steht damit im krassen Gegensatz zum Urteil "Aarwil" und zur "Oberschrot-Praxis". Das Bundesgericht hat zwar dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht die Rolle einer Atombewilligungsinstanz zugeschoben; denn im vorliegenden Verfahren ist einzig die Frage des Zugangs zu einem Verwaltungsgericht aufgeworfen und nicht beantwortet worden. Damit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – weil das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht eingetreten ist – nun gewissermassen als "erste" Instanz in einem andern vergleichbaren atomrechtlichen Verfahren die Frage der Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beurteilen. Das ist deshalb nicht richtig, weil es nach der Konzeption der Menschenrechtskonvention die primäre Aufgabe der Vertragsstaaten bzw. der zuständigen Höchstgerichte ist, die Einhaltung der durch die Konvention eingegangenen Verpflichtungen sicherzustellen (vgl. A. KLEY-STRULLER, Der Schutz der Umwelt durch die EMRK, EuGRZ 1995, 515 Anm. 102 m.H.). Den Strassburger Organen kommt lediglich eine subsidiäre, nachträgliche Kontrolle zu. Das bedeutet, dass die Staaten und deren oberste Gerichte die Hauptverantwortung für die Einhaltung der Konventionsrechte tragen bzw. tragen müssten.

PD Dr. rer. publ. Andreas Kley-Struller,  
Rechtsanwalt, St. Gallen

#### Anhang: Erwägungen des Bundesgerichtsentscheids vom 20. September 1996 i.S. Zwilag Zwischenlager Würenlingen AG.

Entscheid der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung vom 20.9.1996 (1A. 277/1996) i.S. Greenpeace Schweiz, Schweizerische Energie-Stiftung (SES) und 10 private Beschwerdeführer c. Zwilag Zwischenlager Würenlingen AG und Schweiz. Bundesrat.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

"1. – Mit Verfügung vom 21. August 1996 hat der Bundesrat der Zwilag Zwischenlager Würenlingen AG die Bau- und Betriebsbewilligung für das Zentrale Zwischenlager

für radioaktive Abfälle in Würenlingen erteilt, dies unter verschiedenen Bedingungen und Auflagen, welche in der Verfügung im einzelnen aufgeführt werden. Gleichzeitig hat er die gegen die Bewilligungserteilung von verschiedener Seite erhobenen Einsprachen im Sinne der Erwägungen der Verfügung abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Das Verfügungsdispositiv ist im Amtsblatt des Kantons Aargau und im Bundesblatt veröffentlicht worden (BBl 1996 III 937 ff.).

Mit Eingabe vom 5. September 1996 führen Greenpeace Schweiz, die Schweizerische Energie-Stiftung, A. sowie neun weitere Privatpersonen Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Zur Hauptsache beantragen sie, die erteilte Bau- und Betriebsbewilligung vom 21. August 1996 sei aufzuheben, und die Sache sei mit verschiedenen, namentlich beschriebenen Weisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sodann sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung beizulegen, wobei zunächst mittels superprovisorischer und nach dem ersten Schriftenwechsel mittels ordentlicher vorsorglicher Verfügung der Beschwerdegegnerin zu untersagen sei, mit bestimmten Arbeiten zu beginnen. Im weiteren wird beantragt, das Verfahren sei zunächst auf die Frage der Zulässigkeit der eingereichten Beschwerde zu beschränken. Es folgen verschiedene prozessuale Begehren mit zahlreichen Beweisanträgen. Schliesslich stellen die Beschwerdeführer den Antrag, im Falle eines Nichteintretensentscheides mangels Anwendbarkeit bzw. mangels vorrangiger und direkter Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei davon abzusehen, ihnen Gerichtskosten und eine Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

Unter den gegebenen Umständen ist davon abgesehen worden, Vernehmlassungen zur Beschwerde einzuholen.

2. – Nach den Bestimmungen der Atomgesetzgebung (Bundesgesetz vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie [SR 732.0], Bundesbeschluss vom 6. Oktober 1978 zum Atomgesetz [SR 732.01], Art. 6 Abs. 1 der Atomverordnung vom 18. Januar 1984 [SR 732.11]) ist der Bundesrat für die Erteilung einer atomrechtlichen Bau- und Betriebsbewilligung zuständig. Es besteht nach derzeit geltendem Recht keine Möglichkeit, einen diesbezüglichen Entscheid, wie er hier mit der bundesrätlichen Verfügung vom 21. August 1996 in Frage steht, gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies verkennen denn auch die Beschwerdeführer nicht. Doch halten sie dafür, gestützt auf das gegenwärtig vor den Strassburger Organen hängige Beschwerdeverfahren betreffend Verlängerung der Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk Mühleberg (Beschwerdesache Ursula Balmer-Schafroth und Mitbeteiligte) ergebe sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und damit die gerichtliche Überprüfbarkeit der hier angefochtenen Bewilligung für das Zwischenlager für radioaktive Abfälle in Würenlingen.

Dazu ist zunächst festzustellen, dass die Europäische Kommission für Menschenrechte in Strassburg zwar in ihrem Bericht vom 18. April 1996 mit 16 : 12 Stimmen zum Ergebnis gelangt ist, dass die Schweiz Art. 6 Ziff. 1

EMRK dadurch verletzt, dass die ebenfalls umstrittene Verlängerung der Betriebsbewilligung für das KKW Mühleberg gemäss den geltenden Bestimmungen der schweizerischen Atomgesetzgebung einer gerichtlichen Überprüfung entzogen ist. Ein solcher Bericht (Art. 31 EMRK) stellt aber nur einen Entscheidungsantrag dar und bindet weder die anderen EMRK-Organen (Gerichtshof und Ministerkomitee des Europarats) noch die Schweiz als betroffene Vertragspartei (s. MARK E. VILLIGER, Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organen im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz, ZSR 104/1995 S. 469 ff., insb. S. 472). Inzwischen haben sowohl die Kommission als auch die Schweiz den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angerufen. Dessen Entscheid – für die Schweiz verbindlich (Art. 53 EMRK) – steht noch aus; es sind erst Verhandlungen in Strassburg auf den 20. Februar 1997 angesetzt worden. Solange kein Entscheid des Europäischen Gerichtshofs vorliegt, der verbindlich die Anwendbarkeit und die Verletzung von Art. 6 EMRK in solchen Fällen feststellen würde (für die Einzelheiten s. VILLIGER, a.a.O., S. 475–478), war der Bundesrat berechtigt, seine Verfügung betreffend die Bau- und Betriebsbewilligung nach den geltenden Bestimmungen des Atomgesetzes zu erteilen, und zwar mit der Rechtsfolge, dass eine solche Bewilligungsverfügung nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden kann (Art. 98, 99 lit. e und 100 lit. u OG).

Aus dem in bezug auf das KKW Mühleberg nach wie vor hängigen Verfahren in Strassburg vermögen die Beschwerdeführer somit jedenfalls zum heutigen Zeitpunkt nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Wie dieses Verfahren ausgehen wird, ist ungewiss. Ein erst zu erwartendes Urteil des Gerichtshofs für Menschenrechte vermag das vorliegende Verfahren nicht zu präjudizieren. Die allfälligen Auswirkungen eines solchen Urteils auf die schweizerische Rechtsordnung werden zu gegebener Zeit zu bestimmen sein.

Demgemäss ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten. Mit dem vorliegenden Entscheid wird das von den Beschwerdeführern gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestandslos.

3. – Unter den gegebenen Umständen rechtfertigt es sich, keine Gerichtskosten zu erheben.

Den Beschwerdeführern steht dem Ausgang des Verfahrens entsprechend keine Parteientschädigung zu. Eine solche ist auch der Beschwerdegegnerin nicht zuzusprechen, da ihr im vorliegenden Verfahren kein Aufwand entstanden ist."