

## JAAC 57.21B

Entscheid des Bundesrates vom 8. April 1992

---

*Concession pour l'assainissement et l'extension de la centrale hydroélectrique d'Oeschibach. Procédure de recours.*

*A. Recours du propriétaire d'un hôtel (voir [JAAC 57.21A](#) ).*

*B. Recours d'un organisme de protection du paysage.*

*Art. 55 LPE. Art. 12 LPN.*

*- De même que devant le Tribunal fédéral, une association n'est pas habilitée à recourir devant le Conseil fédéral si elle n'a pas auparavant pris part à la procédure cantonale; en l'espèce, elle aurait dû saisir l'unique possibilité offerte par le droit bernois en matière de concession, à savoir l'opposition contre le projet mis à l'enquête publique officiellement et par voie de publication (consid. 2; nouvelle pratique).*

*- Vu que l'annonce publiée contenait toutes les informations nécessaires, la recourante n'a pas été empêchée sans sa faute de participer d'emblée à la procédure (consid. 3).*

*- Le principe de la protection de la bonne foi n'est pas violé par le fait que la LPE est appliquée sans restriction dès son entrée en vigueur, ce qui change la base de la qualité pour recourir (consid. 4).*

---

*Konzession für die Sanierung und den Ausbau der Wasserkraftanlage Oeschibach. Beschwerdeverfahren.*

*A. Beschwerde eines Hotelbesitzers (vgl. [VPB 57.21A](#) ).*

*B. Beschwerde einer Landschaftsschutzorganisation.*

*Art. 55 USG. Art. 12 NHG.*

**- So wie vor dem Bundesgericht ist eine Vereinigung auch vor dem Bundesrat nicht beschwerdelegitimiert, wenn sie vorgängig am kantonalen Verfahren nicht teilgenommen hat; vorliegend hätte sie die nach bernischem Konzessionsrecht einzige Möglichkeit der Einsprache gegen das öffentlich aufgelegte und veröffentlichte Projekt aufgreifen müssen (E. 2; neue Praxis).**

**- Da die Publikationsanzeige alle notwendigen Informationen vermittelt, war die Beschwerdeführerin nicht ohne ihr Verschulden verhindert, von Anfang an am Verfahren teilzunehmen (E. 3).**

**- Der Vertrauensschutzgrundsatz wird nicht verletzt durch die Tatsache, dass das USG ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens uneingeschränkt angewendet wird und die Grundlage der Beschwerdelegitimation entsprechend ändert (E. 4).**

---

**Concessione per il risanamento e l'ampliamento della centrale idroelettrica d'Oeschibach. Procedura di ricorso.**

**A. Ricorso di un proprietario d'albergo (cfr. [GAAC 57.21A](#)).**

**B. Ricorso di un'organizzazione di protezione del paesaggio. Art. 55 LPA. Art. 12 LPN.**

**- Un'associazione non è legittimata a ricorrere al Consiglio federale, come anche al Tribunale federale, se non ha precedentemente partecipato alla procedura cantonale; in casu, essa avrebbe dovuto seguire l'unica possibilità offerta dal diritto bernese in materia di concessione, vale a dire l'opposizione contro il progetto depositato pubblicamente e pubblicato (consid. 2; nuova prassi).**

**- Poiché l'avviso pubblicato conteneva tutte le informazioni necessarie, la ricorrente non era impedita, se non per sua colpa, di partecipare sin dall'inizio alla procedura (consid. 3).**

**- Il principio della tutela della buona fede non è violato dal fatto che la LPA è applicata senza restrizione sin dall'entrata in vigore e modifica corrispondentemente la base della legittimazione ricorsuale (consid. 4).**

---

## **I**

**A. (Konzessionsbeschluss, vgl. [VPB 57.21A](#) I A)**

**B. Gegen diesen Beschluss hat die Schweizerische Stiftung für Landschaftsschutz und Landschaftspflege (SLS) am 4. Januar 1990 beim Bundesrat eine Beschwerde eingereicht mit dem Antrag, die Erteilung der beantragten Konzession kostenfällig zu verweigern; *eventualiter* sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung wird vor allem geltend gemacht, dass die Gewässerlandschaft**

und die Interessen der Erholungsnutzung, der Raumplanung und vor allem des Umweltschutzes durch das Projekt in mehrfacher Hinsicht beeinträchtigt würden.

C. Die Direktion für Verkehr, Energie und Wasser des Kantons Bern beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 16. März 1990, die Beschwerde abzuweisen.

D. Die LWK beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 21. Mai 1990, auf die Beschwerde nicht einzutreten, *eventualiter* die Beschwerde kostenfällig abzuweisen. Der Begründung ist zu entnehmen, dass es nach der Rechtsprechung unzulässig sei, sich erst im Rechtsmittelverfahren einzuschalten. Das Konzessionsgesuch sei im Laufe des Monats Juni 1988 zu mehreren Malen im Amtsblatt des Kantons Bern publiziert gewesen mit dem Hinweis, dass gegen das öffentlich aufgelegte Projekt mit dem dazugehörigen Umweltverträglichkeitsbericht Einsprache erhoben werden könne. Die SLS habe die Möglichkeit gehabt, von dieser Publikation Kenntnis zu nehmen; wenn die SLS in der Folge auf die Einreichung einer Einsprache verzichtet habe, so liege dies in ihrer Verantwortung.

E. Die SLS bestreitet in ihrer Replik vom 29. Juni 1990, dass Landschaftsschutzorganisationen bundesrechtlich verpflichtet seien, sich am kantonalen Verfahren zu beteiligen.

...

## II

1. (Zuständigkeit, vgl. [VPB 57.21A](#) II 1)

2. Vorweg ist zu prüfen, ob gesamtschweizerische Umweltschutz- beziehungsweise Natur- und Heimatschutzorganisationen nach Art. 55 des BG vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz [USG], SR 814.01) beziehungsweise Art. 12 des BG vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451) zur Beschwerde legitimiert sind, wenn sie wie hier vorgängig am kantonalen Verfahren nicht teilgenommen haben.

a. In [BGE 116 Ib 418](#) (deutschsprachige Übersetzung in Schweizerischem Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 92/1991 S. 372 ff.) hat das BGer geprüft, ob es an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten wolle, gesamtschweizerische Organisationen des Landschafts- und Umweltschutzes in Beschwerdeverfahren vor dem BGer auch dann gemäss Art. 12 NHG als beschwerdelegitimiert zu betrachten, wenn diese Vereinigungen am vorhergehenden kantonalen Verfahren *nicht* teilgenommen haben. Das BGer gelangte zum Ergebnis, dass diese Rechtsprechung vor allem im Lichte des später in Kraft getretenen USG und dessen Art. 55 aufgegeben werden müsse. Nach Art. 55 Abs. 3 USG seien die gesamtschweizerischen Organisationen des Landschaftsschutzes nicht nur *berechtigt*, sondern darüber hinaus auch *verpflichtet*, am kantonalen Verfahren teilzunehmen. Berücksichtige man ferner die Ähnlichkeit der beiden Sachgebiete Landschafts- und Umweltschutz sowie deren augenfällige Verbindung auch hinsichtlich der Legitimation, so lasse sich die bisherige Rechtsprechung nicht mehr aufrechterhalten; dies bedeute, dass von nun an - ungeachtet ob sich das in Art. 103 Bst. c OG vorgesehene Beschwerderecht aus Art. 55 USG oder aus

Art. 12 NHG ableite -, die beschwerdeführende Vereinigung am Verfahren vor der letzten kantonalen Instanz (*formelle Beschwer*) teilgenommen haben müsse, wenn sie Beschwerde führen wolle; mit anderen Worten: die Beschwerdeführerin könne sich nicht ohne weiteres erst bei der oberen Instanz in das Verfahren einschalten. Dies sei ihr nur dann zu gestatten, wenn sie unverschuldeterweise verhindert gewesen sei, von Anfang an am Verfahren teilzunehmen (vgl. unten E. 3). Diese Rechtsprechung hat das BGer in einem späteren, in [BGE 116 Ib 119](#) publizierten Entscheid bestätigt.

**b.** Die Beschwerdelegitimation ist - ausser für die Behördenbeschwerde (Art. 103 Bst. b OG) - für Verwaltungsbeschwerden vor dem Bundesrat inhaltlich gleich geregelt wie für Verwaltungsgerichtsbeschwerden vor dem BGer (Art. 48 Bst. a und b VwVG; Art. 103 Bst. a und c OG; [BGE 103 Ib 339](#) E. 4c). Somit steht nichts entgegen, dass sich der Bundesrat in diesem Punkt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anschliesst. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch das in Revision befindliche NHG dieselbe Stossrichtung aufweist; so ist der Botschaft des Bundesrates vom 26. Juni 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (BBl 1991 II 1139 ff.) zu entnehmen, «es liege im Interesse aller Parteien, dass sämtliche für ein Vorhaben relevante Aspekte möglichst frühzeitig eingebracht werden. Deshalb sei die Mitwirkungspflicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren anderen Lösungen vorzuziehen. Untrennbar mit dieser Lösung verknüpft und für die Verwirkungsfolge unabdingbare Voraussetzung sei die Pflicht der zuständigen Behörden, diese Parteien in überblickbarer Weise über die geplanten Vorhaben zu informieren». Darüber hinaus sollen nach einem neuen Art. 12 Abs. 3 die Gemeinden und Organisationen auch im kantonalen Verfahren aktiv werden, und zwar schon von Beginn des Verfahrens an, nicht nur erst im oberinstanzlichen Rechtsmittelverfahren (BBl 1991 II 1139, BBl 1991 II 1154).

**c.** Das Konzessionsgesuch ist im Amtsblatt des Kantons Bern und im Amtsanzeiger von Frutigen publiziert worden mit dem Hinweis auf das Recht zur Einsprache. Ob und inwieweit der Inhalt der öffentlichen Publikation rechtsgenügend war, wird man nachfolgend in Ziff. 3 prüfen. Vorweg ist aber noch im Rahmen des Eintretens auf die Beschwerde zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin bereits anlässlich der öffentlichen Publikation des Konzessionsgesuchs verpflichtet war, sich mittels einer Einsprache in das kantonale Verfahren einzuschalten, um ihr Beschwerderecht zu wahren.

Über die rechtliche Qualifikation der Einsprache im kantonalen Konzessionsverfahren für den Ausbau und die Sanierung einer Wasserkraftanlage besteht in der Literatur keine einhellige Meinung. Allerdings ist man mangels spezifischer Abhandlungen für Wasserkraftanlagen darauf angewiesen, wegen der ähnlichen Ausgangslage auf die entsprechende Literatur betreffend das Baubewilligungsverfahren abzustellen. So neigt Arthur Aeschlimann in seiner Dissertation, «Das Anfechtungsstreitverfahren im Bernischen Verwaltungsrecht», (Bern 1979, S. 39 ff.), dazu, die Einsprache in Baubewilligungsverfahren als Entscheidungshilfe für die Bewilligungsbehörde ohne weitergehende Rechtsmittelfunktion zu betrachten. Paul B. Leutenegger vertritt in seiner Schrift, «Das formelle Baurecht der Schweiz», Bern 1974, S. 309, die gegenteilige Ansicht, dass eine Einsprache ein förmliches Rechtsmittel sei. Endlich lässt Aldo Zaugg in seinem Kommentar zum Baugesetz des Kantons

Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1987, S. 234 ff., S. 263 ff. die Frage offen mit dem Hinweis auf die Art. 35 und 40 des bernischen Baugesetzes: Zur Einsprache befugt sind Personen, die durch das Bauvorhaben in eigenen schützenswerten Interessen betroffen sind sowie private Organisationen in Form einer juristischen Person, soweit die Wahrung von Anliegen dieses Gesetzes, insbesondere des Natur- und Heimatschutzes, nach den Statuten zu ihren dauernden Hauptanliegen gehört. Ausserdem sind zur Beschwerde befugt der Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die Gemeindebehörde.

Die rechtliche Qualifikation einer Einsprache im kantonalen Verfahren braucht trotz der Meinungsvielfalt aber nicht abschliessend beurteilt zu werden, da hier besondere Verhältnisse vorliegen. So hat im vorliegenden und auch in dem schon mehrmals erwähnten, vom Bundesgericht beurteilten und ähnlich gelagerten Fall (ZBl 92/1991 S. 372 ff.) die Einreichung einer Einsprache direkt zu einem letztinstanzlichen kantonalen Entscheid geführt. Die Tatsache, dass die kantonale Direktion für Verkehr, Energie und Wasser sowie der Regierungsrat des Kantons Bern sich gemeinsam am Verfahren beteiligt haben, indem sie die Instruktion besorgten und den Konzessionsbeschluss vorbereiteten, schafft kein zweistufiges Verfahren mit einem innerkantonalen Instanzenzug. Das bernische Konzessionsverfahren ist ungeachtet mehrerer hierarchischer Vorbereitungsstufen ein einheitliches Verfahren, das nur eine einzige Verfahrensbeteiligung in Form der Einsprache während der öffentlichen Auflage des Konzessionsgesuchs zulässt; ein späterer Verfahrenseinstieg beim Durchlaufen der kantonalen Hierarchiestufen - kantonale Direktion für Verkehr, Energie und Wasser, Regierungsrat, Grosse Rat - ist unzulässig, was deutlich macht, dass der Grosse Rat einzige und alleinige kantonale Konzessionsbehörde ist. Der Grosse Rat ist als verfügende Behörde verpflichtet, sich mit den in einer Einsprache vorgebrachten Einwänden materiell auseinanderzusetzen und eine allfällige Abweisung der Einsprache zu begründen. Dass dem tatsächlich so ist, kann dem Entscheid der kantonalen Vorinstanz bezüglich der Einsprache einer privaten Drittperson entnommen werden. Folglich darf man davon ausgehen, dass die Einsprache im vorliegenden Fall unter den weiten Begriff der Rechtsmittel im kantonalen Bereich im Sinn von Art. 55 Abs. 3 USG (ZBl 92/1991 S. 380 Ziff. 4) fällt. Dies macht deutlich, dass die Beschwerdeführerin, will sie im Beschwerdeverfahren vor der Beschwerdeinstanz, dem Bundesrat, beschwerdelegitimiert sein, verpflichtet gewesen wäre, am kantonalen *Einspracheverfahren* teilzunehmen, da der Beschwerdeführerin nach kantonalem Recht keine andere Möglichkeit zur Verfügung stand, sich in das kantonale Verfahren einzuschalten. Dies hat die Beschwerdeführerin aber nicht getan, weshalb auf die Beschwerde schon nur darum nicht einzutreten ist, es sei denn, man gelangte aus den nachstehenden Überlegungen zum gegenteiligen Ergebnis.

**3.** Auf die vorliegende Beschwerde darf somit wie soeben dargelegt nicht eingetreten werden, es sei denn, man könnte vom Erfordernis der *formellen Beschwer* im vorliegenden Fall absehen.

Auf das Erfordernis der formellen Beschwer wird nach Lehre und Rechtsprechung dann verzichtet, wenn die Beschwerdeführerin ohne ihr Verschulden verhindert war, von Anfang an am Verfahren teilzunehmen (*Gygi*

Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 155; Grisel André, Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, Bd. 2, S. 900; BGE 116 Ib 426 E. 3a, BGE 108 Ib 94, BGE 99 Ib 76, BGE 99 Ib 77).

Das Konzessionsgesuch ist im Amtsblatt des Kantons Bern Nr. 47 vom 25. Juni 1988 und im Amtsanzeiger von Frutigen Nr. 25 und 26 vom 24. Juni beziehungsweise 1. Juli 1988 publiziert und während 30 Tagen vom 25. Juni bis 24. Juli 1988 auf der Gemeindeschreiberei Kandersteg öffentlich aufgelegt worden. In den Publikationen hat man jeweils darauf hingewiesen, dass neben dem Konzessionsgesuch auch das Konzessionsprojekt und der Bericht zur Umweltverträglichkeitsprüfung eingesehen werden können; Einsprachen gegen das Vorhaben seien während der Auflagefrist schriftlich und begründet bei der Auflagestelle einzureichen (vgl. dazu auch Botschaft des Bundesrates vom 26. Juni 1991 über die Änderung des BG über den Natur- und Heimatsschutz, BBl 1991 1135, BBl 1991 1139, BBl 1991 1140, BBl 1991 1141 und BBl 1991 1154/55).

Die Publikationsanzeige machte nicht nur auf das Konzessionsgesuch aufmerksam, sondern wies ferner noch darauf hin, dass zusätzlich ein Umweltverträglichkeitsbericht gemäss dem Bundesrecht über den Umweltschutz zur Diskussion stand. Die Beschwerdeführerin hätte sich somit über den Sachverhalt umfassend orientieren können und wäre folglich in der Lage gewesen, am kantonalen Verfahren durch Einreichung einer Einsprache teilzunehmen.

Die Beschwerdeführerin hat es in der Folge aus subjektiven Gründen, welche ausschliesslich in ihrer Verantwortung liegen, versäumt, am kantonalen Konzessionsverfahren durch Einreichung einer Einsprache teilzunehmen; es bleibt ihr somit nichts mehr anderes übrig, als die Folgen ihrer Säumnis zu tragen, zumal sie sich gestützt auf den Inhalt der öffentlichen Publikation hätte ausreichend ins Bild setzen können im Hinblick auf später vorzunehmende Dispositionen. Die Publikation war auch nicht mangelhaft, sie enthielt wie schon erwähnt alle wesentlichen Punkte, um allfällig Interessierte auf das Bauvorhaben und die damit verbundene Problematik aufmerksam zu machen. Somit vermag selbst dieser Gesichtspunkt nichts daran zu ändern, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

4. Die uneingeschränkte *Anwendung* des USG als neues Bundesrecht ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens, dem 1. Januar 1985, wird auch nicht durch den Vertrauensschutzgrundsatz in Frage gestellt. Nach der Rechtsprechung wird dieser Grundsatz nämlich nicht verletzt, wenn Verwaltungsjustizbehörden aufgrund geänderten Rechts anders entscheiden, als sie dies früher bezüglich desselben Verfügungsobjekts nach altem Recht getan hat (*Rhinow René A./Krähenmann Beat*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main 1990, Nr. 72 und Nr. 77/B/VII mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels wird dadurch nicht in Frage gestellt, da die Beschwerdeführerin aus eigenem Antrieb darauf verzichtet hat, am vorhergehenden kantonalen Verfahren durch Einreichung einer Einsprache teilzunehmen. Eine solche Einsprache hätte sich für die Beschwerdeführerin von der Sache her aufgedrängt, da sich der Umweltverträglichkeitsbericht mit allen relevanten Fragen des Landschafts- und Umweltschutzes bei der Sanierung und dem Ausbau der Wasserkraftanlage auseinandersetzt.

Die Beschwerdeführerin kann sich ferner nicht auf Rechtsirrtum berufen, da sie schon in ihrer Beschwerdeschrift nicht nur die Verletzung von Bundesrecht über den Landschaftsschutz, sondern darüber hinaus auch von Bundesrecht über den Umweltschutz, die Fischerei und die Raumplanung geltend macht. Gelangen in einem Beschwerdeverfahren mehrere Bundesgesetze zur Anwendung, so darf die Beschwerdeführerin nicht darauf abstellen, dass man die Frage der Beschwerdelegitimation ausschliesslich aus der Sicht der nun in der Zwischenzeit aufgegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend das NHG beurteilt, ohne gleichzeitig auch das neuere Bundesrecht zum selben Problembereich zu berücksichtigen und eine materielle Koordination dazu herzustellen (vgl. unten Bst. b und [BGE 117 Ib 30 E. 2](#)); sie wäre vielmehr verpflichtet gewesen, zu prüfen, ob sich eine Teilnahme am Verfahren allenfalls schon zu einem früheren Zeitpunkt aufdrängt; im Zweifelsfalle hätte sie die sich aufdrängende Vorkehr treffen und eine Einsprache im kantonalen Verfahren einreichen müssen. Dass sie darauf verzichtet hat, ist, wie schon weiter oben erwähnt, von ihr zu verantworten.

Endlich ist das Beschwerderecht in den verschiedenen, miteinander in Zusammenhang stehenden Gesetzgebungen des Landschafts- und Umweltschutzes im gleichen Sinn zu verstehen und auszuüben, es sei denn, es lägen ernsthafte und sachliche Gründe für eine andere Betrachtungsweise vor. Dies ist hier nicht der Fall, weshalb man weder von einer Verletzung des Gebots der Rechtssicherheit noch von Willkür sprechen darf. Dem Gesetzgeber kann ferner auch nicht vorgeworfen werden, er habe gesetzliche Zusicherungen nicht eingehalten oder eine rückwirkende oder sofort einwirkende Gesetzesänderung vorgenommen; er hat im Gegenteil nur das Recht über den Umweltschutz, zu dem auch das Landschaftsschutzrecht gehört, umfassend kodifiziert und gleichzeitig die rechtsanwendenden Behörden verpflichtet, das neue Recht mit dem bestehenden Recht sinnvoll materiell und formell zu koordinieren. Je komplexer die Ausgangslage, desto offener ist in der Regel der Ausgang des Verfahrens, was indessen keinen Grund darstellt, von der als gesetzmässig erkannten Lösung abzuweichen. Daraus ergibt sich, dass auch von der neueren Gesetzgebung und der damit verbundenen Präzisierung der Rechtsprechung her keine Verletzung von Bundesrecht vorliegt.

5. Es bleibt zu erwähnen, dass die Konzessionärin von der ihr erteilten Konzession frühestens dann Gebrauch machen kann, wenn sie vorgängig die in den Ziff. 5 bis 8 der Konzession erwähnten Nebenbewilligungen - es handelt sich im einzelnen um die fischereipolizeiliche Bewilligung, die Rodungsbewilligung, die Baubewilligung und weitere nach eidgenössischer und kantonaler Gesetzgebung allfällig erforderliche, besondere Bewilligungen - eingeholt hat. Der Beschwerdeführerin bleibt es im weiteren unbenommen, ob sie bei der Erteilung diese Bewilligungen am jeweiligen Verfahren teilnehmen will.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu bezahlen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Ausserdem hat die Beschwerdeführerin der LWK für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 VwVG); nachdem die LWK keine detaillierte Kostennote

eingereicht hat, wird die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen auf Fr. 1 000.- festgesetzt (Art. 8 der V vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0).

---

## **JAAC 57.21B - Entscheid des Bundesrates vom 8. April 1992**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1993
Année	
Anno	
Band	57
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 001 721

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.