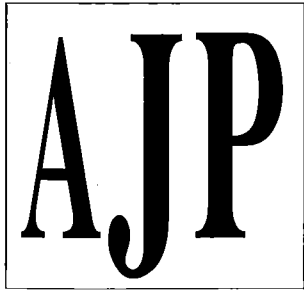


Aktuelle



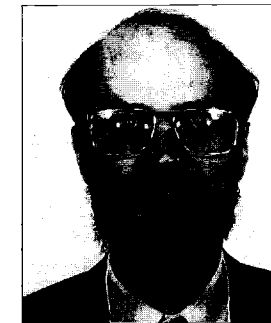
Dike Verlag AG St. Gallen (Schweiz)

**JURISTISCHES
Praxis**

SONDERDRUCK
(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung:
Dike Verlag AG
Postfach 378, CH-8853 Lachen
Tel. 055/63 68 80, Fax 055/63 68 81

Der Anspruch auf richterliche Beurteilung "zivilrechtlicher" Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK



RA Dr. rer. publ.
Andreas Kley-Struller,
St. Gallen

Inhaltsübersicht

- A. Problemstellung
- B. Geltung von Art. 6-1 EMRK im Verwaltungsrecht
 - I. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei strafrechtlichen Anklagen
 - 1. Begriff
 - 2. Strafbestimmungen in Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen
 - 3. Disziplinarrecht bei freien Berufen
 - 4. Disziplinarrecht bei öffentlichen Bediensteten
 - 5. Disziplinarrecht bei Straf- und Untersuchungsgefangenen
 - 6. Disziplinarrecht bei Militärpersonen
 - II. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei "zivilrechtlichen" Streitigkeiten
 - 1. Begriff
 - 2. Ausgangspunkt: Streitigkeiten betreffend die Nutzung des (Grund-)Eigentums
 - 3. Streitigkeiten betreffend die private, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit
 - 4. Streitigkeiten betreffend die soziale Sicherheit
 - 5. Erste Teildefinition im Urteil *Éditions Périscope*: vermögenswerte Streitsachen
 - 6. Negative Beispiele für "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil"
 - 7. Strittiges Recht muss von der nationalen Rechtsordnung "anerkannt" sein
 - 8. Ernsthafte Streitigkeit betreffend ein Recht oder blosser Meinungsverschiedenheit über eine Ermessensausübung?
- C. Umsetzung der Rechtsweggarantie des Art. 6-1 EMRK
 - I. Sachlicher Umfang der zu schaffenden Gerichtszuständigkeit
 - II. Bundesstaatliche Zuständigkeit
 - III. Anwendung des Art. 6-1 EMRK durch den Verwaltungsrichter
 - 1. Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK
 - 2. Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 6-1 EMRK im Einzelfall
 - 3. Zulässigkeit dieses Vorgehens
 - 4. Notwendigkeit von Gesetzesanpassungen
- D. Sonderprobleme
 - I. Einschränkung des Rechtsschutzes auf anfechtbare Verfügungen?

- II. Unanfechtbare Verfügungen des Bundesrates und der Kantonsregierung
- III. Unanfechtbarkeit von Einzelakten der Parlamente
- IV. Verwaltungsgerichtliche Verfahren mit zu enger Kognition und ungenügender Entscheidungskompetenz
- V. Fordert Art. 6 EMRK eine Anfechtungsmöglichkeit von Gesetzen?
- F. Ausblick

A. Problemstellung¹

1. Die Europäische Menschenrechtskonvention² (EMRK) garantiert nach Art. 6-1 EMRK – kurz gefasst – einen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass eine Streitsache

Anlässlich der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen am 3.11.1993 gehaltenes Referat.

- 1 Besondere Abkürzungen: B = Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte, CD = Recueil de décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme, DR = Decisions et Rapports, E = Zulassungsentscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte, ECHR/A (oder B) Publications of the European Court of Human Rights, Series A oder B, ÖJZ = Österreichische Juristenzeitung, RUDH = Revue universelle des droits de l'homme. Siehe zu den Abkürzungen der kantonalen Verfahrensgesetze hinten FN 166.
- 2 P. VAN DIJK/G. VAN HOOFF, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Deventer/Boston 1990; J. FROWEIN/W. PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl a.Rh. usw. 1985; A. GROTRIAN, Article 6 of the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, Directorate of Human Rights 1992; A. HAEFLIGER, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1993; A. KLEY-STRULLER, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 85, Zürich 1993; A. KLEY-STRULLER, Der gerichtliche Schutz der Grundrechte durch Art. 6-1 EMRK und das neunte Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Referat an der 9. Tagung der Deutsch-Österreichisch-Schweizerisch-Liechtensteinischen Anwaltsvereinigung e.V. (DACH) (die Referate dieser Tagung erscheinen demnächst im Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien); H. MIEHSLER, Kommentar zu Art. 6 EMRK (1985), in Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, H. GOLSONG/K. WOLFRAM/H. MIEHSLER/H. PETZOLD/K. ROGGE/TH. VOGLER/L. WILDHABER (Hrsg.), Köln usw., Loseblatt, Stand: 2. Lieferung 1992; (zit.: MIEHSLER, IntKom); W. PEUKERT, Vorschläge zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutzsystems, EuGRZ 1993 173 ff.; R. J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 1993 II 577 ff.; S. STAVROS, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Dordrecht usw. 1993; ST.

in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird und zwar von einem *unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht*. Diese Norm gewährleistet vor allem das Grundrecht auf Zugang zu einem Gericht, *vorausgesetzt* es handelt sich um "Civil rights and obligations" bzw. "Droits et obligations de caractère civil" oder um eine "criminal charge" bzw. "accusation en matière pénale"³. Diese wichtige Bestimmung zwingt indes die Vertragsstaaten nicht, schon erstinstanzlich Gerichte mit entsprechenden Verfahrensgarantien vorzusehen. Vielmehr ist dem Art. 6-1 EMRK Genüge getan, wenn ein Gericht die Verwaltungsentscheidungen oder Rekursentscheide auf Beschwerde hin nachkontrolliert⁴. Die Rechtsweg- oder Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK lässt also die traditionelle Ordnung in der nachkontrollierenden Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen. Dieses Verfahrensgrundrecht fordert auch keinen gerichtlichen Instanzenzug⁵.

2. Art. 6-1 EMRK spricht nach der Praxis der Konventionsorgane (Gerichtshof, Kommission und Ministerkomitee) neben der *Rechtsweggarantie* noch folgende Verfahrensgarantien aus⁶:

- Verfahrensfairness, Grundsatz der Waffengleichheit, rechtliches Gehör;
- Öffentlichkeit der Verhandlung und Urteilsverkündung;
- angemessene Verfahrensdauer;
- Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des gesetzlich eingesetzten Gerichts.

Bei "strafrechtlichen" Anklagen kommen zusätzlich die Garantien des Art. 6-3 EMRK zur Anwendung⁷. Diese Verfahrensgarantien, welche den Kerngedanken des Art. 6-1 EMRK – das Recht auf Zugang zu einem Gericht – begleiten, sind indessen nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

3. Das in Art. 6-1 EMRK verankerte Recht auf Zugang zu einem Gericht hat in der Schweiz nun deshalb eine besondere Bedeutung erlangt, weil im Jahr 1988 der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil *Belilos* festgestellt hat, dass die 1974 abgegebene *auslegende Erklärung* der Schweiz unwirksam sei⁸. Ferner hielt der Gerichtshof im Urteil *Weber gegen die Schweiz*⁹ (1990) den *Vorbehalt* hinsichtlich der Öffentlichkeit für unwirksam. Die auslegende Erklärung und der Vorbehalt erfüllten beide die Anforderungen gemäss Art. 64 EMRK nicht.

4. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 17.12.1992¹⁰ die vom schweizerischen Bundesrat nach dem Urteil *Belilos* präzisierende *auslegende Erklärung* ebenfalls als unwirksam angesehen. Zur Begründung hat das Bundesgericht im wesentlichen angeführt, dass Art. 64 EMRK das nachträgliche Anbringen eines Vorbehalts untersagte und bis 1988 überhaupt kein entsprechender gültiger Vorbehalt bestanden habe, der präzisiert werden könnte. Infolgedessen findet Art. 6 EMRK vollumfänglich und in der Auslegung der Konventionsorgane Anwendung¹¹, und zwar im Hinblick auf "strafrechtliche Anklagen" als auch "zivilrechtliche" Ansprüche und Verpflichtungen.

B. Geltung von Art. 6-1 EMRK im Verwaltungsrecht

I. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei strafrechtlichen Anklagen

1. Begriff

5. Art. 6-1 EMRK ist auf "strafrechtliche Anklagen" anwendbar. Im Unterschied zu "zivilrechtlichen" Streitigkeiten sind auch die Anforderungen der Art. 6-2 und 6-3 EMRK zu beachten; Art. 6 EMRK wird also vollumfänglich anwendbar¹². Zu beachten ist ferner, dass Art. 2 ZP 7 EMRK das Recht auf eine zweite Gerichtsinstanz in Strafsachen einräumt, sofern nicht gewisse Ausnahmen gegeben sind¹³. Ist Art. 6 EMRK in seiner strafrechtlichen

TRECHSEL, Die Bedeutung der EMRK im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1989, 819 ff.; ST. TRECHSEL, Gerichtlicher Menschenrechtsschutz in Grund- und Menschenrechtsfragen auf europäischer Ebene aus der Sicht der europäischen Kommission für Menschenrechte, in K. STERN (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung: Internationales Symposium vom 17. bis 20. Mai 1989, München 1990, 189 ff.; J. VELU/R. ERGEC, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruxelles 1990. M. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993 (das hervorragende Nachschlagewerk konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden); L. WILDHABER, "Civil rights" nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel/Frankfurt a.M. 1985, 469 ff.

- 3 Urteil *Golder*, ECHR/A 18, § 36.
- 4 Vgl. Urteil *Le Compte* a. o., ECHR/A 43, § 51; Urteil *Le Compte* a. o., ECHR/A 58, § 29; Urteil *Lutz*, ECHR/A 123, § 57; Urteil *Öztürk*, ECHR/A 73, § 56; vgl. BGer v. 19.4.1990, SZIER 1991 405.
- 5 Vgl. z. B. Urteil "Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique", ECHR/A 6, § 9, S. 33; ST. TRECHSEL, Das verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. ZP zur EMRK, in FS für FELIX ERMACORA, Kehl a.Rh. usw. 1988, 195 ff., insb. 202. Vgl. aber N 5 bei strafrechtlichen Anklagen.
- 6 Vgl. M. SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insb. im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, ZSR 1975 I 497; VAN DIJK/VAN HOOF (FN 2), 318 ff.; WILDHABER (FN 2), 469.
- 7 Vgl. genauer TRECHSEL, Bedeutung (FN 2), 836.
- 8 Vgl. ECHR/A 132. Siehe eingehend R. J. SCHWEIZER, Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, ZBl 1990 193 ff., insb. 212 ff.; KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 79 ff.
- 9 ECHR/A 177, vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 87 f.
- 10 BGE 118 Ia 473 (= AJP/PJA 1993, 333), vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 84 ff.
- 11 Vgl. BGer v. 20.1.1993, ZVW 1993 147 ff., insb. 154, welcher BGE 118 Ia 473 (= AJP/PJA 1993 333) bestätigt.
- 12 Vgl. GROTRIAN (FN 2), § 35.
- 13 Vgl. TRECHSEL (FN 5), 195 ff.

Tragweite nicht anwendbar, so ist es auch Art. 2 ZP 7 EMRK¹⁴ nicht.

6. Die Strassburger Organe bestimmen den Begriff der strafrechtlichen Anklage *autonom*¹⁵. Der Gerichtshof umschreibt die "strafrechtliche Anklage" ("criminal charge"/"bien-fondé de toute accusation en matière pénale") als die offizielle amtliche Anzeige der zuständigen Behörde an den Betroffenen, dass ihm die Begehung einer Straftat angelastet werde¹⁶. In gewissen Fällen kann sie die Form anderer Massnahmen annehmen, die einen solchen Vorwurf beinhalten und ebenfalls nachhaltige Rückwirkungen auf die Lage des Verdächtigen nach sich ziehen¹⁷.

7. Art. 6 EMRK gilt für jedermann, der irgendeiner Straftat "angeklagt" ist, und unterscheidet nicht zwischen *nicht strafbaren* und *nicht bestrafenden* Taten. Art. 6 ist daher auf Einstellungsverfahren anwendbar, welche das vorausgegangene strafrechtliche Verfahren nicht aufheben¹⁸. Dagegen befassen sich Entscheide, einen Angeklagten wegen ungenügenden Verdachtsmomenten dem Strafgericht *nicht* zur Hauptverhandlung zu überstellen, nicht mit einer strafrechtlichen Anklage an sich; Art. 6 EMRK ist unanwendbar¹⁹.

8. Die Menschenrechtskonvention (im folgenden: Konvention) überlässt es den Staaten, eine Handlung oder Unterlassung, die nicht die normale Betätigung eines von ihr geschützten Rechts darstellt, als Straftatbestand zu erfassen; dies ergibt sich aus Art. 7 EMRK. Wenn das nationale Recht eine Handlung strafrechtlich untersagt, so finden Art. 6 und 7 EMRK auf jeden Fall Anwendung²⁰. Im schweizerischen Recht stellen damit die Strafnormen des Strafgesetzbuches, weite Teile des Militärstrafgesetzes²¹, des Nebenstrafrechtes²² und des kantonalen Übertretungsstrafrechtes zweifellos "strafrechtliche Anklagen" dar²³. Das nationale Recht unterscheidet aber vielfach zwischen *Straftaten* und *Disziplinarverstössen*. Der Gerichtshof hat sich zuständig erklärt, im Rahmen von Art. 6 EMRK die Ausscheidung zwischen Straf- und Disziplinarsanktionen zu prüfen²⁴. Ansonsten könnten die Staaten den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK nach freiem Belieben vermindern, indem sie erklärten, es liege gar keine Straftat, sondern ein blosser Verstoss gegen Disziplinarrecht vor²⁵. Dabei zieht der Gerichtshof seit dem Urteil *Engel* (1975) drei Gesichtspunkte ("Engel-Kriterien") in Betracht²⁶:

- Ausgangspunkt ist die *Zuordnung der fraglichen Materie zum nationalen Straf- oder Disziplinarrecht*. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch im Hinblick auf die folgenden von geringer Bedeutung.
- Die Natur der Zuwiderhandlung bestimmt sich nach dem Kreis der *potentiellen Adressaten der Vorschrift*. Disziplinarsanktionen wollen die Einhaltung spezifischer Verhaltensvorschriften durch besondere Personengruppen (Beamte, Schüler, Studenten, Angehörige der freien Berufe, Militärpersonen usw.) sicherstellen. Richtet sich eine "Disziplinarvorschrift" potentiell an die gesamte Bevölkerung, so ist der Verstoss dagegen als strafrechtlich zu werten.

- Sind *Art und Schweregrad der angedrohten Rechtsfolge* bedeutend genug, muss eine Straftat im Sinne von Art. 6 EMRK angenommen werden. Der Gerichtshof hat bereits Bussgelder in der Höhe von DM 60.– oder SFr. 120.–²⁷ als erhebliche und damit strafrechtliche Sanktionen bewertet. Umgekehrt hat die Kommission eine militärische Disziplinarhaft von fünf oder gar zehn Tagen noch nicht als notwendigerweise strafrechtliche Sanktion angesehen²⁸. Dieser Gesichtspunkt dürfte daher in vielen Fällen – ausser es liege eine besonders schwere Sanktion vor – noch keine hinreichenden Anhaltspunkte liefern.

Das zweite und das dritte "Engel-Kriterium" sind in dem Sinne alternativ, als die Natur der Zuwiderhandlung *oder* die besondere Schwere der Sanktion allein genügen kann, um einen Tatbestand in den "strafrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK zu bringen²⁹. Ein besonderes Gewicht hat indes das zweite "Engel-Kriterium"; die Natur der Zuwiderhandlung gibt nach der Praxis der Konventionsorgane vielfach erst den Ausschlag bei der Beurteilung der Frage, ob eine strafrechtliche Anklage vorliegt.

- 14 E 17571/90, *Michele Borrelli against Switzerland* v. 2.9.1993.
- 15 Urteil *Engel*, ECHR/A 22, §§ 80 f.; STAVROS (FN 2), 2 ff.; GROTRIAN (FN 2), § 36.
- 16 Urteil *Deweer*, ECHR/A 35, § 46.
- 17 Urteil *Foti a. o.*, ECHR/A 56, § 62; Urteil *Eckle*, ECHR/A 51, § 73.
- 18 Urteil *Adolf*, ECHR/A 49, § 29 ff.
- 19 Vgl. E 11669/85, A. v. *Germany*, DR 54, 95.
- 20 GROTRIAN (FN 2), § 39.
- 21 Vgl. aber N 14.
- 22 Vgl. zu den Strafnormen in Verwaltungsgesetzen hinten N 9.
- 23 Vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 7 f.
- 24 Urteil *Engel u. a.*, ECHR/A 22, § 81; Urteil *Weber*, ECHR/A 177, § 29.
- 25 Vgl. Urteil *Campbell and Fell*, ECHR/A 80, § 68. Die anfängliche Rechtsprechung der Kommission stellte auf die Klassifikation im nationalen Recht ab, vgl. E 734/60, X. v. *Germany*, CD 6, 29; STAVROS (FN 2), 3.
- 26 Vgl. Urteil *Engel u. a.*, ECHR/A 22, §§ 82–85; Urteil *Demicoli*, ECHR/A 210, §§ 30–34; Urteil *Weber*, ECHR/A 177, §§ 31–34; Urteil *Öztürk*, ECHR/A 73, §§ 50–53; Urteil *Campbell and Fell*, ECHR/A 80, §§ 70–73; SCHWEIZER (FN 2), 674; MIEHSLER (FN 2), N 197 ff. zu Art. 6 EMRK; FROWEIN/PEUKERT (FN 2), N 25 zu Art. 6 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF (FN 2), 310 f.; STAVROS (FN 2), 7; GROTRIAN (FN 2), § 40.
- 27 Urteil *Öztürk*, ECHR/A 73, §§ 50–53; bestätigt im Urteil *Lutz*, ECHR/A 123, §§ 50–57. Urteil *Belilos*, ECHR/A 132, §§ 12, 62. Vgl. zu diesen verwaltungsstrafrechtlichen Bagatellsachen N 9.
- 28 E 17571/90, *Michele Borelli gegen die Schweiz*, vom 2.9.1993; vgl. N 14.
- 29 Urteil *Lutz*, ECHR/A 123, § 55.

2. Strafbestimmungen in Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen

9. Die zahllosen *Strafbestimmungen in den Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen* der Kantone³⁰ und des Bundes³¹ führen zur Sanktionierung eines bestimmten Verhaltens gegen diese Gesetze mit *Bussen* oder *Freiheitsstrafen*. Beide Sanktionsarten können nach dem dritten "Engel-Kriterium" hinsichtlich ihrer Schwere strafrechtliche Anklagen gemäss Art. 6–1 EMRK darstellen. Entscheidend ist bei diesen Sanktionen jedoch nicht ihre Schwere, sondern der Adressatenkreis: Sie richten sich potentiell an die gesamte Bevölkerung. In diesem Sinne ordnete der Gerichtshof in den Urteilen *Oetztürk* oder *Lutz*³² das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht als strafrechtlich ein. Die vom Beschwerdeführer verletzte Strassenverkehrsregel richte sich nicht an eine vorbestimmte Gruppe mit besonderem Status – etwa in der Art des Disziplinarrechts –, sondern an alle Bürger in ihrer Eigenschaft als Verkehrsteilnehmer. Sie schreibe ein bestimmtes Verhalten vor und verbinde diese Forderung mit einer Strafsanktion, welche sowohl ahnden als auch abschrecken wolle. Der allgemeine Charakter der Regel und der sowohl präventive als auch repressive Zweck der Sanktion reichen für die Feststellung aus, dass die fragliche Zuwiderhandlung eine strafrechtliche Anklage gemäss Art. 6 EMRK darstelle. In diesem Sinne müssen beispielsweise die folgenden Sanktionen als strafrechtliche Anklagen angesehen werden:

- Mit öS 2000.– gebüsste Übertretung von arbeitsgesetzlichen Bestimmungen zum Schutz von Minderjährigen³³.
- Vom Gemeinderat ausgesprochene Baubusse, z. B. wegen Bauens ohne Baubewilligung oder wegen unerlaubten Abweichens von den bewilligten Plänen³⁴. Jedermann, der eine Baute errichtet, muss sich an die Bauvorschriften halten: Die sanktionierte Verhaltensnorm richtet sich an einen offenen Personenkreis.
- Schulrechtliche Sanktionen, die gegen Eltern verhängt werden, welche ihre Kinder nicht zum Schulbesuch anhalten³⁵.

Gemäss Art. 6 EMRK darf die Beurteilung solcher Verwaltungsstrafsachen nicht in die endgültige Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde gelegt werden. Entgegen Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bedarf es einer in ihrem Umfang hinreichenden gerichtlichen Nachkontrolle³⁶.

10. Das Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozessrecht auferlegt den Verfahrensbeteiligten gewisse Mitwirkungs- und Auskunftspflichten³⁷. Der Richter oder die zuständigen Verwaltungsbehörden haben es in der Hand, eine Missachtung prozessrechtlicher Vorschriften mit Bussen oder mit Freiheitsstrafen zu ahnden. Auch hier ist nebst der Erheblichkeit der vorgesehenen Sanktionen der allgemeine Adressatenkreis entscheidend: Jedermann kann – selbst gegen seinen Willen – Partei eines Verfahrens werden oder zu bestimmten Auskünften in einem Verfahren verpflichtet werden. Ähnlich wie beim deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht muss Art. 6 EMRK nach dem zweiten "Engel-Kriterium" anwendbar sein. Der Gerichtshof hatte

daher im Urteil *Weber gegen die Schweiz*³⁸ die Bestrafung einer Partei mit Fr. 300.– im Strafprozess wegen Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses nicht als disziplinarisch qualifiziert. Denn die Parteien würden am Verfahren nur als der Zuständigkeit der Gerichte unterworfenen Personen teilnehmen. Sie unterliegen aber nicht der Disziplinargewalt der Gerichtsbarkeit; die prozessrechtlichen Sanktionen richteten sich vielmehr potentiell an die gesamte Bevölkerung.

Die Kommission hat dagegen eine fünftägige Beugehaft gegen einen aussageunwilligen Zeugen nicht als strafrechtliche Anklage angesehen. Die Konvention nenne dieses prozessuale Druckmittel selbst in Art. 5–1 lit. b EMRK, das der Erzwingung einer dem Zeugen obliegenden gesetzlichen Pflicht diene³⁹. Ausserdem hat die Kommission die von den Gerichten ausgefallenen Ordnungsbussen in einer vielfach bestätigten Praxis ebenfalls nicht als strafrechtliche Anklagen angesehen⁴⁰, obwohl hier m. E. das zweite und dritte "Engel-Kriterium" deutlich für die Anwendung des Art. 6 EMRK sprechen. Vor dem Hintergrund des erwähnten Urteils *Weber* – wo die Kommission ebenfalls die gegenteilige Auffassung vertreten hatte – ist anzunehmen, dass der Gerichtshof Art. 6 EMRK für anwendbar erklären würde. Die Auferlegung von Prozesskosten wegen verfahrensrechtlichen Fehlverhaltens stellt hingegen eindeutig keine strafrechtliche Anklage dar⁴¹. Sie könnte aber als vermögensrechtliche Auseinandersetzung in den "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6–1 EMRK fallen⁴².

- 30 Vorbehalten in Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 StGB.
- 31 Insbesondere das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974, SR 313.0 und die zahlreichen Bestimmungen des Nebenstrafrechtes in Verwaltungsgesetzen des Bundes, vgl. HAEFLIGER (FN 2), 122.
- 32 ECHR/A 77, § 53; ECHR/A 123, §§ 50–57.
- 33 E 8998/80, X. gegen Österreich, DR 32, 150.
- 34 Siehe z. B. BGer. v. 7.5.1991, J. R. gegen Gemeinderat St. Margrethen und Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen, SZIER 1992 502 und Amtsblatt des Kantons St. Gallen 1992 1791; BGE 115 Ia 406 f.
- 35 Vgl. z. B. Art. 97 des st. gallischen Volksschulgesetzes v. 13.1.1983, sGS 213.1 (Ordnungsbusse bis zu Fr. 200.– ohne Gerichtspflege), vgl. anschaulich St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1988 Nr. 92. Hier liegen m. W. noch keine publizierten Entscheidungen der Konventionsorgane vor.
- 36 Vgl. ST. TRECHSEL, Der Einfluss der EMRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1988 667 ff.
- 37 Siehe z. B. im Bund: Art. 60 VwVG; Art. 31 OG; Art. 25 und 26 BStP.
- 38 ECHR/A 177, §§ 29 ff., insb. § 33.
- 39 Vgl. B 16002/90, K. gegen Österreich, § 38, publiziert in ECHR/A 255–B. Das Bundesgericht hat in BGE 117 Ia 497 mit guten Gründen die gegenteilige Auffassung vertreten.
- 40 Vgl. betreffend eine Ordnungsbusse gemäss Art. 31 Abs. 2 OG: E 15702/89, Luc Payot gegen die Schweiz, VPB 1992 Nr. 52, Ziff. 4 m. w. H.
- 41 Vgl. E 10615/83, B. v. United Kingdom, DR 38, 213.
- 42 Vgl. N 31 ff. zum Urteil *Éditions Périscope*, ECHR/A 234–B.

3. Disziplinarrecht bei freien Berufen

11. Die Vertragsstaaten auferlegen den *Angehörigen der freien Berufe* – namentlich Ärzten, Apothekern, Rechtsanwälten, Notaren, Architekten – vielfach besondere Standes- und Berufspflichten. Verstösse gegen die Standesordnung ziehen mitunter erhebliche *Disziplinarsanktionen* nach sich. Die Kommission hat diese Sanktionen etwa in den folgenden Fällen nicht als strafrechtliche Anklagen gewertet⁴³:

- Disziplinarmaßnahmen der belgischen Notarkammer, wonach einem Notar empfohlen wurde, Honorare an die Klienten zurückzubezahlen⁴⁴;
- Busse von 12000.– DM für standeswidriges Verhalten eines Apothekers⁴⁵;
- Disziplinarverfahren gegen einen Rechtsanwalt, das mit einer Verwarnung endete⁴⁶.

Wird als Sanktion dagegen ein (auch nur befristetes) Berufsausübungsverbot ausgesprochen, so ist Art. 6–1 EMRK anwendbar, weil eine "zivilrechtliche" Streitigkeit vorliegt⁴⁷.

4. Disziplinarrecht bei öffentlichen Bediensteten

12. Das Recht des öffentlichen Dienstes sieht Sanktionen bei Disziplinarverfehlungen vor; so stehen beispielsweise im Beamtengesetz des Bundes der Verweis, Busse, Kürzung der Besoldung und von Vergünstigungen, Rückversetzung im Amt, Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis und als schwerste Sanktion die disziplinarische Entlassung⁴⁸ zur Verfügung. Die Kommission hat diese Disziplinarsanktionen bislang nicht als strafrechtliche Anklagen angesehen⁴⁹.

Die beamtenrechtlichen Disziplinarmaßnahmen und insbesondere die Entlassung von Beamten sind nach der bisherigen Auffassung der Kommission auch keine "zivilrechtliche Streitigkeit"⁵⁰. Diese letztere Rechtsprechung wird sich möglicherweise ändern. Das Urteil *Éditions Périscope*⁵¹ könnte dazu führen, dass sämtliche pekuniären und vermögenswerten Disziplinarmaßnahmen (Bussen, Besoldungskürzungen usw.) als "zivilrechtlich" angesehen werden müssen.

5. Disziplinarrecht bei Straf- und Untersuchungsgefangenen

13. Der Gerichtshof hat den Entzug des Straferlasses bei Disziplinverstössen englischer Gefangener im Umfang von 570 Tagen als strafrechtliche Anklage gewertet⁵². Er liess sich hier zu Recht vom dritten "Engel-Kriterium" leiten; die angeordnete Verwirkung des Strafnachlasses hatte nach Auffassung des Gerichtshofes derart schwerwiegende Konsequenzen für den Beschwerdeführer, dass die Sanktion als "strafrechtliche" qualifiziert werden musste. Weniger einschneidende Sanktionen gegen Gefangene werden von der Kommission nicht als strafrechtliche Anklagen gewertet, so etwa:

- disziplinarische Verschärfung des Untersuchungshaftregimes⁵³;
- Disziplinarverfahren vor dem Gefängnisdirektor, welcher als Höchststrafe 28 Tage Verlust an vorzeitiger Entlassung anordnen konnte⁵⁴; selbst bei einem Verlust von 60 Tagen vorzeitiger Entlassung verneinte die Kommission noch die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK⁵⁵.

6. Disziplinarrecht bei Militärpersonen

14. Im Urteil *Engel* hielt der Gerichtshof vier Tage einfachen Arrest und zwei Tage strengen Arrest nicht für eine strafrechtliche Sanktion; sie seien von zu kurzer Dauer. Dagegen wurde ein verschärfter Arrest von 12 Tagen Dauer als strafrechtliche Anklage bewertet⁵⁶; der Gerichtshof liess sich dabei vor allem von der theoretischen Höchststrafe von vier Monaten Strafkompagnie leiten.

Im ersten Bericht *EGGS gegen die Schweiz*⁵⁷ bewertete die Kommission eine militärische Disziplinarstrafe von fünf Tagen scharfem Arrest gemäss den drei "Engel-Kriterien" nicht als strafrechtliche Anklage. Die Kommission

- 43 Vgl. auch MIEHSLER/VOGLER (FN 2), N 181 zu Art. 6 EMRK; STAVROS (FN 2), 20 f.
- 44 E 11869/85 v. Belgium, European Human Rights Reports 1989 76.
- 45 E 10059/82, M. c. Allemagne, DR 43, 5.
- 46 E 8249/79, X. v. Belgium, DR 20, 40.
- 47 Vgl. Urteil H. v. Belgium, ECHR/A 127; STAVROS (FN 2), 21; siehe dazu N 25 f.
- 48 Vgl. Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30.6.1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, SR 172.221.10. Die kantonalen Beamtengesetze kennen ähnliche Regelungen. Als Disziplinarsanktion steht jedoch die Freiheitsstrafe nicht zur Verfügung, diese Sanktion wäre beim Beamtenrecht schwer vorstellbar, vgl. STAVROS (FN 2), 22.
- 49 Vgl. z. B. E 15965/90, X. c. Espagne (Abberufung eines Richters wegen disziplinarischer Verfehlungen ist keine strafrechtliche Anklage); E 17089/90 gegen Österreich, ÖJZ 1992 162 (Verweis); E 10365/83, S. v. Germany, DR 39, 237 (Geldbusse von DM 4000.–); vgl. weitere Beispiele bei KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 15.
- 50 Die Entlassung von Staatsangestellten wurde weder als strafrechtliche Anklage noch als zivilrechtliche Streitigkeit angesehen, vgl. z. B. E 734/60, X. v. Germany, CD 6, 29; E 9799/82, C. c. Suisse, VPB 1986 Nr. 99; E 10582/83, P. v. Portugal, DR 40, 271; E 7374/76, X. v. Denmark, DR 5, 157; E 8496/79, X. v. United Kingdom, DR 21, 168.
- 51 ECHR/A 234–B; vgl. N 31 ff.
- 52 Urteil *Campbell and Fell*, ECHR/A 80, §§ 70–73.
- 53 Vgl. E 11691/85, René Pelle c. France (12 Tage Einzelhaft), DR 50, 263; E 7754/77, X. c. Suisse, DR 11, 216 oder VPB 1983 Nr. 125; BGE 117 Ia 187; BGE 118 Ia 360.
- 54 E 8317/78, McFeeley a. o. v. United Kingdom, DR 20, 44.
- 55 E 6224/73, Lazlo Kiss v. United Kingdom, DR 7, 55, vgl. STAVROS (FN 2), 16 ff.
- 56 Urteil *Engel u. a.*, ECHR/A 22, §§ 82–85.
- 57 B 7341/79, DR 15, 35 = EuGRZ 1980 308, *Herbert Eggs gegen die Schweiz*. Hier verhinderte ein diplomatisches

hat dieses Ergebnis kürzlich im Zulassungsentscheid *Michele Borelli gegen die Schweiz*⁵⁸ erneut bestätigt. In diesem Fall wurde gegen den Beschwerdeführer wegen eines Wachtvergehens fünf Tage scharfer Arrest verhängt. Die Kommission hielt die Sanktion noch für zu wenig schwerwiegend, als dass sie die Anwendung des Art. 6 EMRK erforderte. Erstaunlicherweise führte sie in einem obiter dictum aus, sogar 10 Tage scharfer Arrest würden nicht zur Anwendung des Art. 6 führen. Allerdings rückte die Kommission noch im Bericht *Albert and Le Compte*⁵⁹ jede Sanktion in der Form einer Freiheitsentziehenden Massnahme in die Nähe einer strafrechtlichen Sanktion. Eine entsprechende Äusserung des Gerichtshofes findet sich auch im Urteil *Engel*⁶⁰. Es ist also ziemlich sicher, dass in der Frage des militärischen Arrests noch nicht das letzte Wort gesprochen ist⁶¹.

II. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei "zivilrechtlichen" Streitigkeiten

1. Begriff

15. Die Formel der "determination of his civil rights and obligations" bzw. "contestations sur ses droits et obligations de caractère civil" hat ein schwerwiegendes Problem aufgeworfen: Was bedeutet diese Formel? Die Konventionsorgane verstehen Art. 6-1 EMRK nicht als *Verweis auf das nationale Recht*, weil damit eine je nach Staat unterschiedliche Anwendung des Art. 6-1 EMRK herbeigeführt würde⁶². Das Ziel eines gemeinsamen, europäischen Grundrechtstandards würde vereitelt. Die Konventionsorgane haben daher einen autonomen Begriff des "Zivilrechtes" entwickeln müssen⁶³.

16. Der englische Begriff der "Civil rights" kann nicht mit "Zivilrecht" übersetzt werden⁶⁴, da in den angelsächsischen beeinflussten Rechtsordnungen keine Trennung von Zivil- und Verwaltungsrecht im Sinne der kontinentalen Tradition besteht. Er könnte vor allem mit "civil liberties" (Grundrechten) identifiziert werden⁶⁵. Der französische Text spricht von "Droits ... de caractère civil". Diese Textfassung will eine enge, nur auf das Privatrecht bezogene Auslegung verhindern⁶⁶, ansonsten hätte die Formulierung "droits civils" genügen müssen. Welche Bereiche in der Nähe ("caractère") des Zivilrechtes miterfasst werden, ist allerdings nach dem französischen Text nicht ersichtlich. Damit sind die beiden authentischen Textfassungen⁶⁷ gleichermassen offen und einer autonomen Auslegung durch die dazu berufenen Konventionsorgane bedürftig. Somit erfolgt die Anwendung des Art. 6-1 EMRK auf das öffentliche Recht nicht wegen einer extrem extensiven "Zivilrechts"-Interpretation der Konventionsorgane, sondern beruht auf dem Vertragstext. Die Übersetzung von Art. 6-1 EMRK in der deutschen Ausgabe der systematischen Sammlung des Bundesrechts⁶⁸ mit "zivilrechtlich" ist daher nachgerade unrichtig.

2. Ausgangspunkt: Streitigkeiten betreffend die Nutzung des (Grund-)Eigentums

17. Anfänglich bestimmte die seit 1955 bestehende Kommission die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK nach der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, wie sie in den deutschsprachigen Ländern vorherrschend war⁶⁹. Dementsprechend wurde in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten die Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK verneint. Die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK bei privatrechtlichen Streitsachen war freilich seit jeher unbestritten.

18. Die Rechtsprechung des seit 1959 bestehenden Gerichtshofes⁷⁰ zu den "zivilrechtlichen Ansprüchen" nahm den Ausgang im 1971 gefällten Urteil *Ringeisen gegen Österreich*. Die zuständige Behörde verweigerte dem Beschwerdeführer die erforderliche Bodenverkehrsgehmigung für den rechtsgültigen Kauf von Grundstücken von den Verkäufern, dem Ehepaar Roth. Zur Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK führte der Gerichtshof aus:⁷¹

"Im gegebenen Fall hatte Ringeisen, nachdem er Grundstücke, die den Eheleuten Roth gehörten, gekauft hatte, Anspruch auf Genehmigung des mit den Roths geschlossenen Kaufvertrages, falls er, wie er behauptete, die gesetzlichen Bedingungen erfüllte. Obschon der Bescheid der Landeskommission in Anwendung verwaltungsrechtlicher Bestimmungen erging, sollte er doch entscheidend sein für die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Ringeisen und den Eheleuten Roth. Das aber genügt, um dem Gerichtshof die Prüfung der Frage aufzugeben, ob die in dieser Sache durchgeführten Verfahren den Erfordernissen des Art. 6 Abs. 1 der Konvention entsprochen haben oder nicht."

19. Der Gerichtshof erblickt in den privatrechtlichen Beziehungen zwischen Ringeisen und den Grundstücksverkäufern Roth ein Recht, in welches die Verweigerung der Bodenverkehrsgenehmigung eingreift. Der zivilrechtliche Grundstückkaufvertrag wirkt ausschliesslich zwischen den Vertragsparteien, aber nicht im Verhältnis zum Staat. Nach dem Wortlaut von Art. 6-1 EMRK müssen die "Civil rights" bzw. "Droits de ... caractère civil" indessen Prozessgegenstand sein⁷². In der vorliegenden Konstellation bedeutet dies, dass sie die öffentlich-rechtlichen Beziehungen von Ringeisen zum Staat regeln müssen. Folglich setzt Art. 6-1 EMRK im Verhältnis vom Bürger zum Staat voraus, dass das beeinträchtigte private Rechtsverhältnis zwischen Ringeisen und Roth zusätzlich durch ein weiteres Recht gegen Eingriffe durch den Staat geschützt wird. Dieses Recht kann nur ein Grundrecht, im vorliegenden Fall die Eigentumsgarantie, sein. Der Gerichtshof findet die "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" zivilrechtlich und öffentlich-rechtlich (grundrechtlich) vor: Im zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Ringeisen und dem Ehepaar Roth sowie im öffentlich-rechtlichen Verhältnis zwischen Ringeisen und dem österreichischen Staat (Eigentumsgarantie)⁷³.

20. Der Gerichtshof hat diese durch das Urteil *Ringeisen* eingeleitete Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen, welche die Nutzung von Grundeigentum, später aber auch von sonstigem Eigentum betrafen, bestätigt. Die Kommission hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen. Art. 6-1 EMRK ist in den folgenden Fällen anwendbar⁷⁴:

- behördliche Genehmigung für Grundstückverkauf⁷⁵;
- Enteignungsstreitigkeiten⁷⁶ oder Güterzusammenlegungsverfahren⁷⁷;
- Verweigerung und Erteilung einer Baubewilligung⁷⁸ und damit verbundene Verfahren der bau- oder umweltschutzrechtlichen Einsprache durch Nachbarn⁷⁹;
- Streitigkeiten über die sonstige Nutzung von Grundstücken, wie staatliche Bewirtschaftung von nichtgenutztem Wohnraum⁸⁰, Widerruf einer Bewilligung zum Abbau von Schotter auf einem Grundstück⁸¹, Einzonung eines Grundstücks in ein Naturschutzgebiet⁸².

21. Die Konventionsorgane haben sich nach dem Urteil *Ringeisen* immer mehr von der privatrechtlichen Betrachtungsweise abgekehrt und öffentlich-rechtliche Auseinandersetzungen über Eigentumsfragen allein genügen lassen, um Art. 6-1 EMRK als anwendbar anzusehen. Dabei hat es überhaupt keine Rolle gespielt, ob die Konventionsstaaten die Eigentumsgarantie im ersten Zusatzprotokoll

Manöver der Schweiz im Ministerkomitee eine Verurteilung. In der zweiten Beschwerde (vgl. B 10313/83, DR 41, 160) machte *Eggs* nach dem Bericht *Santschi* (B 7468/76 usw., DR 31, 5) erfolgreich eine Entschädigung geltend. E 17571/90, v. 2.9.1993.

59 B 7299/75 und 7496/76, ECHR/B 50, S. 35, § 66.

60 Urteil *Engel u. a.*, ECHR/A 22, § 82.

61 Ob an dieser alten *Eggs*-Rechtsprechung wirklich festgehalten werden soll, erscheint mir fraglich, gl. A. VAN DIJK/VAN HOOF (FN 2), 311; STAVROS (FN 2), 13; A. GRIFFEL, Der Grundrechtsschutz in der Armee, Diss. Zürich 1991, 177. M. E. wiegt besonders schwer, dass die Sanktion ausserhalb des militärischen Dienstes vollstreckt wurde und sich in ihrer praktischen Konsequenz noch schärfer als eine Kriminalstrafe von fünf Tagen Haft auswirkt: Es besteht keine Möglichkeit einer Halbgefängenschaft. Im E 8209/78, *Peter Sutter gegen die Schweiz*, DR 16, 166 ff. wurde dagegen eine Gefängnisstrafe, die gestützt auf Militärstrafrecht ausgefällt wurde, ohne weiteres als "strafrechtliche Anklage" angesehen, weil das nationale Recht sie bereits als solche qualifizierte (so auch im Urteil *Sutter*; ECHR/A 74, § 28). Dies bedeutet, dass sich die Staaten im unteren Sanktionsbereich mit der Erklärung, es würde "nur" Disziplinarrecht vorliegen, den Garantien des Art. 6 EMRK entziehen können.

62 WILDHABER (FN 2), 470; MIEHSLER (FN 2), N 101 zu Art. 6 EMRK.

63 Urteil *Ringeisen*, ECHR/A 13, § 94; Urteil *Le Compte, Van Leuven und De Meyere*, ECHR/A 43, §§ 46f; vgl. WILDHABER (FN 2), 470 FN 5.

64 Vgl. MIEHSLER (FN 2), N 4 zu Art. 6 EMRK m. w. H.

65 Vgl. J. FAWCETT, The application of the European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford 1987, 134.

66 Vgl. TH. SCHMUCKI, Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege, Diss. Fribourg 1990, 42.

67 Vgl. die Schlusserklärung nach dem Art. 66 EMRK.

68 Vgl. SR 0.101.

69 Vgl. MIEHSLER (FN 2), N 69 zu Art. 6 EMRK; GROTRIAN (FN 2), § 8.

70 Vgl. die ältere Praxis bei: WILDHABER (FN 2), 470 ff.; FROWEIN/PEUKERT (FN 2), N 8 ff., 35 f. zu Art. 6 EMRK m. H. auf die Rechtsprechung der Kommission; MIEHSLER (FN 2), N 59 ff. und N 193 ff. zu Art. 6.

71 Urteil *Ringeisen*, ECHR/A 13, § 94; deutsche Übersetzung in Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Band 3, Köln usw. 1976, 94 f.

72 Das anerkennt auch der Gerichtshof: vgl. Urteil *Le Compte a. o.*, ECHR/A 43, § 47; Urteil *Pudas*, ECHR/A 125, § 31 lit. d.

73 Vgl. A. BLECKMANN, Zum Begriff der "Civil rights" in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in G. RESS (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverwaltungsrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien/New York 1990, 253 ff., insb. 260 ff.

74 Siehe weitere Beispiele: KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 38 ff.

75 Urteil *Sramek*, ECHR/A 84, §§ 34 f.; vgl. auch Urteil *Håkansson and Stuesson*, ECHR/A 171, § 60.

76 Enteignungsbewilligung und Bauverbot, Urteil *Sporrong und Lönnroth*, ECHR/A 52, §§ 79-83; Urteil *Bodén*, ECHR/A 125, §§ 28-32; Urteil *Zimmermann und Steiner*, ECHR/A 66, § 22; B 10537/83, *Väinö Uskela v. Sweden*, DR 61, 5 ff.

77 Urteil *Ettl a. o.*, ECHR/A 117, § 74; Urteil *Erkner und Hofauer*, ECHR/A 117, § 62; Urteil *Poiss*, ECHR/A 117, § 48; Urteil *Wiesinger*, ECHR/A 213, §§ 49 f.; hier wird auf die "Property rights" abgestellt, die gemäss § 50 unbestrittenermassen "Civil rights" darstellen.

78 Urteil *Skärby*, ECHR/A 180-B, § 29 unter Hinweis auf das Urteil *Allan Jacobsson*, ECHR/A 163, § 72 f. Die Kommission hatte vor wenigen Jahren noch die gegenteilige Auffassung vertreten, vgl. E 10395/83, *N. c. Autriche*, DR 48, 65 und E 11844/85, *Gunnar Erikson a. o. c. Suède*, DR 55, 205; BGE 119 Ia 88 (Unterschutzstellung eines historischen Gebäudes), vgl. Besprechung von A. KLEY-STRULLER, AJP/PJA 1993 1252. E 12032/86, *Carsten Jacobsen gegen Schweden*, EuGRZ 1991 194f (betreffend Ausnahmebaubewilligung bei Bauverbot) und B 12318/86, *Rolf Wollart c. Suède*, §§ 32-36 (vgl. den E in EuGRZ 1991 195), Ausnahmebaubewilligung bei Bauverbot, vom Ministerkomitee am 27.9.1991 bestätigt. Die Kommission hat ihre ältere Rechtsprechung, wonach Streitigkeiten über die Anwendung von Baupolizeivorschriften nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK fallen (vgl. z. B. E 9607/81, *X. c. Suisse*, DR 28, 248), zu Recht aufgegeben, vgl. E 15267/89, *gegen Österreich*, ÖJZ 1992 385 f.

79 E 12884/87, *O. v. Austria* (zulässig erklärt); B 14282/88, *Zander v. Sweden*, Netherlands Quarterly of Human Rights 1993 203.

80 B 12887/87, *Ake Lindén und Konsumentfinans Karlsson & Lindén AB gegen Schweden*, EuGRZ 1991 196 (gütliche Einigung).

81 Urteil *Fredin*, ECHR/A 192, § 63.

82 Urteil *Oerlemans*, ECHR/A 219, §§ 47f; Urteil *Geouffre de la Pradelle*, ECHR/A 253-B, § 23.

zur EMRK ratifizierten oder in ihren Verfassungen gewährleisten. Die Strassburger Organe setzen im Rahmen des Art. 6-1 EMRK dieses Grundrecht vielmehr voraus⁸³.

3. Streitigkeiten betreffend die private, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit

22. Im Urteil *König gegen Deutschland*⁸⁴ (1977) führte der Gerichtshof die Überlegungen der *Ringeisen*-Rechtsprechung auf einem andern Gebiet fort. Die zuständige Verwaltungsbehörde entzog dem Arzt Dr. König die Genehmigung zum Betrieb seiner Privatklinik. Die Kommission hielt Art. 6-1 EMRK mit 10 gegen 6 Stimmen für anwendbar. Die befürwortende Mehrheit spaltete sich jedoch in zwei Gruppen, die unterschiedliche Begründungen heranzogen⁸⁵. Die eine Gruppe hielt dafür, dass der Entzug der Klinikbewilligung den Beschwerdeführer in seinen privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu Dritten tangiere. So beeinträchtigt der Hoheitsakt die Berufsehre von Dr. König. Diese sei zwar nicht von der Konvention, jedoch von allen nationalen Rechtsordnungen anerkannt, die zu deren Schutz Zivilverfahren vorsähen. Aus diesem Grunde stehe beim Entzug der Klinikbewilligung ein "zivilrechtlicher" Anspruch zur Debatte.

Die zweite Gruppe der Kommission hielt die Möglichkeit und das Recht einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit – z. B. durch den Betrieb einer Privatklinik – nachzugehen, *selbst* für ein "Civil right" bzw. "Droit ... de caractère civil". Sie untersuchte nicht, ob der Widerruf der Genehmigung die privatrechtlichen Beziehungen von Dr. König beeinträchtigt. Sie hatte sich vielmehr auf die öffentlichrechtliche Beziehung des Beschwerdeführers zum Gemeinwesen konzentriert.

23. Die beiden Mehrheitsmeinungen der Kommission sind im zivil- und öffentlichrechtlichen Vorgehen im Urteil *Ringeisen* angelegt. Der Gerichtshof hat *beide* Mehrheitsauffassungen der Kommission bestätigt. Er hielt den Entzug der Bewilligung für einen Eingriff in das *privatrechtliche* Rechtsverhältnis zwischen Dr. König und potentiellen Patienten, das aber nicht Gegenstand des Verfahrens war. Der Bewilligungsentzug kann – wie von Art. 6-1 EMRK vorausgesetzt – nur dann in ein Recht eingreifen, wenn das *den Prozessgegenstand* bildende Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt Dr. König und Staat von einem Recht geschützt wird. Folgerichtig hält der Gerichtshof die Möglichkeit, eine Privatklinik zu betreiben und den Arztberuf auszuüben, *selbst für ein Recht*, das einen "Civil character" bzw. "Caractère civil" habe⁸⁶. Ein solches Recht, das einen Arzt vor Eingriffen in die Freiheit der Berufsausübung schützt, *muss seiner Natur nach ein Grundrecht sein*. Im vorliegenden Fall handelt es sich um die *Freiheit und die Möglichkeit, einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit nachzugehen*. Auch hier setzt der Gerichtshof diese Freiheit voraus⁸⁷. Es kommt nicht darauf an, ob der Vertragsstaat eine Wirtschaftsfreiheit in seiner Verfassung anerkennt oder nicht; die Konvention und ihre Zusatzprotokolle enthalten überhaupt kein derartiges Grundrecht.

24. Im Fall *Bentham gegen die Niederlande* (1985) ging es um den Entzug einer Genehmigung, eine Flüssiggastankstelle zu betreiben. Im Hinblick auf die Natur des streitigen Rechts führte der Gerichtshof aus⁸⁸:

"Die Erteilung der Genehmigung, auf die der Beschwerdeführer behauptete, Anspruch zu haben, gehört zu den Bedingungen für die Ausübung eines Teils der beruflichen Tätigkeit, die er in seiner Eigenschaft als Unternehmer ausübte. Sie war eng verbunden mit dem Recht, sein Eigentum in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Gesetzes zu nutzen. Ausserdem ist eine derartige Genehmigung vermögensrechtlicher Natur, was sich insbesondere aus der Übertragbarkeit auf Dritte ergibt."

Wie die Kommission⁸⁹ hielt der Gerichtshof Art. 6-1 EMRK für anwendbar. Hier ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof sowohl das Recht, sein Eigentum zu nutzen, als auch die Möglichkeit, zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken Verträge abzuschliessen, hervorhob. Er verband die unterschiedlichen Grundrechte der *Ringeisen*-Rechtsprechung (Eigentum) mit der *König*-Rechtsprechung (Freiheit wirtschaftlicher Betätigung). Dazu erwähnte er auch noch die *vermögensrechtliche Natur* dieser Genehmigung; dieses Argument sollte bald – wie zu zeigen sein wird⁹⁰ – eine erhebliche Bedeutung erlangen. Dagegen spielte das Argument, der Bewilligungswiderruf beeinträchtigt die potentiellen privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu Dritten, keine Rolle mehr.

25. Die Konventionsorgane haben die *König*- und *Bentham*-Rechtsprechung in zahlreichen weiteren Urteilen bestätigt. In diesen Entscheiden wurde das Argument der privatrechtlichen Beeinträchtigung immer mehr fallengelassen und vorwiegend die *öffentlichrechtliche* (grundrechtliche) Betrachtungsweise herangezogen. Die Konventionsorgane sahen bereits die Streitigkeit über eine ungehinderte, privatwirtschaftliche Tätigkeit als zur Anwendung des Art. 6-1 EMRK hinreichend an. Sie haben den Art. 6-1 EMRK beispielsweise in folgenden Bereichen privatwirtschaftlicher Tätigkeit anwendbar angesehen⁹¹:

83 Ich habe diesen Aspekt von Art. 6-1 EMRK als "formelles Hauptgrundrecht" zum Schutze wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte in meinem Innsbrucker Vortrag eingehender behandelt: vgl. KLEY-STRULLER, Schutz (FN 2), N 18 ff.

84 Urteil *König*, ECHR/A 27.

85 Vgl. B 6232/73 *Eberhard König gegen Deutschland*, ECHR/B 25, 39 ff., §§ 73 ff. und 42 ff., §§ 80 ff.

86 Urteil *König*, ECHR/A 27, §§ 86-96, insb. § 92; bestätigt im Urteil *Kraska*, ECHR/A 254-B, § 25.

87 Ich habe diesen Aspekt von Art. 6-1 EMRK als "formelles Hauptgrundrecht" zum Schutze wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte bezeichnet: vgl. KLEY-STRULLER, Schutz (FN 2), N 18 ff.

88 Urteil *Bentham*, ECHR/A 97, §§ 36.

89 Vgl. B 8848/80, *Albert Bentham gegen Niederlande*, ECHR/B 80, 27 ff., §§ 60 ff.

90 Vgl. N 31 ff.

91 Siehe weitere Beispiele: SCHWEIZER (FN 2), 677; KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 38 ff.

- Entzug der Berufsausübungsbewilligung für Ärzte⁹³, Rechtsanwälte⁹³ oder Architekten⁹⁴;
- Widerruf einer Kraftfahrkonzession⁹⁵;
- Widerruf einer Lizenz zum Ausschank von Alkohol in einem Restaurant⁹⁶;
- Verfahren um Erteilung von Ersatzkonzessionen⁹⁷;
- Verweigerung einer Privatschulbewilligung⁹⁸;
- Herstellungs- und Vertriebsbewilligung für eine Rheuma-Heilsalbe⁹⁹.

26. Untersagt eine Disziplinar-massnahme gegen einen freiberuflich Tätigen dessen privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, so geht es nicht um eine strafrechtliche Anklage, wohl aber um "zivilrechtliche" Ansprüche¹⁰⁰. Auf diese Weise gelangen in solchen Disziplinarrechtsfällen die Garantien des Art. 6-1 EMRK zur Anwendung.

4. Streitigkeiten betreffend die soziale Sicherheit

27. In den Fällen *Feldbrugge gegen die Niederlande und Deumeland gegen Deutschland*¹⁰¹ (beide 1985) betreffend die Fortzahlung des Krankengeldes bzw. der Hinterbliebenenrente nach einem Arbeitsunfall ging es erstmals um die Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK auf *sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten*. Die Kommission hatte sich für eine *vorsichtige Annäherung* an Art. 6-1 EMRK ausgesprochen¹⁰² und lehnte die Anwendung von Art. 6-1 EMRK auf das Sozialversicherungsrecht ab. Sie befürchtete weitreichende Konsequenzen für die nationalen Rechtsordnungen. Die auf öffentliches Recht gestützten Verwaltungsakte könnten in manchen Staaten nicht oder nur ganz beschränkt vor einen unabhängigen Richter gebracht werden; die Staaten sollten nicht durch eine entsprechende Auslegung der Konventionsorgane von Art. 6-1 EMRK dazu gebracht werden. Ausserdem nannte die Kommission die Gefahr, dass die Anwendung des Art. 6-1 EMRK in klassisch öffentlichrechtlichen Materien mit einer restriktiven Auslegung der übrigen Verfahrensgarantien, etwa der Verfahrensöffentlichkeit, "erkaufte" würde. Damit würde der Gehalt des Art. 6-1 EMRK insgesamt geschmälert.

28. Der Gerichtshof konnte sich dieser Auffassung nicht anschliessen und sah vielmehr Art. 6-1 EMRK als grundsätzlich anwendbar an. Er hat zunächst die traditionelle Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht herangezogen. Dabei wog er in einer Gesamtbetrachtung die privatrechtlichen Aspekte gegenüber den öffentlichrechtlichen ab und bewertete entgegen der Auffassung der Kommission beide Streitsachen als "zivilrechtlich"¹⁰³. Als *Aspekte des öffentlichen Rechts* nannte der Gerichtshof:

- den Charakter der anwendbaren Gesetzgebung nach nationalem Verständnis;
- den obligatorischen Charakter der betreffenden Versicherung und
- die Übernahme des sozialen Schutzes durch die öffentliche Gewalt.

Sodann findet sich die *bemerkenswerte Äusserung des Gerichtshofes, dass die drei Aspekte nicht einmal zusammen ausreichen würden, um die Unanwendbarkeit von Art. 6 EMRK zu bewirken*. Der Gerichtshof sieht also die Überzeugungskraft dieser Aspekte als gering an; die folgende Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 6-1 EMRK auf das Sozialversicherungsrecht sollte dies bestätigen¹⁰⁴.

Als *Aspekte des Privatrechts* führte der Gerichtshof an:

- die individuelle, persönliche und wirtschaftliche Natur des Anspruchs und dessen Bedeutung als existenzsichernde Einkommensquelle;
- die Verknüpfung mit einem Arbeitsvertrag und
- die Ähnlichkeiten der Sozialversicherung mit einer gewöhnlichen, privaten Versicherung.

29. Der Gerichtshof ist bei einigen Urteilen gegen Italien einen erheblichen Schritt weitergegangen. Das Urteil *Salerno gegen Italien* (1992) betraf eine Streitigkeit zwischen einem Notar-Stellvertreter und der nationalen Versicherungskasse für Notare betreffend Pensionsansprüche bzw. Rückzahlung von einbezahlten Beiträgen. Der Ge-

92 Urteil *Albert et Le Compte*, ECHR/A 58, §§ 25-30 und Urteil *Le Compte, van Leuven and de Meyere*, ECHR/A 43, §§ 44-51; Urteil *König*, ECHR/A 27, § 91 f.; Urteil *Kraska*, ECHR/A 254-B, § 25, vgl. den E 13942/88, *M. K. gegen die Schweiz*, EuGRZ 1991 408 f.

93 Urteil *H. v. Belgium*, ECHR/A 127.

94 E 11504/85, *Jean-Claude Nyström c. Belgique*, DR 58, 48; vgl. E 10027/82, *Guchez v. Belgium*, DR 40, 10.

95 Urteil *Pudas*, ECHR/A 125, §§ 36-38.

96 Urteil *Tre Traktörer AB*, ECHR/A 159, §§ 36-44, insb. § 43, selbst wenn der Staat das Monopol zum Verkauf und Ausschank alkoholischer Getränke besitzt.

97 B 12213/86, *Jon Axelsson, Roy Gasper, L.-E. Hjelm and Stig Nissen v. Sweden*, §§ 42-56, vgl. den E in EuGRZ 1989 266.

98 B 11533/85, *Ingrid Jorbebo Foundation of Christian Schools v. Sweden*, DR 61, 92ff §§ 80-94; vgl. den E in DR 51, 125 oder EuGRZ 1988 282 f.

99 B 15269/89, *Josef Müller AG v. Switzerland*, §§ 53-66, VPB 1992 Nr. 53; vom Ministerkomitee am 15.5.1992 in der Resolution DH 92 (16) bestätigt.

100 Urteil *Albert and Le Compte*, ECHR/A 58, §§ 27 ff.; B 9359/81, *Michel Honart v. Belgium*, §§ 30-34, DR 53, 5; E 12458/86, *Raphaël Verstele v. Belgium*, DR 59, 113.

101 ECHR/A 99, §§ 25-40; ECHR/A 100, §§ 59-74.

102 Vgl. B 8562/79, *Feldbrugge gegen die Niederlande*, ECHR/B 82, S. 25, § 102 und B 9384/81, *Deumeland gegen Deutschland*, ECHR/B 83, S. 23, § 58: "cautious approach" bzw. "cautious approach". Vgl. W. WEH, Der Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK. Das Ende des "cautious approach" und seine Auswirkungen in den Konventionsstaaten, EuGRZ 1988 433 ff.

103 Vgl. Urteil *Feldbrugge*, ECHR/A 99, §§ 32 ff. bzw. §§ 36 ff.; Urteil *Deumeland*, ECHR/A 100, § 65 ff. bzw. §§ 70 ff.; R. J. SCHWEIZER, Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Sozialversicherungsrecht, in Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, 19 ff., insb. 27 ff.

104 Vgl. N 29 f.

richtshof nahm ohne eingehende Erörterungen an, dass der verlangte Anspruch *ohne jeden Zweifel* einen "zivilrechtlichen" Charakter besitze¹⁰⁵. Hierin verwirklichte sich die erwähnte Äusserung des Gerichtshofes in den Urteilen *Feldbrugge und Deumeland*, wonach nicht einmal alle drei "öffentlichrechtlichen Aspekte" zusammen die Nichtanwendung des Art. 6-1 EMRK rechtfertigten. Im Urteil *Francesco Lombardo*¹⁰⁶ wertete der Gerichtshof die Streitigkeit betreffend eine erhöhte Pension eines ehemaligen Mitgliedes der Carabinieri als "zivilrechtlich", obwohl die Bezüge nach italienischem Recht *nicht direkt von den einbezählten, persönlichen Beiträgen abhängen*¹⁰⁷.

30. Einen wichtigen Schritt tat der Gerichtshof im Urteil *Salesi* (1993), welches die Anwendung des Art. 6-1 EMRK auf eine Streitigkeit betreffend eine monatliche Invalidenunterstützung behandelte, die von keinen persönlichen Beitragszahlungen abhängig war. Der Gerichtshof sah die durch die Urteile *Feldbrugge* und *Deumeland* eingeleitete Rechtsentwicklung und die Rechtsgleichheit als Grund an, um Art. 6-1 EMRK *generell auf das Gebiet der sozialen Sicherheit anzuwenden*¹⁰⁸:

"Der Gerichtshof ist erneut mit der Frage konfrontiert, ob Art. 6-1 EMRK bei Streitigkeiten über die soziale Sicherheit anwendbar ist. Dieser Frage war der Gerichtshof bereits in den Fällen *Feldbrugge* und *Deumeland* nachgegangen. Er hat damals festgestellt, dass in den Gesetzgebungen und in der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten des Europarates grosse Unterschiede bestehen, was die Natur der Sozialversicherungs- und Sozialhilfeansprüche anbelangt. Gleichwohl erlauben diese durch die beiden Urteile ausgelöste Entwicklung und der Grundsatz der Gleichbehandlung anzunehmen, dass nach heutiger Ansicht, Art. 6-1 EMRK *generell auf dem Gebiet der Sozialversicherung anwendbar ist*.

Im vorliegenden Fall stellte sich diese Frage in Verbindung mit Sozialhilfe und nicht wie in den vorerwähnten Urteilen, bei der Sozialversicherung. Gewiss bestehen zwischen beiden Gebieten Unterschiede, aber diese können beim heutigen Stand der Entwicklung der sozialen Sicherheit nicht als grundlegend angesehen werden. Dies und die beiden erwähnten Urteile rechtfertigen die Ansicht, dass auch in bezug auf *Sozialhilfebeiträge* die staatliche Mitwirkung die Anwendung von Art. 6-1 EMRK nicht auszuschliessen vermag.

Wie schon in den zwei vorher angeführten Urteilen erwähnt, sprechen weitere Gründe zugunsten der Anwendung des Art. 6-1 EMRK auf den vorliegenden Fall. Der wichtigste Grund besteht in der Tatsache, dass trotz der öffentlichrechtlichen Aspekte, welche die Regierung geltend gemacht hat, Frau *Salesi* nicht in ihren Beziehungen als solchen zur Verwaltung im Rahmen der Ermessensbetätigung betroffen war, sondern zwischen ihr und der Verwaltung bestand vielmehr eine Streitigkeit betreffend die Existenzmittel für ihren Lebensunterhalt. Sie machte ein *individuelles, wirtschaftliches Recht* geltend, welches in den Gesetzen in Ausföhrung eines Verfassungsauftrages niedergelegt war."

Damit gelangt das gesamte Sozialversicherungsrecht, das Fürsorge- und Sozialhilfewesen in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK. Nach diesem Urteil war es nur selbstverständlich, dass der Gerichtshof Art. 6-1 EMRK auch im Fall *Schuler-Zraggen gegen die Schweiz* betreffend eine revisionsweise Aufhebung einer Invalidenrente¹⁰⁹ und im Urteil *Massa gegen Italien*¹¹⁰ betreffend eine beamtenrechtliche Witwenrente anwendbar erklärte. Damit hat sich das eine *Feldbrugge-Deumeland-Kriterium des persönlichen, wirtschaftlichen und individuellen Anspruches auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit* als entscheidend erwiesen¹¹¹. Die noch aus diesen beiden Urteilen bekannten Erfordernisse einer Beziehung zu einem Arbeitsvertrag sowie der Parallelität zum privatrechtlichen Versicherungswesen hat der Gerichtshof aufgegeben.

5. Erste Teildefinition im Urteil *Éditions Périscope*: vermögenswerte Streitsachen

31. Das Kriterium eines *persönlichen, wirtschaftlichen und individuellen Anspruches* hat sich nicht nur in den Streitigkeiten betreffend die soziale Sicherheit, sondern auch in einem weiteren, breiten Bereich als entscheidend erwiesen. Im Urteil *Éditions Périscope gegen Frankreich* (1992) ging es der Beschwerdeföhrerin um Schadenersatz für die vom französischen Staat nicht gewährten Posttaxen- und Steuererleichterungen. Das Verwaltungsgericht von Paris und letztinstanzlich der Conseil d'État wiesen das Schadenersatzbegehren ab. Der Gerichtshof formulierte erstmals eine *abstrakte (Teil-)Definition* der "Civil rights"/"Droits ... de caractère civil"¹¹²:

"Der Gerichtshof hält fest, dass der Gegenstand der Klage der Beschwerdeföhrer eine *vermögenswerte Angelegenheit* betraf und dass die Klage auf einer angeblichen Verletzung von Rechten beruht, die gleichfalls vermögenswerte Rechte waren. Das in Rede stehende Recht war daher ein 'Civil right' bzw. 'Droit ... de caractère civil', ungeachtet des Anlasses der Streitigkeit und des Umstandes, dass die Verwaltungsgerichte zuständig waren".

105 Urteil *Salerno*, ECHR/A 245-D, § 16.

106 ECHR/A 249-B. Ein ähnlicher Sachverhalt lag dem Urteil *Giancarlo Lombardo*, ECHR/A 249-C zugrunde (Altersversorgung eines Richters).

107 Urteil *Francesco Lombardo*, ECHR/A 249-B, § 17, vgl. die identische Formulierung im Urteil *Giancarlo Lombardo*, ECHR/A 249-C, § 16.

108 Urteil *Salesi*, ECHR/A 257-E, § 19, eigene Übersetzung des Autors.

109 Urteil *Margrit Schuler-Zraggen gegen die Schweiz*, ECHR/A 263, § 46; vgl. die auszugsweise deutsche Übersetzung in SJZ 1993 266 f.

110 ECHR/A 265-B, §§ 23 ff.

111 Ich habe diesen Aspekt von Art. 6-1 EMRK als "formelles Hauptgrundrecht" zum Schutze wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte bezeichnet: vgl. KLEY-STRULLER, Schutz (FN 2), N 18 ff.

112 Urteil *Éditions Périscope*, ECHR/A 234-B, § 40, deutsche Übersetzung in ÖJZ 1992 771.

32. Nach dem Urteil *Éditions Périscope* hat also jede *pekuniäre und vermögenswerte* Streitigkeit zwischen dem Staat und einem Individuum einen "zivilrechtlichen" Charakter. Sollte der Gerichtshof an seiner Auffassung festhalten, so werden weite Teile des Verwaltungsrechts von Art. 6-1 EMRK erfasst, beispielsweise Streitigkeiten betreffend Abgaben und Steuern, Subventionen, die finanziellen Aspekte des öffentlichen Dienstrechtes (z. B. Disziplinarmaßnahmen)¹¹³ sowie des Prozessrechtes und Gebühren für die Benutzung von Anstalten. Dieses Urteil kann sich – nach den Urteilen *Ringeisen* und *König* – geradezu als Meilenstein von Art. 6 EMRK auf dem Weg zu einer relativ allgemeinen Rechtsschutzgarantie erweisen.

33. Die jüngste Rechtsprechung der Konventionsorgane und vor allem der Kommission hat Art. 6-1 EMRK bei einigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten als anwendbar angesehen:

- teilweiser Schadenersatz wegen eines Mankos in der Postkasse¹¹⁴;
- Verfahren betreffend zusätzliches Milchkontingent¹¹⁵;
- Besoldungsstreitigkeit zwischen Beamten und Staat¹¹⁶;
- Staatshaftung¹¹⁷.

In älteren Entscheiden hatte die Kommission die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK noch *verneint*, obwohl *vermögenswerte Ansprüche* in Frage standen, so etwa bei Streitigkeiten betreffend Haftentschädigung¹¹⁸ oder etwa bei einem Entscheid über die Erstattung von Kosten, die ein Kläger nach Rückzug seiner Klage dem Beklagten zu bezahlen hatte¹¹⁹. Aus heutiger Sicht muss nach dem Urteil *Éditions Périscope* jedoch angenommen werden, dass die Kommission zu einem gegenteiligen Ergebnis käme¹²⁰.

34. Bei einer sehr bedeutsamen Kategorie von Streitigkeiten über vermögenswerte Rechte besteht allerdings eine seit jeher bestätigte und bis heute aktuelle negative Zulassungspraxis. Die Kommission hat Art. 6-1 EMRK *nie* auf Verfahren betreffend *Abgaben und Steuern* angewandt¹²¹. In einem kürzlich ergangenen Entscheid betreffend Österreich hatte die Kommission die Anwendbarkeit unter Hinweis auf ihre ständige Rechtsprechung in Steuersachen einstimmig *verneint*¹²². Das einige Monate zuvor ergangene Urteil *Éditions Périscope* wurde in dem Entscheid mit einem guten Grund nicht einmal erwähnt. Denn die Kommission sah in ihrem Bericht *Éditions Périscope*¹²³ die Staatshaftung als für die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK ausschlaggebend an, und nicht die vermögens- und steuerrechtliche Streitigkeit über die Rückerstattung zuviel bezahlter Abgaben. Hätte die Kommission ihre bisherige Rechtsprechung konsequent weiterverfolgt, so hätte sie – wie das Kommissionsmitglied TRECHSEL in einem Sondervotum berechtigterweise deutlich machte¹²⁴ – die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK verneinen müssen. Gemäss Sachverhalt überwog die steuerrechtliche Streitigkeit die Staatshaftungsfrage eindeutig. Der Gerichtshof hat denn auch die Mehrheitsmeinung der Kommission nicht etwa bestätigt, sondern die *pekuniären* (vermögenswerten) Streitigkeiten als "zivilrechtliche" Auseinandersetzungen gewertet. Er hat dadurch die Gelegen-

heit erhalten, Art. 6-1 auf weite Gebiete anwendbar zu erklären: Letztlich wird jede pekuniäre Streitigkeit zwischen Individuum und Staat mit dieser Begründung in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK fallen. Im Moment besteht nur noch die Unsicherheit, ob der Gerichtshof an der angeführten Definition *wirklich festhalten* wird.

6. Negative Beispiele für "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil"

35. In einigen Sachbereichen besteht eine feststehende und vielfach bestätigte Rechtsprechung der Kommission, wonach Art. 6-1 EMRK nicht anwendbar ist. Sie hat in den folgenden negativen und damit vom Gerichtshof nicht überprüfaren¹²⁵ Zulässigkeitsentscheiden *Art. 6-1 EMRK als nicht anwendbar angesehen*:

- Maturitäts- und Universitätsexamen¹²⁶;
- rein prozessrechtliche Verfahren, z. B. Verfahren über ein Gesuch um Revision eines Urteils¹²⁷, Vollstreckung

113 N 12.

114 B 12217/86 *Marie-Louise Muyltermans v. Belgium*, §§ 50 f., ECHR/A 214-A, S. 13 ff. oder EuGRZ 1991 366 ff. (gütliche Einigung).

115 B 16034/90, *Van der Hurk v. Netherlands*, Netherlands Quarterly of Human Rights 1993 203 (anhängig).

116 B 12996/87, *M. R. c. Italie*; E 11882/85, *C. v. United Kingdom*, DR 54, 162.

117 Vgl. z. B. Schadenersatz wegen HIV-Infektion eines Bluters, Urteil *X. v. France*, ECHR/A 236, §§ 29 f. oder Schadenersatz wegen einer angeblichen Fehlbehandlung in einem öffentlichen Spital, Urteil *H. v. France*, ECHR/A 162-A, §§ 46 f.

118 Vgl. E 10406/83, *S. c. France*, DR 42, 133 und E 11352, *K. c. Allemagne*, DR 45, 273.

119 E 12446/86, *Katarina Alsterlund v. Sweden*, DR 56, 229.

120 Das Bundesgericht hat in BGE 118 Ia 104 Art. 6-1 EMRK zu Recht auf ein Haftentschädigungsverfahren angewandt; zustimmend auch GROTRIAN (FN 2), § 31.

121 E 14623/89, *X. v. Austria*, ÖJZ 1993 140; E 13013/87, *Wasa Liv Ömsesidigt a. o. v. Sweden*, DR 58, 163; E 11189/84, *Société S. et T. c. Suède*, DR 50, 121; E 9908/82, *X. v. Germany*, DR 32, 266; E 10616/83, *J. et B. Gottesmann c. Suisse*, VPB 1985 Nr. 72; E 8903/70, *X. v. Austria*, DR 21, 246; 1904/63 usw., *A. et al. v. Netherlands*, CD 19, 106; E 2145/64, *X. v. Belgium*, CD 18, 1; B 11760/85, *Éditions Périscope*, ECHR/A, S. 70, § 34 m.w.H.

122 Vgl. E 14623/89, *gegen Österreich*, ÖJZ 1993 140.

123 B 11760/85, *Éditions Périscope gegen Frankreich*, ECHR/A 234-B, S. 70 ff., §§ 34-36.

124 Vgl. B 11760/85, *Éditions Périscope*, ECHR/A 234-B, 76.

125 Vgl. KLEY-STRULLER, Schutz (FN 2), N 50 lit. b m.w.H.

126 E 17254/90, *B.A.A. c. Suisse*, VPB 1991 Nr. 45; E 11085/84, *M. c. Suisse*, VPB 1986 Nr. 96 m. w. H. Bei Examen betreffend eine Berufsausübungsbewilligung müssen behauptete Willkür und Verfahrensfehler von einem Gericht geprüft werden können, vgl. Urteil *van Marle a. o.*, ECHR/A 101, §§ 27-38.

127 E 11971/86, *M. c. Suisse*, VPB 1988 Nr. 64; E 14288/88, *gegen Österreich*, ÖJZ 1990 216; E 7761/77, *X. v. Austria*, DR 14, 171; BGE 113 Ia 64, BGr v. 18.4.1988, SJIR 1989 284 und BGer v. 27.7.1990, SZIER 1991 404.

von Gerichtsurteilen¹²⁸, Rückweisung einer Klage aus prozessualen Gründen, z. B. wegen Fristablaufs¹²⁹, Verfahren der einstweiligen Verfügung¹³¹, Kostenauflegung¹³¹;

- Asylverfahren, fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung bzw. Ausweisung von Ausländern und Einreiseperrnen¹³²;
- Einbürgerungsverfahren¹³³ und Streitigkeiten betreffend Ausweispapiere¹³⁴;
- Verfahren betreffend Militär- oder Zivildienst¹³⁵;
- Streitigkeiten und Verfahren betreffend die politischen Rechte¹³⁶;
- steuerrechtliche Verfahren¹³⁷;
- Massnahmen betreffend die öffentliche und nationale Sicherheit¹³⁸.

7. Strittiges Recht muss von der nationalen Rechtsordnung "anerkannt" sein

36. Der Rechtsschutzgarantie des Art. 6 EMRK lassen sich keine materiellrechtlichen Postulate (z. B. Strafanprüche) entnehmen¹³⁹. Für diejenigen Streitfragen, die im nationalen Recht keine Basis haben, muss auch kein Gerichtszugang eröffnet werden. Art. 6-1 EMRK kann also nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung eine gerichtliche Beurteilung der Ansprüche aufgrund gesetzlicher Regelungen zulässt. So besass beispielsweise nach einem englischen Gesetz die Mieter von Liegenschaften ein Recht zum Kauf der gemieteten Liegenschaft. Waren die gesetzlichen Bedingungen nicht erfüllt, so konnte eine gerichtliche Klage über deren Vorliegen nicht geführt werden¹⁴⁰. In einem andern Fall schloss ein englisches Gesetz die Haftung und damit eine Klage wegen Fluglärmbelästigung aus¹⁴¹. In beiden Fällen wurde Art. 6-1 EMRK nach der Auffassung des Gerichtshofes nicht verletzt; die innerstaatliche Rechtsordnung verschaffte den Beschwerdeführern kein "anerkanntes" Recht.

37. Die Schranken eines solchen Vorgehens machte der Gerichtshof jedoch ebenfalls deutlich. Im Urteil *Ashingdane gegen Grossbritannien*¹⁴² (1985) hinderte eine gesetzliche Beschränkung einen Geisteskranken teilweise am Zugang zu einer gerichtlichen Beurteilung seiner behaupteten "zivilrechtlichen Ansprüche" gegen zwei Gewerkschaftssekretäre und das zuständige Ministerium. Der Gerichtshof führte aus, dass das Recht auf Zugang zu einem Gericht Schranken unterliegen könne. Es erfordere eine Regelung durch den Staat, welche nach Zeit und Ort entsprechend den Bedürfnissen und Mitteln der Gemeinschaft und der Einzelnen verschieden sein könne. Es sei nicht die Aufgabe des Gerichtshofes, irgendeine Einschätzung durch die nationalen Behörden, was die beste Politik auf einem Gebiet sein könne, durch seine Einschätzung zu ersetzen. Die Konventionsorgane dürften nur dort eingreifen, wo die Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung den Umfang eines Gerichtszugangs in einer Art und Weise beschränke, welche die eigentliche Substanz des Art. 6-1 EMRK verletze. Eine Kontrolle durch die Konven-

tionsorgane erfolge dann, wenn eine solche gesetzliche Immunität zu einer nachgerade willkürlichen Beschränkung der zivilrechtlichen "Rechte" des Beschwerdeführers führe¹⁴³. Im Fall *Ashingdane* traf dies mit der Klagebeschränkung für Geisteskranke jedoch nicht zu.

38. Art. 6-1 EMRK fordert also keine bestimmte Ausgestaltung einer nationalen Rechtsordnung. Dagegen haben die materiellen Konventionsrechte, etwa Art. 8 EMRK, solche Konsequenzen. Im Urteil *X. und Y. gegen die Nie-*

128 E 11051/84, *Jean Laplace c. France*, DR 52, 222; E 10757/84, *W. v. Austria*, DR 56, 36. Es sei denn, in diesem Verfahren werden erneut materiellrechtliche Fragen entschieden, vgl. E 11258/84, *Anton Dornbach v. Germany*, DR 48, 225.

129 E 10865/84, *Rachel Blay c. Allemagne*, DR 47, 188.

130 E 12446/86, *Katarina Alsterlund v. Sweden*, DR 56, 229; ebenso BGER v. 7.7.1988, SJIR 1989 284 f.

131 Vgl. E 10615/83, *B. v. United Kingdom*, DR 38, 213; vgl. aber N 33.

132 E 19088/91, *B.S. c. Suisse*, VPB 1992 Nr. 50 (Asyl); E 12122/86, *Shankernath Lukka v. United Kingdom*, DR 50, 268 (Asyl); E 13162/87, *P. v. United Kingdom*, DR 54, 211 (Asyl); E 12364/86, *K. c. Suisse*, VPB 1987 Nr. 71 (Asyl); E 9285/81 *X., Y. and Z. v. United Kingdom*, DR 29, 205 (Niederlassungsbewilligung); E 8118/77 *Omkananda et le Divine Light Zentrum c. Suisse*, DR 25, 105, § 8 oder VPB 1983 Nr. 123 (Ausweisung).

133 E 14447/88, *X. v. Austria*, ÖJZ 1993 142; E 13325/87, *S. c. Suisse*, DR 59, 256; E 5212/71, *X. v. Austria*, CD 43, 69.

134 E 19098/91, *X. v. Austria*, ÖJZ 1993 214 (Eintragung eines Ehrendoktors in den Reisepass).

135 E 12915/87, *Johannes Karel Zelisse v. Netherlands*, DR 61, 230 (wo geltend gemacht wird, der Militärdienst verunmögliche die Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten); E 11734/85, *Siegfried Nicolussi v. Austria*, DR 52, 266; E 10600/83, *Jorgen Johansen c. Norvège*, DR 44, 155 (Verfahren zum Vollzug des zivilen Ersatzdienstes für Militärdienstverweigerer).

136 E 11068/84, *Carmine Priorello c. Italie*, DR 43, 195; E 8208/78, *X v. United Kingdom*, DR 16, 162 (betreffend die Zugehörigkeit zum House of Lords).

137 Vgl. FN 121.

138 Vgl. SCHWEIZER (FN 2), 677. Hier besteht m. W. allerdings keine Rechtsprechung.

139 Vgl. Urteil *Lithgow*, ECHR/A 102, § 192; Urteil *Bodén*, ECHR/A 125, § 28; Urteil *W. v. United Kingdom*, ECHR/A 121, § 73; E 12810/87, *Lars Lorenus v. Sweden*, DR 59, 172; E 10820/84, *As. c. Suisse*, VPB 1986 Nr. 93; E 9310/81, *Frederick William Baggs v. United Kingdom*, DR 44, 13; E 9310/81, *Michael Anthony Rayner v. United Kingdom*, DR 47, 5; E 17004/90, *R.H. v. Norway*; B 15269/89, *Josef Müller AG v. Switzerland*, § 59, VPB 1992 Nr. 53, vom Ministerkomitee am 15.5.1992 in der Resolution DH 92 (16) bestätigt.

140 Urteil *James*, ECHR/A 98, § 81.

141 Urteil *Powell and Rayner*, ECHR/A 172, § 34 ff.

142 ECHR/A 93, §§ 53 ff.

143 Vgl. E 10457/83, *Dyer v. United Kingdom*, DR 39, 246; E 10782/84, *Wallace-Jones v. United Kingdom*, DR 47, 157.

derlande¹⁴⁴ (1985) hatte der Gerichtshof festgehalten, dass die Konventionsrechte den Staaten nicht nur bestimmte Eingriffe in die garantierten Rechte verbieten, sondern auch Schutzpflichten auferlegen. So müssen die Staaten auch positive Massnahmen ergreifen und etwa eine bestimmte Gesetzgebung erlassen, damit das in Art. 8 EMRK geschützte Familien- und Privatleben im Verhältnis zwischen Privatpersonen effektiv gelebt werden kann. Die materiellen Freiheitsgarantien stellen gewisse inhaltliche Anforderungen an die nationale Rechtsordnung. Art. 6 EMRK sorgt für die effektive prozessuale Verwirklichung dieser Rechtsordnung.

8. Ernsthafte Streitigkeit betreffend ein Recht oder blosser Meinungsverschiedenheit über eine Ermessensausübung?

39. Art. 6-1 EMRK fordert, dass eine wirkliche und ernsthafte Auseinandersetzung um ein "Recht" und nicht bloss um die Zweckmässigkeit einer Ermessensentscheidung stattfindet¹⁴⁵. Die Streitigkeit kann sich auf die Existenz, Umfang und Ausübung des Rechts beziehen. Sie kann sowohl Tatsachen- als auch Rechtsfragen zum Gegenstand haben¹⁴⁶.

Im Bericht *Karni gegen Schweden*¹⁴⁷ lehnte die Kommission die Anwendung von Art. 6-1 EMRK ab, da der Beschwerdeführer mit seiner Nichtzulassung als sozialversicherungsrechtlich anerkannter Arzt *bloss nicht einverstanden* war. Der Beschwerdeführer hätte aber dazumüssen, 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 im Urteil *van Marle a. o. gegen die Niederlande* (1986) deutlich geworden¹⁴⁸; der niederländische Gesetzgeber hatte den Titel des "Wirtschaftsprüfers" durch ein Diplom gesetzlich geschützt. Die Beschwerdeführer absolvierten in der Folge die Wirtschaftsprüfer-Examen ohne Erfolg. Sie beschwerten sich lediglich über die von der Prüfungskommission falsch vorgenommenen Bewertungen. 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. 6-1 EMRK anwendbar gewesen¹⁴⁹. In der Praxis wird der Begriff des strittigen Rechts weit gefasst¹⁵⁰. Es genügt bereits, wenn eine Streitigkeit über die Gesetzeskonformität einer staatlichen Massnahme besteht; ein Rechtsanspruch oder eine Schutznorm sind hingegen zur Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK nicht erforderlich.

40. Die Streitigkeiten müssen sich auf Verfahren beziehen, deren Ausgang für "zivilrechtliche" Ansprüche und Verpflichtungen von unmittelbarer Bedeutung sind. Art. 6-1 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 sein¹⁵¹.

C. Umsetzung der Rechtsweggarantie des Art. 6-1 EMRK

I. Sachlicher Umfang der zu schaffenden Gerichtszuständigkeit

41. Im schweizerischen Verwaltungsrecht muss ein Gerichtszugang gegen Verwaltungsentscheidungen in dem Umfang eröffnet sein, wie es die dargestellte Rechtsprechung der Konventionsorgane verlangt¹⁵². Zur Zeit sind dies kurz gefasst alle strafrechtlichen Anklagen sowie alle Streitsachen um die Nutzung des Eigentums, um die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit und um die soziale Sicherheit. Schliesslich ist zweckmässigerweise bei allen *vermögenswerten* und *pekuniären* Streitsachen ein Gerichtszugang zu eröffnen¹⁵³.

42. Die vom Bundesgericht unwirksam erklärte, präzisierende auslegende Erklärung nahm vor allem die freiwillige Gerichtsbarkeit und zivilrechtsnahe Bereiche des Verwaltungsrechts von einem Gerichtszugang aus¹⁵⁴. Die blosser Überführung der in der unwirksam erklärten, präzisierenden auslegenden Erklärung genannten Sachgebiete in eine richterliche Kontrollzuständigkeit wird allerdings dem Art. 6-1 EMRK aber noch *nicht unbedingt* genügen. Denn Art. 6-1 EMRK erfasst in seinem "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich *nicht nur* Materien, die in der Liste der

144 *X and Y v. Netherlands*, ECHR/A 91, § 23; vgl. auch TRECHSEL, Bedeutung (FN 2), 825. Vgl. VAN DIJK/VAN HOOFF (FN 2), 19 f. m. w. H.

145 Vgl. Urteil *Kraska*, ECHR/A 254-B, § 24; Urteil *H. gegen Belgien*, ECHR/A 127-B, § 40.

146 Urteil *Deumeland*, ECHR/A 100, § 59; Urteil *Bentham*, ECHR/A, § 32 lit. b; Urteil *Albert et Le Compte*, ECHR/A 58, § 29 und § 36.

147 B 11540/85, *Haim Karni v. Sweden*, DR 62, 79 ff., §§ 80-94 (vgl. E 11540/86, EuGRZ 1989 266 f.).

148 ECHR/A 101; B 11540/85, *Haim Karni v. Sweden*, DR 62, 79 ff., § 93; vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 52 FN 2; GL. A. HAEFLIGER (FN 2), 118 f.; MIEHSLER (FN 2), N 79 zu Art. 6 EMRK.

149 Vgl. ECHR/A 101, § 35; anders aber Urteil *H. v. Belgium*, ECHR/A 127.

150 Vgl. VELU/ERGEC (FN 2), 372 ff., § 418; GROTRIAN (FN 2), §§ 15 ff.

151 Urteil *Bentham*, ECHR/A 97, § 32; Urteil *Le Compte, Van Leuven und De Meyere*, ECHR/A 43, § 47; E 13601 et 13602, *F. Surmont et H. De Meurechy c. Belgique*, DR 62, 284, insb. S. 287 m. w. H.

152 Vgl. N 5 ff. und 15 ff.

153 Vgl. N 31 ff.

154 Diese Liste wurde nirgends offiziell publiziert; vgl. aber den Auszug in meinem Band: A. KLEY-STRULLER, Kantonales Privatrecht, St. Gallen 1992, 285 ff.

vorbehaltenen Gesetze aufgeführt wurden. Das Problem des teilweise immer noch nicht vorhandenen Gerichtszugangs in Verwaltungssachen sollte nicht durch punktuelle Gesetzesanpassungen als vielmehr durch die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit mit *genereller Sachzuständigkeit* gelöst werden.

II. Bundesstaatliche Zuständigkeit

43. Die Grund- und Freiheitsrechte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtskonventionen ändern die bundesstaatliche Kompetenzverteilung nicht. Sie sichern eine grundrechtliche Garantie dem einzelnen einen Gerichtszugang oder ein Verfahrensrecht zu, so sind Bund und Kantone in je ihrem Zuständigkeitsbereich für deren Respektierung und Verwirklichung verantwortlich¹⁵⁵. Der Bund wäre beispielsweise nicht kompetent, ein zentrales Verwaltungsgericht für die Kantone einzusetzen, ohne dass dafür in der Bundesverfassung eine spezielle Kompetenznorm erlassen würde¹⁵⁶.

III. Anwendung des Art. 6-1 EMRK durch den Verwaltungsrichter

1. Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK

44. Die Konvention garantiert in den Artikeln 2 bis 14 grundsätzlich unmittelbar anwendbare Normen¹⁵⁷. Der von Art. 6-1 EMRK gewährleistete Rechtsweg setzt indessen eine "innerstaatliche Infrastruktur" einer bestehenden und gesetzlich eingerichteten Gerichtsorganisation voraus¹⁵⁸. Im Bund und *demnächst in allen* Kantonen¹⁵⁹ bestehen Verwaltungsgerichte mit einer relativ breiten Sachzuständigkeit. Für eine konkrete Streitsache kann also dank der bestehenden Verwaltungsgerichte der Gerichtszugang problemlos eröffnet werden. Vor diesem schweizerischen Hintergrund ist Art. 6-1 EMRK *unmittelbar anwendbar*¹⁶⁰, und er muss als staatsvertragliche Norm selbst dann angewendet werden, wenn der Gesetzgeber ein Rechtsmittel bewusst ausschliessen wollte¹⁶¹. Die seit dem Bundesgerichtsurteil vom 17.12.1992¹⁶² klaggestellte vorbehaltlose Geltung des Art. 6-1 EMRK führt zu einer ungewohnten Situation: Auch ohne oder entgegen einer gesetzlichen Grundlage sind die Verwaltungsgerichte zur Beurteilung zuständig.

2. Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 6-1 EMRK im Einzelfall

45. Der Gesetzgeber hat die Verwaltungsgerichte entweder nach dem sich allmählich durchsetzenden *System der Generalklausel* oder nach dem *System der Enumeration* zuständig erklärt¹⁶³. Bei der Generalklausel fallen grundsätzlich alle Anfechtungsstreitsachen in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Dagegen ist bei der Enumerationsmethode das Verwaltungsgericht nur dann zuständig, wenn eine Streitsache im Zuständigkeitskatalog *enum-*

riert ist. Verlangt nun eine konkrete Verwaltungsstreitsache eine richterliche Beurteilung gemäss Art. 6-1 EMRK, so erfolgt die Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit je nach gewähltem System unterschiedlich.

a. System der Enumeration

46. Das System der Enumeration befindet sich auf dem Rückzug; es gilt grundsätzlich – mit Teilgeneralklauseln – in den Kantonen Zürich, St. Gallen, Aargau, Genf, Graubünden und Tessin¹⁶⁴. Fehlt eine von Art. 6-1 EMRK verlangte Gerichtszuständigkeit im Enumerationskatalog, so muss das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit *direkt durch die Berufung auf Art. 6-1 EMRK* begründen¹⁶⁵. Der gesetzliche Enumerationskatalog wird also um Art. 6-1 EMRK als Zuständigkeitsnorm ergänzt. Auf diese Weise wird das Enumerationsmodell in einem bedeutenden Umfang zum System der (partiellen) Generalklausel überführt.

b. System der Generalklausel

47. Der Bund und die meisten Kantone erklären ihr Verwaltungsgericht nach dem modernen System der Generalklausel zuständig¹⁶⁶. Einige Kantone kennen eine nahezu

155 Vgl. Y. HANGARTNER, Besprechung der Urteile BGE 118 Ia 331 und 353, AJP/PJA 1993 79 ff., insb. 80; Y. HANGARTNER, Staatsrecht II, Zürich 1982, 55 m. w. H.; KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 90 ff.

156 Vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 91.

157 Vgl. Bericht des Bundesrates über die EMRK vom 9.12.1968, BBl 1968 II 1075.

158 L. WILDHABER, Erfahrungen mit der EMRK, ZSR 1979 II 229 ff., insb. 339; Y. HANGARTNER, Besprechung der Urteile BGE 118 Ia 331 und 118 Ia 353, AJP/PJA 1993 79 ff., insb. 81; A. KLEY-STRULLER, Besprechung von BGE 119 Ia 88, AJP/PJA 1993 1252, Ziff. 4.

159 Vgl. Art. 98a OG.

160 Vgl. z. B. BGE 118 Ia 473 (= AJP/PJA 1993 333); BGE 118 Ia 333 ff., 116 Ia 60 (zu Art. 5-4 EMRK); BGE 116 Ib 169.

161 Vgl. Y. HANGARTNER, Besprechung von BGE 118 Ia 331 und 353, AJP/PJA 1993 79 ff., Ziff. 5.

162 BGE 118 Ia 473 = AJP/PJA 1993 333 ff.

163 Vgl. SCHWEIZER (FN 8), 196. Einen Sonderfall stellt der Kanton Appenzell I.Rh. dar, der bis heute noch kein allgemeines Verwaltungsgericht besitzt.

164 Siehe z. B. Art. 59 des st. gallischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege v. 16.5.1965, Nr. 951.1 (VRP SG). Geradezu monströs ist der Enumerationskatalog des Genfer Verfahrensgesetzes, der auf 13 Seiten 127 Zuständigkeiten aufführt: vgl. Art. 8 der Genfer Loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29.5.1970.

165 Vgl. Y. HANGARTNER, Besprechung von BGE 118 Ia 334, AJP/PJA 1993 79 ff., insb. 81; BGE 118 Ia 216; KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 93; A. KLEY-STRULLER, Besprechung von BGE 119 Ia 88, AJP/PJA 1993 1252, Ziff. 4.

166 Vgl. Art. 97 OG; kürzlich hat auch der Kanton Thurgau zu diesem Modell gewechselt; Appenzell A.Rh. wird sein ab 1.1.1995 bestehendes Verwaltungsgericht ebenfalls nach diesem Modell zuständig erklären; entsprechendes gilt auch für den Kanton Uri. Siehe im einzelnen: Bern: Art. 74 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.5.1989

lückenlose Generalklausel; diese vorbildliche Regelung haben die Kantone Zug, Schaffhausen, beide Unterwalden und Appenzell A.Rh. gewählt. Im Hinblick auf den grundsätzlichen Gerichtszugang, wie ihn Art. 6-1 EMRK fordert, besteht in diesen Kantonen kein Problem. Die Mehrzahl der Generalklausel-Kantone und der Bund kennen *negative Enumerationskataloge* von der Generalklausel. Im Sinne von Ausnahmen sind gewisse Streitsachen von der richterlichen Zuständigkeit ausgenommen. Die Regelung des Bundes in den Art. 99-101 OG ist typisch; ihr sind etwa die Kantone Wallis, Bern, Glarus, Luzern, Jura, Freiburg, Basel-Land, Solothurn, Schwyz und Thurgau gefolgt. In einigen Kantonen sind die negativen Enumerationskataloge indessen nur sehr bescheiden ausgefallen, so etwa in Neuenburg, Basel-Stadt oder Waadt. *Fehlt bei der Generalklausel der von Art. 6-1 EMRK verlangte Gerichtszugang, weil ein Ausnahmetatbestand gegeben ist, so muss sich das Verwaltungsgericht durch die Nichtanwendung der Ausnahmebestimmung zuständig erklären*¹⁶⁷. Dadurch kommt die gesetzliche Generalklausel zur Anwendung und dem Art. 6 EMRK ist damit Genüge getan.

Die negativen Enumerationskataloge sollen nun im Hinblick auf diejenigen Sachbereiche überprüft werden, in denen Art. 6-1 EMRK eine richterliche Beurteilung verlangt.

c. Beurteilung der Ausschlusskataloge von der Generalklausel

(1) Allgemeines

48. Die geplante Regierungsreform im Bund und die Totalrevision des Bundesrechtspflegegesetzes werden eine massive Kürzung des Ausnahmekataloges der Art. 99-101 OG herbeiführen¹⁶⁸. Die Kantone werden durch Art. 98a OG zweifellos veranlasst, auch in kantonalen Verwaltungsstreitsachen das Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Generalklausel zu verwenden¹⁶⁹.

Im Bund und in den Kantonen verbleiben die Materien, welche von der Generalklausel ausgenommen sind, in der verwaltungsinternen Rechtspflege, welche in aller Regel beim Bundesrat bzw. der Kantonsregierung endet. Davon gibt es allerdings bedeutsame Ausnahmen, nämlich wenn der Zugang zum allgemeinen Verwaltungsgericht verschlossen ist, dafür aber ein Spezialverwaltungsgericht (unabhängige Rekurskommission) zuständig ist¹⁷⁰. So hat beispielsweise die Rekurskommission EVD bedeutende Rechtsprechungskompetenzen¹⁷¹, welche bislang vom Departement wahrgenommen wurden. In diesen häufig vorkommenden Konstellationen bleibt der Art. 6-1 EMRK genügende Gerichtszugang also gewahrt. Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, nun diese Art. 6-1 EMRK genügende Spezialverwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen vollständig darzustellen¹⁷². Die im folgenden behandelten Ausnahmematerien stehen *unter der Annahme, dass auch kein Spezialverwaltungsgericht abschliessend zuständig ist*.

Im konkreten Streitfall liegt es letztlich an den zuständigen Verwaltungsgerichten, eine solche Ausschlussbe-

stimmung unter Berücksichtigung der aktuellen Strassburger Praxis *nicht* anzuwenden. Die folgenden Überlegungen sind freilich *vorläufig und provisorisch* und beanspruchen alles andere als Endgültigkeit.

(VRP BE); Luzern: § 148 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. 7.1972 (VRP LU); Schwyz: § 51 der Verordnung des Kantonsrates über die Verwaltungsrechtspflege vom 6.6.1974 (VRP SZ); Obwalden: Art. 63 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation vom 12.1./4.3.1973 (GOG OW); Nidwalden: Art. 28 des Gesetzes über die Organisation und das Verfahren der Gerichte vom 28.4.1968 (GerG); Glarus: Art. 105 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4.5.1986 (VRP GL); Zug: § 61 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1.4.1976 (VRP ZG); Freiburg: Art. 114 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.5.1991 (VRP FR); Solothurn: § 49 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15.11.1970 (GOG SO); Basel-Stadt: § 10 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 14.6.1928 (VRP BS); Basel-Land: § 6 des Gesetzes über die Rechtspflege in Verwaltungs- und Sozialversicherungssachen vom 22.6.1959 (VRP BL); Schaffhausen: Art. 34 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20.9.1971 (VRP SH); Appenzell A.Rh.: Art. 9 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25.4.1993 (VRP AR); Thurgau: § 54 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.2.1981 (VRP TG); Waadt: Art. 4 Abs. 1 der Loi sur la juridiction et la procédure administratives du 18.12.1989 (LJPA VD); Wallis: Art. 72 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6.10.1976 (VRP VS); Neuenburg: Art. 49 der Loi sur la procédure et juridiction administratives du 27.6.1979 (LJPA NE); Jura: Art. 158 und 160 der Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30.11.1978 (CPA JU). In Klammern stehen die im folgenden verwendeten Abkürzungen.

167 Vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 93; A. KLEY-STRULLER, Besprechung von BGE 119 Ia 88, AJP/PJA 1993 1252, Ziff. 4. Das Bundesgericht kann bei der staatsrechtlichen Beschwerde (abstraktes Normenkontrollverfahren) die EMRK-Konformität durch die Kassation der Ausnahmebestimmung direkt herstellen, vgl. Urteil vom 30.6.1993, 1P.667+669/1992 betreffend Art. 78 lit. a VRP VS.

168 Vgl. H. KOLLER, Die Verwaltungsrechtspflege des Bundesrates als Residuum, in FS zum 60. Geburtstag von Bundesrat ARNOLD KOLLER, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 359 ff.

169 Vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 101.

170 Beispiel: Die Ausschlüsse gemäss Art. 100 lit. q und s OG führen zu den Rekurskommissionen der Pro Helvetia und des schweizerischen Nationalfonds. Auch in den kantonalen Rechtsordnungen bestehen solche Spezialverwaltungsgerichte.

171 Vgl. Anhang 3 der Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen vom 3.2.1993, AS 1993 879, SR 173.31.

172 Einen guten Überblick über die Zuständigkeit des Bundesrates bzw. dieser Rekurskommissionen gibt: KOLLER (FN 168), 369 ff.

(2) Im Hinblick auf Art. 6-1 EMRK unzulässige Ausschlüsse

49. Im Hinblick auf den "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK fallen die folgenden, beispielhaft aufgezählten Sachgebiete relativ eindeutig in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK:

– **Planungsakte:** Bund und Kantone nehmen vielfach Planungsakte z. B. den Bau von Strassen und Eisenbahnlinien, Schaffung von Bodenverbesserungsunternehmungen oder Erlass von Schutzinventaren¹⁷³ von verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit aus. Diese Sachbereiche liegen relativ eindeutig im Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK¹⁷⁴.

– **Technische Bau- und Betriebsbewilligungen:** Der Bau und Betrieb technischer Anlagen und vieler technischer Hilfsmittel (Fahrzeuge, Elektrogeräte) erfordern eine behördliche Prüfung, die bei gegebenen Voraussetzungen erteilt wird. Die Verfahrensgesetze nehmen häufig solche technischen Bewilligungen von der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel aus¹⁷⁵. Der Verwaltungsrichter wurde von den Gesetzgebern – anders als seine straf- und zivilrechtlichen Kollegen – als unfähig angesehen, solche technischen Fragen zu beurteilen. Diese Sachbereiche betreffen vor allem das Recht, durch Herstellung und Verkauf dieser Geräte einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Sie fallen daher in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK¹⁷⁶.

– **Konzessionen:** Konzessionen, welche eine grundsätzlich dem Staat durch Monopol vorbehaltene Tätigkeit an Private übertragen, z. B. im Bereiche des Personentransportes oder bei der Nutzung von öffentlichen Sachen wie Plätzen, dem Gebirge oder Seeufern, fallen häufig in die abschliessende Kompetenz des Bundesrates bzw. der Kantonsregierung¹⁷⁷. Die Konventionsorgane haben in mehreren Fällen festgehalten, dass die Nutzung einer solchen Konzession ohne weiteres in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK fällt¹⁷⁸.

(3) Im Hinblick auf Art. 6-1 EMRK fragwürdige Ausschlüsse: das Problem der vermögenswerten Streitsachen

50. Eine erhebliche Unsicherheit besteht allerdings in gewissen steuer- und vermögensrechtlichen Streitsachen, die nach zahlreichen Regelungen in Bund und Kantonen von einer Gerichtspflege ausgenommen sind. Der Gerichtshof hat hier im erwähnten Urteil *Périscope*¹⁷⁹ Art. 6-1 EMRK bei der Rückerstattung zuviel bezahlter Steuern und generell bei Geldstreitigkeiten für anwendbar angesehen. Die Kommission hält gleichwohl an ihrer langjährigen Praxis fest und wendet Art. 6-1 EMRK zumindest nicht auf abgaberechtliche Streitigkeiten an. Sollte sich die Auffassung des Gerichtshofes gemäss Urteil *Éditions Périscope* bestätigen, so dürften alle pekuniären Sachgebiete in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK fallen. Die Ausschlusskataloge entziehen nun aber gerade manche vermögensrechtliche Streitigkeiten der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit: Stundung von Abgaben¹⁸⁰, Gewähr-

ung von Subventionen, auf die kein Rechtsanspruch besteht¹⁸¹ und Zollveranlagung¹⁸². Das Kriterium des *Rechtsanspruches* ist für die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK ohne Belang¹⁸³; entscheidend ist nur, dass sich die Streitigkeit auf einem vermögensrechtlichen Gebiet abspielt.

51. Es ist wenig klar, wieweit vermögensrechtliche Auseinandersetzungen aus dem Beamtenverhältnis (namentlich finanziell relevante Disziplinarmaßnahmen) gemäss Art. 6-1 EMRK einer Gerichtskontrolle unterliegen müssen¹⁸⁴. Dies gilt umso mehr, als das öffentliche Dienstrecht dem privaten Arbeitsvertragsrecht angeglichen werden soll.

(4) Im Hinblick auf Art. 6-1 EMRK unproblematische Ausschlüsse

52. Einzelne Ausschlussklauseln betreffen allerdings Sachgebiete, welche die Kommission in einer langjährigen Zulassungspraxis als für Art. 6-1 EMRK irrelevant angesehen hat:

– Verfügungen über das Ergebnis von Berufs-, Fach-, Berufsbildungs-, oder anderen *Fähigkeitsprüfungen*¹⁸⁵ sind

173 Art. 99 lit. c und 100 lit. t Ziff. 2 OG; Art. 77 Abs. 1 lit. d und e VRP BE (Pläne, Perimeter, Schutzinventare); Art. 76 lit. f VRP BS (Bodenverbesserungen); Art. 162 lit. d CPA JU (gewisse Pläne); § 50 lit. d GOG SO (Bauplanverfahren); § 54 lit. a VRP SZ (Pläne); § 7 Abs. 2 Ziff. 1 und 9 VRP BL (Pläne, Bodenverbesserungen); Art. 31 lit. a LPJA NE (Pläne).

174 Vgl. N 17 ff., insb. N 20; gl. A. KOLLER (FN 168), 376 und SCHWEIZER (FN 2) 719. Vgl. BGE 118 Ia 331 (Uferschutzplanung) und 353 (Bodenverbesserungen) mit Besprechung von Y. HANGARTNER, AJP/PJA 1993 79 ff.; BGE 119 Ia 88 (Inventar zum Schutz von Baudenkmalern) mit Besprechung von A. KLEY-STRULLER, AJP/PJA 1993 1252 ff.

175 Vgl. Art. 99 lit. e, 100 lit. 1 Ziff. 2 und 3, 100 lit. n, 100 lit. o OG; Art. 115 Abs. 1 lit. f VRP FR; Art. 162 lit. g CPA JU. Bei den Kernanlagen (100 lit. u OG) liesse sich fragen, ob wegen der besonderen politischen Bedeutung dieser "technischen" Bewilligung kein Gerichtszugang erforderlich ist; vgl. FN 222 und KOLLER (FN 168), 375 f.

176 Vgl. N 22 ff. m. w. H.

177 Vgl. Art. 99 lit. d OG; § 150 Abs. 1 lit. e VRP LU; § 54 lit. c VRP SZ; Art. 106 Abs. 1 lit. f VRP GL; Art. 77 Abs. 1 lit. g VRP BE.

178 Vgl. N 25 m. w. H. und gl. A. KOLLER (FN 168), 376, 391. 179 Vgl. N 31 ff.

180 Vgl. Art. 99 lit. g OG; § 54 lit. d VRP SZ; Art. 75 lit. b VRP BS; Art. 77 Abs. 1 lit. 1 VRP BE; Art. 162 lit. c CPA JU; § 150 Abs. 1 lit. g VRP LU; Art. 115 Abs. 1 lit. c VRP FR; Art. 106 Abs. 1 lit. h VRP GL.

181 Vgl. z. B. Art. 99 lit. h OG; Art. 77 Abs. 1 lit. g und k VRP BE; § 150 Abs. 1 lit. e und h VRP LU; § 54 lit. b VRP SZ; Art. 75 lit. e VRP VS; Art. 106 Abs. 1 lit. f und g VRP GL. 182 Art. 100 lit. h OG.

183 Vgl. N 39 in fine; das Kriterium ist auch in der verwaltungsgerichtlichen Praxis wenig tauglich, vgl. KOLLER (FN 168), 372 FN 40 m. w. H.

184 Gl. A. SCHWEIZER (FN 2), 720; vgl. auch N 12 in fine und N 32.

185 Art. 99 lit. f und Art. 100 lit. v OG; Art. 100 lit. v nimmt aber die Frage der Prüfungszulassung zu Berufsbildungs-

vom Gerichtszugang ausgeschlossen, was mit Art. 6-1 EMRK durchaus vereinbar ist¹⁸⁶.

– Gewisse Gebiete des *Fremdenpolizeirechts* sind von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommen¹⁸⁷, wobei aber zum Teil Spezialverwaltungsgerichte bestehen. Im Hinblick auf Art. 6-1 EMRK sind diese Ausnahmen unbedenklich¹⁸⁸.

– Bund und Kantone nehmen Fragen der *inneren und äusseren Sicherheit sowie des Militärs* von der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege aus¹⁸⁹, was mit Art. 6-1 EMRK ohne weiteres vereinbar ist¹⁹⁰. Zum Teil stehen hier *actes de gouvernement*¹⁹¹ zur Beurteilung an; die Konventionsorgane haben allerdings m. W. bislang wegen des immer noch stark begrenzten Anwendungsbereiches von Art. 6-1 EMRK keine eigene *Actes-de-Gouvernement*-Lehre entwickelt¹⁹².

– Sodann sind vielfach Streitigkeiten über das Ergebnis von Volksabstimmungen und die politischen Rechte¹⁹³, die Erteilung des Bürgerrechts¹⁹⁴ oder gewisse prozessrechtliche Streitsachen¹⁹⁵ von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommen, was sich mit Art. 6-1 EMRK verträgt¹⁹⁶.

– Rein staatsinterne Akte¹⁹⁷ im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kanton und Gemeinden oder andern Behörden fallen schon aus Gründen des Zweckes der Konvention nicht in den Anwendungsbereich der Art. 2-18 EMRK: Die Konvention will Individualrechtsschutz gegen die Staatsgewalt einräumen¹⁹⁸. Die diesbezüglichen Ausschlüsse für staatsinterne Genehmigungs- und Kontrollakte sind daher völlig unproblematisch.

3. Zulässigkeit dieses Vorgehens

53. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK durch den Verwaltungsrichter entgegen gesetzlichen Vorschriften ist hinsichtlich der kantonalen Rechtsordnungen ohne weiteres zulässig. Die Konvention als Staatsvertrag des Bundes hat auf jeden Fall Vorrang vor sämtlichen kantonalen Rechtsquellen¹⁹⁹. In bezug auf den Bund, namentlich die Art. 99-101 OG, ist die Frage schwieriger zu beantworten.

Lehre und bundesgerichtliche Praxis beantworten die Frage, wie Konflikte zwischen der Konvention und Bundesgesetzen zu lösen sind, unterschiedlich und zum Teil widersprüchlich²⁰⁰. Als völkerrechtlicher Vertrag hat die Konvention grundsätzlich Vorrang vor dem schweizerischen Recht²⁰¹. Bezüglich Art. 113 Abs. 3 bzw. 114^{bis} Abs. 3 BV gilt für die Konvention das gleiche wie für andere völkerrechtliche Verträge des Bundes. Danach geht die Konvention den älteren Bundesgesetzen vor. Freilich sind auch die neueren Bundesgesetze EMRK-konform auszulegen und anzuwenden. Denn in Art. 32-4 und 53 EMRK hat die Schweiz die Verpflichtung übernommen, sich *in allen Fällen* nach der Entscheidung des Ministerkomitees bzw. des Gerichtshofes zu richten²⁰². Der Bundesgesetzgeber hat diesen Vorrang der aktuellen EMRK-Rechtsprechung vor den Bundesgesetzen immer gebilligt. Zum einen hatte er konventionswidrige Bundesgesetze stets an-

gepasst²⁰³ und zum andern läuft der "konventionsfreundliche"²⁰⁴ Revisionsgrund des Art. 139a OG²⁰⁵ auf einen bundesgesetzlich eingeräumten Vorrang der Konvention (*lex specialis*) hinaus²⁰⁶. Die Art. 32-4 und 53 EMRK machen deutlich, dass die nach einer Ratifikation erfolgende rechtsfortbildende Praxis der Konventionsorgane Vorrang

prüfungen zu Unrecht aus. Es dürfte es sich um die potentielle Auseinandersetzung um den Zugang zu einem bestimmten Beruf handeln, der gemäss Art. 6-1 EMRK richterlicher Kontrolle zu unterwerfen ist. Die Kantone kennen entsprechende Regelungen: § 150 Abs. 1 lit. f VRP LU; Art. 75 lit. f VRP VS; Art. 77 Abs. 1 lit. m VRP BE; § 50 Abs. 2 lit. e GOG SO; Art. 162 lit. f CPA JU; § 7 Abs. 2 lit. d und Ziff. 10 VRP BL; Art. 106 Abs. 1 lit. e VRP GL.

186 Vgl. N 35, FN 127.

187 Art. 100 lit. b OG.

188 Vgl. N 35.

189 Vgl. Art. 100 lit. a und lit. d OG; § 150 Abs. 1 lit. a VRP LU; § 54 lit. e VRP SZ; Art. 76 lit. a VRP VS; § 7 Abs. 2 Ziff. 6 VRP BL; Art. 106 Abs. 1 lit. a VRP GL; Art. 163 lit. a und b CPA JU; Art. 78 lit. g VRP BE.

190 Vgl. N 35.

191 Vgl. SCHWEIZER (FN 2), 687 f.; KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 58 FN 2 m. w. H.

192 Vgl. SCHWEIZER (FN 2), 687 f.

193 Art. 100 lit. p OG; vgl. z. B. auch Art. 77 lit. a und b, Art. 78 lit. a VRP BE.

194 Art. 100 lit. c OG; vgl. z. B. § 7 Abs. 2 Ziff. 2 VRP BL.

195 Art. 101 lit. a-c OG; Art. 164 lit. c CPA JU (mit Ausnahmen).

196 Vgl. N 35.

197 Art. 99 lit. a, teilweise Art. 99 lit. b OG, teilweise Art. 100 lit. g und k, Art. 100 lit. t Ziff. 1 OG. Auch reine Dienstweisungen der Vorgesetzten an ihre untergeordneten Beamten erfordern keinen gerichtlichen Rechtsschutz (vgl. Art. 100 lit. e Ziff. 2 OG).

198 Siehe dazu die illustrative Beschwerde der Gemeinde Rothenthurm vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte, vgl. E 13252/87, *Commune de Rothenthurm c. Suisse*, DR 59, 251.

199 Vgl. im Hinblick auf die Kantonsverfassungen BGE 111 Ia 240 ff.

200 Vgl. Y. HANGARTNER, Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht, in FS zum 60. Geburtstag von Bundesrat ARNOLD KOLLER, Bern usw. 1993, 651 ff., insb. 677 f. FN 87, 89, 90; SCHWEIZER (FN 2), 628 f., 731, wobei in der Tendenz zunehmend eine Überprüfung der Bundesgesetze erfolgt. Es ist eigenartig, dass das Bundesgericht z. T. verlangt, dass EMRK-widrige Bundesgesetze auch zu einer "Verurteilung der Schweiz führen" (BGE 118 Ia 373) sollen, vgl. SCHWEIZER (FN 2), 731.

201 Vgl. G. MALINVERNI, La Suisse et les droits de l'homme, SJIR 1989 177.

202 Deshalb braucht Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, SR 0.111 nicht speziell hervorgehoben zu werden.

203 Vgl. die Beispiele von HAEFLIGER (FN 2), 364 ff.

204 Vgl. FROWEIN/PEUKERT (FN 2), N 5 zu Art. 53 EMRK, 472.

205 Vgl. ferner Art. 66 Abs. 1 lit. b VwVG; dieser Revisionsgrund ist auch in den übrigen Prozessordnungen des Bundes und vieler Kantone enthalten.

206 So HANGARTNER (FN 200), 679.

vor allfällig entgegenstehenden – und gegenüber dieser neuen Praxis älteren – landesrechtlichen Regelungen besitzt. Ein offensichtlicher Widerspruch zwischen der Konvention und einer bundesgesetzlichen Regelung wird nach diesen Vorrangregeln nur äusserst selten vorkommen. Im Sinne der *Schubert-Praxis*²⁰⁷ kann ein Bundesgesetz nur dann Vorrang vor der Konvention haben, wenn ein neues Bundesgesetz der älteren EMRK-(Praxis) klar und eindeutig widerspricht²⁰⁸.

Diese Differenzierung zwischen konventionellen und verfassungsmässigen Rechten führt indessen zu einer gespaltenen akzessorischen Normenkontrolle durch das Bundesgericht. Die Aufhebung der Art. 113 Abs. 3 bzw. Art. 114^{bis} Abs. 3 BV wäre daher sehr erwünscht²⁰⁹.

4. Notwendigkeit von Gesetzesanpassungen

54. Das beschriebene Vorgehen bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem System der Enumeration bzw. der Generalklausel vermag in konkreten Einzelfällen einen Art. 6–1 EMRK genügenden Gerichtszugang zu verschaffen. Selbstverständlich ist auf Dauer das entsprechende Verfahrensgesetz dem Art. 6–1 EMRK anzupassen. Die durch Art. 98a OG eingeleitete Reform der kantonalen Verwaltungsrechtspflegen wäre ein geeigneter Anlass, um die Ausschlusskataloge massiv zu kürzen oder ganz abzuschaffen.

Im Bund wird das Vorhaben einer Entlastung des Bundesrates von der Verwaltungsrechtsprechung zwar nicht anlässlich der geplanten Regierungsreform, wohl aber durch eine vorgezogene Teilrevision oder Totalrevision des Bundesrechtspflegegesetzes erfolgen²¹⁰. Der unübersichtliche und fragwürdige Ausnahmekatalog der Art. 99–101 OG dürfte ganz gestrichen werden. Selbst sog. "Actes de gouvernement" im Sinne der französischen Lehre müssten nicht vorbehalten werden, da diese Akte in aller Regel mangels Verfügungsbegriffes nicht anfechtbar sind²¹¹. Zudem hat das Bundesgericht die Actes de gouvernement in seiner Rechtsprechung zu Art. 100 lit. a OG ausdrücklich anerkannt²¹². Selbstverständlich genügt die blosser Änderung der Verfahrensgesetze nicht; vielmehr muss auch die Budgetbehörde den erweiterten Aufgabenkreis der Verwaltungsgerichte mit zusätzlichen Richtern, Personal und einer verbesserten Sachausstattung ermöglichen²¹³.

D. Sonderprobleme

I. Einschränkung des Rechtsschutzes auf anfechtbare Verfügungen?

55. Bei gegebenen Voraussetzungen muss gemäss Art. 6–1 EMRK jede Streitigkeit, unabhängig von der benutzten Form des staatlichen Handelns, gerichtlich geprüft werden können. Die Einschränkung der Verwaltungsrechtspflege auf Verwaltungsakte (Verfügungen und All-

gemeinverfügungen) ist demnach zu eng. Bislang kam es m. W. vor den Strassburger Organen indes zu keinem derartigen Beschwerdefall gegen die Schweiz. Denn in den Prozessordnungen des Bundes und der Kantone bestehen bereits einige Instrumente, welche den Schutz in diesem Punkt wesentlich verbessern. Bei "verfügungsfreien" Auseinandersetzungen zwischen Individuum und Staat kann u. U. eine Feststellungsverfügung²¹⁴ verlangt werden, die dann zu einem ordentlichen (Verwaltungsgerichts-) Verfahren führt. Ferner steht bei vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen meist die verwaltungsrechtliche Klage offen²¹⁵. Auf diesem Weg müssen oft auch die Ansprüche aus Staatshaftung wegen rechtswidriger Realakte verfolgt werden²¹⁶. Die verwaltungsrechtliche Klage kann die aus dem Verfügungsbegriff folgenden Einschränkungen der Gerichtspflege zumindest teilweise kompensieren. Ferner bestehen in einigen Kantonen Sonderformen von Rechtsmitteln gegen Realakte, welche unter Umständen für einen hinreichenden Gerichtszugang sorgen²¹⁷. Kann indes ein verwaltungsbehördlicher Akt aus prozessualen Gründen nicht vor ein Gericht gebracht werden, so ist Art. 6–1 EMRK verletzt²¹⁸.

II. Unanfechtbare Verfügungen des Bundesrates und der Kantonsregierung

56. Aus staatspolitischen Gründen haben die Gesetzgeber es zuweilen nicht zugelassen, dass ein Entscheid einer Regierung an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden kann. So war es im Bund²¹⁹ und namentlich den Westschweizer Kantonen²²⁰ nicht vorstellbar, dass Entscheide der Regierung durch ein Verwaltungsgericht geprüft wer-

207 BGE 99 Ib 40, bestätigt in BGE 112 II 13, 116 IV 268, 117 IV 128.

208 Vgl. HANGARTNER (FN 200), 674 f.

209 Vgl. eingehend SCHWEIZER (FN 2), 730 ff.

210 Vgl. KOLLER (FN 168), 394.

211 So auch KOLLER (FN 168), 394 und N 55.

212 Vgl. BGE 104 Ia 132, 110 Ib 4, 118 Ib 280.

213 Vgl. BGE 119 III 1 m. w. H, 107 Ib 166.

214 Im Bund Art. 25 Abs. 1 und 2 VwVG.

215 Vgl. z. B. Art. 116 OG; Art. 166 und 167 CPA JU; Art. 109 VRP GL.

216 Beispiel E 9486/81, *Karl Adler c. Suisse*, DR 32, 228 und B 9486/81, DR 46, 36, der mit der "Verurteilung" der Schweiz durch das Ministerkomitee DH (86) 4 vom 26.6.1986, DR 46, 45 f. geendet hat (Schädigung durch eine staatliche Presseverlautbarung).

217 Vgl. z. B. die in den st. gallischen Prozessgesetzen verankerte sog. *Rechtsverweigerungsbeschwerde*, vgl. Art. 88 ff. VRP. Sie genügt dem Art. 6–1 EMRK dann nicht, wenn eine Verwaltungsbehörde die abschliessende Beschwerdeinstanz ist; vgl. ferner § 10 Ziff. 3 VRP BL, Art. 87 VRP GL.

218 Gl. A. SCHWEIZER (FN 2), 687; SCHMUCKLI (FN 66), 37.

219 Vgl. Art. 98 OG.

220 Vgl. z. B. Art. 28 LPJA NE; Art. 4 Abs. 2 LJPA VD; Art. 114 und 115 VRP FR; Art. 158–161 CPA JU. Ausnahmen gelten namentlich für beamtenrechtliche Streitsachen.

den können²²¹. In diesem Sinne ist der Bundesrat z. B. für gewisse atomrechtliche Bewilligungen zuständig, die systemgemäss gerichtlich unanfechtbar sind²²². Zuweilen erklären aber auch Gesetze die Entscheide unterer Verwaltungsbehörden für "endgültig"²²³. Eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird damit ebenfalls ausgeschlossen. Im Hinblick auf Art. 6–1 EMRK spielt es indessen keine Rolle, ob der letzte verwaltungsinterne (Rekurs-) Entscheid von einem Departement bzw. einer Direktion oder der Regierung ausgeht. Ist Art. 6–1 EMRK anwendbar, so muss der Zugang zum Verwaltungsgericht auch dann eröffnet werden, wenn die Regierung eine Verfügung erlassen hat²²⁴.

III. Unanfechtbarkeit von Einzelakten der Parlamente

57. Das Urteil *Demicoli gegen Malta* (1991) hat insbesondere auf das Problem der gerichtlichen Nachkontrolle von Einzelakten des Parlamentes aufmerksam gemacht. Einem Zeitschriftenherausgeber wurde Ehrenbeleidigung durch einen satirischen Beitrag vorgeworfen²²⁵. Die strafrechtliche Sanktion des maltesischen Parlamentes war gerichtlich nicht nachprüfbar, daher wurde Art. 6 EMRK verletzt.

Die schweizerischen Parlamente erlassen namentlich im "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6–1 EMRK vereinzelt hoheitliche Akte. Dies ist namentlich bei Konzessionen, welche die Nutzung eines vermögenswerten, wirtschaftlichen Rechts übertragen, denkbar. Der Parlamentsentscheid müsste in solchen Fällen gerichtlich geprüft werden können. Es ist offen, ob dies auch für ausgesprochene Grossverwaltungsakte, wie etwa atomrechtliche Rahmenbewilligungen oder Wasserkraftwerkskonzessionen gilt²²⁶.

IV. Verwaltungsgerichtliche Verfahren mit zu enger Kognition und ungenügender Entscheidkompetenz

58. Sachlich muss das grundsätzlich zuständige Verwaltungsgericht im "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6–1 EMRK Rechts- und Tatbestandsfragen überprüfen können²²⁷; im strafrechtlichen Anwendungsbereich muss zusätzlich das Strafmass kontrolliert werden können²²⁸. Ob zu den Rechtsfragen auch die Kontrolle der unbestimmten Rechtsbegriffe gehört, ist nicht ganz klar²²⁹. Art. 6 EMRK kollidiert auch nicht mit dem Anwendungsgebot für Bundesgesetze gemäss Art. 113 Abs. 3 bzw. 114^{bis} Abs. 3 BV²³⁰ und entsprechenden kantonalen Anwendungsgeboten.

Das zuständige Gericht muss in der Sache *reformatorisch entscheiden können*; im "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich kann eine blosser Kassation u. U. genügen²³¹. Gestattet eine Prozessordnung dieses Mindestmass an Kognition und Entscheidkompetenz nicht, so hat das Verwaltungsgericht gestützt auf Art. 6–1 EMRK gleichwohl die Befugnis, entgegen den unzureichenden prozessualen Be-

stimmungen den erforderlichen Kontrollmassstab anzusetzen²³² und gegebenenfalls reformatorisch zu entscheiden.

59. Die *staatsrechtliche Beschwerde* kann kantonale Verfahren, die sich nur vor Verwaltungsbehörden abgespielt haben, *nicht heilen*²³³. Sie erlaubt nämlich *nur* die Prüfung der Rechtsfrage, ob ein verfassungsmässiges Recht, ein Recht der Konvention oder der beiden Weltpakete verletzt

221 Vgl. SCHWEIZER (FN 8), 197; A. KLEY-STRULLER, Besprechung von BGE 119 Ia 88, AJP/PJA 1993 1252, Ziff. 2 m. w. H.

222 So wurde gegen den Entscheid des Bundesrates über die Bewilligung des Betriebs und die Leistungserhöhung des KKW Mühleberg bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte Beschwerde eingereicht, vgl. NZZ v. 25.6.1993, Nr. 144, S. 21. Die 10 Beschwerdeführer fordern eine gerichtliche Beurteilung. Nach einer Meinung von R. BERNHARDT (1989), Die Entstehung einer europäischen Grundrechtsgemeinschaft, in K. STERN (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung: Internationales Symposium vom 17. bis 20. Mai 1989, München 1990, 197 ff., insb. 199, ist Art. 6–1 EMRK *nicht* auf die Genehmigung von Kernkraftwerken anwendbar.

223 Vgl. z. B. Art. 36 Abs. 1 des Bundesgesetzes über explosionsgefährliche Stoffe vom 25.3.1977 (Sprengstoffgesetz), SR 941.41; vgl. BGE 118 Ia 210 f. und dazu die Besprechung von Y. HANGARTNER, AJP/PJA 1993 76 ff.

224 Vgl. Y. HANGARTNER, Auch die Europäische Menschenrechtskonvention ist Europarecht, AJP/PJA 1993 1306; A. KLEY-STRULLER, Besprechung von BGE 119 Ia 88, AJP/PJA 1993 1252 ff.

225 Urteil *Demicoli*, ECHR/A 210, §§ 30–34.

226 Vgl. FN 223.

227 Vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 66 ff. Das Urteil *Zumtobel*, ECHR/A 268–A relativiert nun allerdings diese Anforderung etwas.

228 Vgl. SCHWEIZER (FN 2), 692; KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 68 f.

229 Vgl. SCHWEIZER (FN 2), 691. Im B 7598/76, *Kaplan v. United Kingdom*, DR 21, 5 ff., § 166 verneinte die Kommission die Notwendigkeit einer Nachprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe.

230 Denn m. E. können die Rechtsfragen gleichwohl in einer dem Art. 6 EMRK genügenden Weise gerichtlich geprüft werden. Die Kommission ist im E 17513/90, *Josef Müller gegen die Schweiz*, VPB 1991 Nr. 47 erheblich weitergegangen und hat die Rüge, das Anwendungsgebot mache die schweizerischen, innerstaatlichen Rechtsmittel im Hinblick auf Art. 6–1 EMRK unwirksam, als unzulässig angesehen. Diese Rüge betreffe gar nicht Art. 6 EMRK, sondern allenfalls ein materielles Konventionsrecht.

231 Vgl. SCHWEIZER (FN 2), 692; vgl. auch KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 69 f. m. w. H.

232 Vgl. z. B. BGE 115 Ia 406f betreffend eine Baubusse.

233 KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 90; A. KLEY-STRULLER, Besprechung von BGE 119 Ia 88, AJP/PJA 1993 1252, Ziff. 5.

worden ist²³⁴. Der Sachverhalt kann – von willkürlichen Sachverhaltsfeststellungen abgesehen – grundsätzlich nicht überprüft werden. Der kantonale Entscheid wird gegebenenfalls bloss kassiert; positive Anordnungen erfolgen nur ausnahmsweise²³⁵. Diese ungenügende Kognition und Entscheidkompetenz des Bundesgerichts im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren macht es notwendig, dass die *kantonalen Verwaltungsgerichte* den Anforderungen des Art. 6 EMRK vollumfänglich genügen müssen.

V. Fordert Art. 6 EMRK eine Anfechtungsmöglichkeit von Gesetzen?

60. Die Rechtsweggarantie des Art. 6–1 EMRK verlangt nach der ständigen Praxis der Konventionsorgane *kein abstraktes Gesetzesprüfungsverfahren*. Selbst unmittelbare Folgen von neu erlassenen Gesetzen müssen – obwohl Streitigkeiten vorliegen können – keiner Gerichtskontrolle unterworfen werden²³⁶. Strafrechtliche Anklagen gehen regelmässig von den Strafverfolgungsbehörden aus; eine "gesetzesunmittelbare" strafrechtliche Anklage ist kaum vorstellbar.

E. Ausblick

61. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen seit Ende der fünfziger Jahre war von einem heftigen und leider recht erfolgreichen Widerstand der Exekutiven begleitet. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat seine Rechtsprechung auf aktuelle Gefährdungen der Individualfreiheit hin bezogen und dadurch für einen besseren, europaweiten Gerichtsschutz in Verwaltungssachen gesorgt. Der mangelhafte Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz musste daher fast notwendigerweise mit dieser Rechtsprechung kollidieren. Der Anstoss aus Strassburg wird nun in der Schweiz zu einem Rechtsschutzstandard führen, wie er in praktisch allen westeuropäischen Staaten verfassungsrechtlich gewährleistet ist; diese anerkennen den gerichtlichen Rechtsschutz entweder als ein ungeschriebenes Verfassungsprinzip oder sie garantieren in ihren Verfassungen eine Rechtsweggarantie gegen die Exekutive²³⁷. Es wäre wünschenswert, wenn in der Bundesverfassung eine solche Rechtsschutzgarantie aufgenommen würde. Art. 20 Abs. 5 des Verfassungsentwurfes von 1977 schlug eine Rechtsweggarantie gegen Verwaltungsentscheide vor, was in der Vernehmlassung fast einhellig begrüsst wurde. Immerhin haben einige neue Kantonsverfassungen eine solche Garantie in Anlehnung an Art. 20 VE aufgenommen²³⁸.

62. Bis zu einer Rechtsweggarantie in einer neuen Bundesverfassung ist indes ein weiter Weg zurückzulegen; zunächst einmal haben die kantonalen Verwaltungsgerichte und das Bundesgericht den Gerichtszugang selber mittels des aufgezeigten Vorgehens zu schaffen. Möglichst

bald sollten die Gesetzgeber die Sachzuständigkeit der Verwaltungsgerichte mindestens dem von Art. 6–1 EMRK geforderten Umfang anpassen. Noch besser wäre es, eine einigermaßen lückenlose Generalklausel zu schaffen, wie sie heute bereits Schaffhausen, Zug, beide Unterwalden und Appenzell A.Rh. kennen. Die Regierungen sind dadurch von unnötigen Rechtsprechungsaufgaben entlastet worden und können sich auf ihre Regierungstätigkeit konzentrieren. Die alte Befürchtung der Exekutiven, sie würden durch die Verwaltungsgerichte bevormundet, hat sich in keinem dieser Kantone realisiert.

234 Vgl. Art. 84 Abs. 1 OG und Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV; gegenüber den Kantonen hat die staatsrechtliche Beschwerde für den Bereich der verfassungsmässigen Rechte (vgl. Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 237 ff.) einen fast lückenlosen Schutz durch das Bundesgericht verwirklicht. Nach heutiger Anschauung ist Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV eine Rechtsweggarantie, die vom gewöhnlichen Gesetzgeber nicht angetastet werden darf.

235 Vgl. z. B. BGE 119 Ia 30; 113 Ia 148 m.w.H.

236 Vgl. Urteil *James*, ECHR/A 98, § 81; B 11763/85, *Sten Banér v. Sweden* (vgl. den E 11763/85, DR 60, 128); vgl. *Schweizer* (FN 2), 688 f. Ebenso fordert Art. 13 EMRK kein Rechtsmittel gegenüber legislativen Akten, vgl. z. B. E 13013/87, *Wasa Liv Ömsesidigt a. o. c. Suède*, DR 58, 163; Urteil *Costello-Roberts*, ECHR/A 247–C, § 40.

237 Vgl. KLEY-STRULLER, Rechtsschutzgarantie (FN 2), 96 FN 4.

238 Vgl. z. B. bereits Art. 3 Abs. 4 KV NW, § 9 Abs. 1 KV BL.

L'art. 6 ch. 1 CEDH stipule que l'"accusation en matière pénale" et les "droits et obligations de caractère civil" doivent être appréciés par un tribunal. Les organes appelés à assurer le respect de la CEDH interprètent de manière autonome la notion du litige "de caractère civil". Ils considèrent en particulier comme "de caractère civil" les litiges entre l'individu et l'Etat concernant l'étendue de la propriété ainsi que ceux concernant les droits commerciaux et pécuniaires. L'art. 6 ch. 1 CEDH exige dès lors, pour un certain nombre de contentieux administratifs l'accès à un tribunal (administratif). Afin d'être en conformité avec l'art. 6 ch. 1 CEDH, la Confédération et les cantons doivent mettre à disposition un tel accès à un tribunal. L'auteur propose la création d'une justice administrative basée sur une clause générale permettant de parer d'une manière préventive à toute expansion de l'art. 6 ch. 1 CEDH dans le domaine du droit administratif.